



Tesis de Grado para la obtención del título de:

Abogado de los Tribunales y Juzgados

TEMA:

**UN ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE ECUADOR Y CHILE, LIBERTAD
SINDICAL Y PROTECCIÓN AL DESPIDO DE DIRIGENTES SINDICALES**

Autor:

PEDRO GABRIEL NEIRA SÁEZ

Directoras de Tesis:

AB. MARÍA PAULA ROMO

AB. MARÍA GABRIELA LEON

Quito, Ecuador

Año 2017

DEDICATORIA

Este viaje, que nace y concluye en este maravilloso País, comienza con un solo destino, el Derecho.

Se inicia con Madre, Padre (Q.E.P.D), Hermana y el Tío Gabo.

Concluye, con mi maravillosa socia y esposa Karen, a quien le debo su compañía, apoyo y arduo trabajo que permitieron mantener en pie a mi Karencita, Pedro y Diego. Sin ella, nada de esto hubiera resultado.

Mi amor eterno, a todos ellos.

AGRADECIMIENTOS

A mi Familia, al Ecuador, a la Uide, al gran cuerpo docente de la Facultad de Jurisprudencia, a mis Amigos de esta tierra, a mi Jefe, a mi apreciada Decana y Director de Carrera por darme la oportunidad de ser Uide, a mi compatriota Gabriela por ese consejo que marcó mi profesión, y finalmente, a mis tutoras por ayudarme y soportarme.

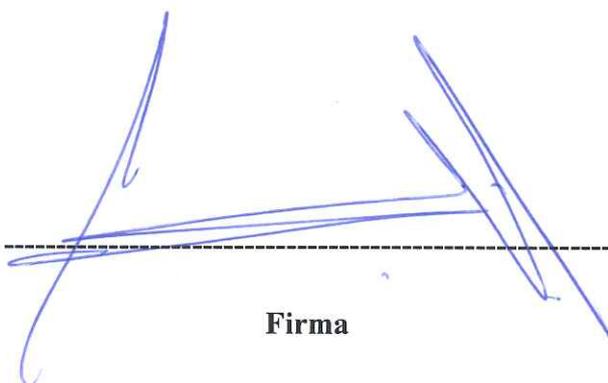
DECLARACION DE AUTORIA Y HONESTIDAD ACADEMICA

PEDRO GABRIEL NEIRA SAEZ con cedula de identidad: 9561311-K, de la Facultad de Jurisprudencia, Escuela de Jurisprudencia de la Universidad Internacional del Ecuador. DECLARO QUE el trabajo de investigación de fin de carrera titulado **“UN ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE ECUADOR Y CHILE, LIBERTAD SINDICAL Y PROTECCIÓN AL DESPIDO DE DIRIGENTES SINDICALES”** para optar por el título de ABOGADO, es de mi autoría exclusiva y producto de mi esfuerzo personal; las ideas, enunciaciones, citas de todo tipo e ilustraciones diversas ; obtenidas de cualquier documento, obra, artículo, memoria, entre otros (versión impresa o digital), están citadas de forma clara y estricta, tanto en el cuerpo del texto como en la bibliografía. Estoy plenamente informado de las sanciones universitarias y/o de otro orden en caso de falsedad de lo aquí declarado, en todo o en parte.

.....

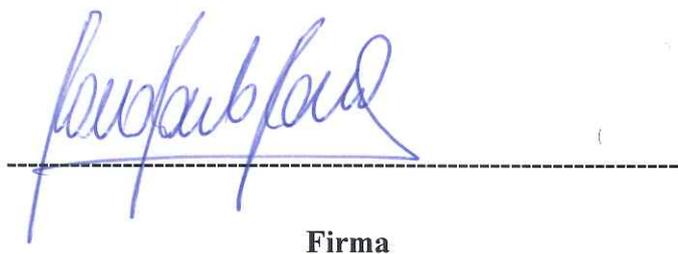
Yo, PEDRO GABRIEL NEIRA, declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría; que no ha sido presentado anteriormente para ningún grado o calificación profesional y, que se ha consultado la bibliografía detallada

Cedo mis derechos de propiedad intelectual a la Universidad Internacional del Ecuador, sin restricción de ningún género o especial.



Firma

Yo, MARÍA PAULA ROMO, certifico que conozco al autor (a) del presente trabajo siendo responsable exclusivo tanto en su originalidad, autenticidad, como en su contenido.



Firma

APROBACION DEL TUTOR

Yo, María Paula Romo, certifico que conozco al autor(a) del presente trabajo siendo responsable exclusivo tanto en su originalidad, autenticidad, como en su contenido.

.....

ÍNDICE

PORTADA	1
DEDICATORIA.....	2
AGRADECIMIENTOS.....	3
DECLARACION DE AUTORIA Y HONESTIDAD ACADEMICA	4
AUTORIZACION DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL	5
APROBACION DEL TUTOR.....	6
RESUMEN.....	11
ABSTRACT	12
INTRODUCCIÓN.....	13
Capítulo I.....	15
Evolución histórica del Derecho Sindical en Ecuador y Chile.....	15
Ideas Generales.....	15
1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO SINDICAL EN ECUADOR.....	16
A.- Surgimiento de la clase obrera en Ecuador.	16
1.1. De las primeras organizaciones	16
1.2. La lucha espontánea y reivindicativa de las primeras organizaciones obreras	18
1.3. La llegada de las primeras leyes obreras.....	18
1.4. El bautismo de sangre de la clase obrera y la revolución Juliana.....	19
1.4.1. La Huelga General en la ciudad de Guayaquil.....	19
1.4.2. La Legislación Social Juliana.....	20
1.5. Tercer Congreso Obrero 1938 y Código del Trabajo	21
2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO SINDICAL EN CHILE.....	22
B- Panorama sindical.....	22
2.1. La cuestión social.....	23
2.2. El salitre	24
2.3. El Frente Popular y la Confederación de Trabajadores de Chile (CTCH)	25
2.4. Formación de la Central Única de Trabajadores (CUT).....	27
2.5. El paro general	28
2.6. Los años sesenta.....	28
2.7. La Unidad Popular	29

2.8.	Desmantelamiento y rediseño sindical.....	30
3.	CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO SINDICAL EN ECUADOR Y CHILE	31
3.1.	De la conceptualización	31
3.1.1.	Desde la perspectiva del sujeto.....	31
3.1.2.	Desde la perspectiva de institución jurídica	31
3.2.	Contenido y Fuentes del Derecho Sindical.....	32
3.3.	Fuentes del Derecho Sindical.....	32
4.	DERECHO DE SINDICACIÓN EN ECUADOR Y CHILE	33
4.1.	Derecho de Libre Asociación.....	33
4.2.	Derecho de Sindicación en Chile.....	34
4.3.	El Derecho de Sindicación y Afiliación sindical	35
4.4.	Derecho de Afiliación Sindical.....	36
5.	CIERRE DE CAPÍTULO	37
	Capítulo II.....	38
	Análisis de los aspectos constitucionales y legales que definen a Ecuador y Chile en materia sindical.....	38
	Ideas Generales.....	38
1.	ASPECTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES QUE DEFINEN AL ECUADOR EN MATERIA SINDICAL.....	39
A.	Constitución de la República de Ecuador de 2008	39
1.1.	Génesis de la constitución.....	39
1.2.	Fundamentos	40
1.3.	Normas Constitucionales	40
1.4.	Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre libertad sindical, y su incorporación al Derecho ecuatoriano.	42
1.5.	Legislación nacional	43
1.5.1.	La institución del visto bueno y el artículo 187 del Código del Trabajo..	44
2.	ASPECTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES QUE DEFINEN A CHILE EN MATERIA SINDICAL.	48
B.	Constitución Política de la República de Chile de 1980.....	48
2.1.	Génesis de la Constitución.....	48

2.2.	Fundamentos	51
2.3.	La libertad sindical en la legislación chilena	52
2.3.1.	Nociones previas	52
2.3.2.	Normas constitucionales.....	53
2.3.3.	Código del Trabajo	54
3.	La libertad sindical en los Tratados Internacionales ratificados por Chile	58
3.1.	Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo.....	58
4.	CIERRE DE CAPÍTULO	60
	Capítulo III	61
	Modelos de protección en el derecho comparado referido al despido de dirigentes sindicales	61
	Ideas generales.....	61
1.	DISTINTOS MODELOS DE PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL ..	62
A-	Modelo anglosajón	62
1.1.	Marco jurídico general.....	62
1.2.	Nociones previas del Derecho Laboral Alemán	63
1.3.	La ley Fundamental y el derecho de sindicalización	63
1.4.	Reglamentación de los sindicatos y las asociaciones de empleadores	64
1.4.1.	Las principales confederaciones sindicales	66
1.4.2.	Asociaciones de empleadores.....	67
1.5.	Representación de los trabajadores al interior de la empresa	67
1.5.1.	Elección de los miembros del comité de empresa y de su protección.....	68
1.5.2.	Funciones del Comité de empresa	68
1.5.3.	Los derechos del comité de empresas.....	69
1.6.	La representación sindical.....	70
1.7.	Los conflictos colectivos en Alemania y el derecho a huelga	70
1.7.1.	Legalidad de la huelga.....	71
1.7.2.	Ilegalidad de la huelga y del cierre patronal.....	72
1.7.3.	Efectos de la huelga.....	72
1.7.4.	El cierre patronal	73
1.8.	Terminación contrato de trabajo	73
1.8.1.	Despido individual.....	74

1.8.2.	Personas a quienes no les afecta el despido.....	75
1.8.3.	Despido colectivo y de la compensación.....	76
2.	B- MODELO LATINOAMERICANODE FUERO SINDICAL	77
2.1.	Nociones generales	77
2.2.	El fuero sindical como principio rector del derecho colectivo del trabajo	78
2.3.	Evolución del concepto de fuero sindical	80
2.4.	Finalidades del fuero laboral.....	82
2.5.	Relación entre fuero sindical y libertad sindical.....	83
2.6.	Efectos del fuero sindical en Ecuador y Chile	83
3.	CIERRE DE CAPÍTULO	87
	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	88
	RECOMENDACIONES	94
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	95

RESUMEN

La presente investigación, está enfocada en un análisis comparativo entre la legislación de Ecuador y Chile en materia sindical, con especial énfasis en los modelos de protección de la Libertad Sindical, referido al despido de los dirigentes sindicales.

Para ello, se ha procedido a realizar un examen jurídico del Derecho Sindical en ambas legislaciones a través del estudio de las normas legales, constitucionales, como también las normas de rango internacional que regulan el tema, y que explican el por qué Chile, un Estado liberal ofrecería mayor protección sindical, que su símil Ecuador, considerado éste último como un modelo de Estado garantista de derechos y justicia.

ABSTRACT

This research is focused on a comparative analysis between the Ecuadorian and Chilean legislation related to labor union matters, with special emphasis on the protection models of trade-union freedom with respect to the dismissal of union leaders.

Thus, a legal review of the Union Rights in both legislations has been carried out through the study of legal and constitutional regulations as well as the international regulations that govern the subject matter. The study of these regulations will try to explain why Chile that is a liberal Nation is providing greater union protection than Ecuador, which has been considered as State model that guarantees rights and justice.

INTRODUCCIÓN

La libertad sindical, entendida como la potestad que tienen tanto los trabajadores como empleadores para constituirse en entidades de su libre determinación y darse sus propias normas, constituye el pilar fundamental de toda sociedad democrática.

El tema de la libertad sindical resulta trascendental, tanto así que en el derecho comparado observamos dos modelos clásicos de tutela sindical; el modelo anglosajón de protección contra las prácticas desleales, y por otro, el modelo de los países latinoamericano de fuero sindical.

En la realidad legislativa de Ecuador y Chile, el fuero sindical representa la garantía que la constitución y la ley otorga a los trabajadores, quienes actuando en cargos directivos o representativos de sindicatos legalmente constituidos, necesitan en razón de un contrato de trabajo que los vincula a un empleador, una protección suficiente para el ejercicio libre y pleno de su actividad sindical. En consecuencia, las violaciones a la libertad sindical no deben considerarse de igual grado que cualquier otro menoscabo laboral, sino de una importancia superior, en tanto constituye un Derecho Humano Fundamental.

El presente estudio comparativo entre la legislación ecuatoriana como chilena en materia de libertad sindical, nos permitirá, lograr una mayor y mejor comprensión de este derecho. Al mismo tiempo, obtener una visión clara de la importancia que las distintas naciones otorgan a la libertad sindical, con especial énfasis en los mecanismos de protección de los dirigentes sindicales frente al despido.

Así, se presenta en el capítulo I, La evolución histórica del Derecho Sindical tanto en Ecuador como Chile, se estudia; el contenido de este derecho, quiénes son los titulares del mismo y la representatividad. Luego, el Capítulo II, se indaga en los aspectos legales como constitucionales que definen a Ecuador y Chile en materia sindical, procediendo al análisis jurídico de las respectivas cartas fundamentales, las normas de derecho común y normas de rango internacional que tutelan la libertad sindical, así como el cumplimiento de los derechos de los trabajadores o dirigentes. Para culminar con el Capítulo III, el análisis de los distintos modelos de protección sindical en el derecho comparado.

Para finalizar esta investigación, con base a lo analizado en los tres capítulos descritos, se ha procedido a la redacción de las respectivas conclusiones y recomendaciones.

Capítulo I

Evolución histórica del Derecho Sindical en Ecuador y Chile

Ideas Generales

El sindicalismo, es la parte del movimiento obrero que tiene entre sus objetivos directos la representación laboral y no política. No obstante, la separación entre ambos tipos de actividades es bastante difusa a lo largo de la historia y desarrollo de la organización colectiva de los trabajadores, orientadas per se, a la defensa de sus intereses y de mejores condiciones de trabajo, frente a los empleadores. Luego, las expresiones sindicato y gremios son habituales para designar las organizaciones de trabajadores, con el objetivo de representar colectivamente los intereses de la clase obrera¹.

Las causas del sindicalismo, según Karl Marx y la escuela del materialismo histórico, son una consecuencia de la Revolución Industrial del siglo XIX y principios del XX, que impone nuevos métodos de producción. Tal como comenta Humeres *“el sindicalismo es un fenómeno que tiene que ver no sólo con el modo de producir -máquina y aplicación del vapor en la industria-, sino con el proletariado*² (Humeres 1987).

El proceso de proletarianización, es producto de la inestabilidad de las condiciones económicas y de la formación de nuevas formas de opresión política. Por ello, cada vez un mayor número de hombres se sienten proletarios.

¹Cabe hacer presente, que en la actualidad y promovido por las recomendaciones de la O.I.T la nomenclatura ha cambiado y se prefiere el vocablo trabajador, empleado o colaborador

²El término proletariado no necesariamente hace alusión a un miembro de la clase obrera, sino por el contrario tiene un trasfondo psicológico, se refiere a una “forma de estar o sentir” esto es, al hombre que integra cualquier grupo humano en determinado momento de la evolución de la sociedad, no se siente históricamente identificado o solidarizado con la misma.

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO SINDICAL EN ECUADOR

A.- Surgimiento de la clase obrera en Ecuador.

El nacimiento de la clase obrera en el Ecuador, está ligada fuertemente al fenómeno de la Revolución Industrial de fines del siglo XIX y principios del XX. A nivel mundial, es la época de grandes transformaciones económicas y sociales.

Algunos monopolios internacionales, ingresan al país para la producción del cacao, para así coexistir con la pequeña producción campesina y la semifeudal terrateniente. Ejemplo de ello, lo constituye la compañía Camaño Ltda.

En la minería y petróleo, el ingreso internacional reporta la extracción de oro de Portobelo, y de petróleo de la localidad de Santa Elena, sumándose el ingreso de empresas internacionales a los rubros ferroviarios, luz y fuerza eléctrica. Asimismo, tanto en Guayaquil como en Quito, existían empresas industriales las cuales se dedicaban al rubro maderero, curtiembre, mecánicos, de jabón, de espermas, etc. Por tanto, el germen de la clase obrera, se encuentra en las mencionadas industrias.

Las primeras organizaciones de trabajadores, nacieron junto a los antiguos gremios de artesanos diferenciándose de los actuales sindicatos, en cuanto a su finalidad asistencialista, como por ejemplo, las sociedades de socorro basadas en la colaboración y ayuda mutua. *“En este tipo de organizaciones se encuentra el origen del sindicalismo en el Ecuador, en forma algo similar al desarrollo que se dio en Francia”*(Robalino, 1992).

Se observa ciertas diferencias entre las organizaciones de la sierra, las cuales se relacionan con los gremios artesanales, y las de la costa, las cuales nacen directamente para organizar a los trabajadores, dentro de la ideología mutualista, liberal y socialista.

1.1. De las primeras organizaciones

Hacia 1892, se funda en Quito la Sociedad Artística e Industrial de Pichincha (SAIP), con directa relación con la iglesia católica y la aristocracia, la cual se opone al liberalismo de Eloy Alfaro.

En el año 1894, se estableció en Quito el Círculo Católico de Obreros, bajo inspiración clerical, la cual también tiene como característica la ayuda mutua entre sus miembros, el socorro pecuniario, asistencia médica, fondo mortuario, etc. Entre los años 1895 y 1905 se crean un sin número de sociedades destacando entre otras, la Sociedad Hijos del Trabajo Sociedad de Beneficencia de Peluqueros y Sociedad de Sastres Luz y Progreso.

Por otra parte, las organizaciones que emergen en la zona de Guayaquil, presentaron una marcada ideología extranjera a través de su líder gremial cubano, Miguel Alburquerque, quien fue amigo personal del General Eloy Alfaro. Alburquerque, consiguió que las organizaciones obreras, que hasta entonces realizaban un trabajo individual, se unieran para formar la Confederación Obrera del Guayas en 1905, procurando un trabajo gremial que protegiera el descanso semanal de un día, con ocho horas de trabajo y la protección de los accidentes con ocasión del trabajo.

Hacia 1909, se dan los primeros pasos para la formación de organizaciones obreras a nivel país, superando las concepciones mutualistas de la época y acercándose a concepciones sindicales. En virtud de lo descrito, se realiza el primer congreso obrero, donde se señala como uno de sus fines, entre otros; *“Establecer sindicatos profesionales, cooperativas de producción, consumo y socorro mutuo, cajas de ahorro, etc.”*(Robalino, 1992).

Si bien, este primer Congreso Obrero no llegó a consolidar la unidad de los trabajadores, queda en la historia del movimiento, una raíz de lo que es hoy, el movimiento sindical en Ecuador. De este congreso, nace la primera organización nacional de los obreros Ecuatorianos con el nombre de Unión Ecuatoriana de Obrero. (UEDO)

En 1920, se lleva a cabo el segundo Congreso Obrero Nacional, el cual congregó a las sociedades obreras de todo el país, que formaron la Confederación Obrera Ecuatoriana.

“El Congreso recomienda a la clase trabajadora la organización de sindicatos gremiales con el objeto de mejorar las condiciones económicas y de trabajo. Se plantea la observancia de la ley que establece ocho horas diarias de trabajo”(Robalino, 1992).

1.2. La lucha espontánea y reivindicativa de las primeras organizaciones obreras

Las primeras organizaciones obreras, por la tradición mutualista heredada de los gremios artesanales, descargaban todo el peso de sus problemas en las mismas organizaciones. Es decir, no solicitaban al patrono mejoras en las condiciones de trabajo. No obstante éste comportamiento, lucharon por el mejoramiento de sus condiciones de vida, principalmente para conseguir la jornada de ocho horas, aumentos de salarios y seguridad industrial.

Las condiciones de trabajo, no eran las más adecuadas; extenuantes jornadas de trabajo de hasta de 15 horas, alto índice de accidentabilidad, bajas remuneraciones y un nivel de vida paupérrimo. Consecuentemente, los obreros buscaban cambiar esta realidad, por ello entre los años 1889 y 1920, se producen numerosas luchas obreras. A modo de ejemplo, citaremos algunas de ellas; *“1889, el movimiento del Gremio de Panaderos de Guayaquil, por alza de salarios; en 1897, huelga del Gremio de Carpinteros de Guayaquil por la disminución de horas de trabajo; 1918, huelga de los peluqueros de Guayaquil por el alza de salarios y disminución de la jornada de trabajo”*(Robalino, 1992).

1.3. La llegada de las primeras leyes obreras

“El auge del movimiento obrero, unido a su lucha y al crecimiento del número de organizaciones, permitió la consecución de las dos primeras leyes obreras. La primera, fue sancionada por el Presidente Baquerizo Moreno, el 11 de Septiembre de 1916, estableciendo que el trabajador no puede ser obligado a trabajar más de ocho horas diarias, seis días por semana, quedando liberado los domingos y fiestas legales, regulando además la bonificación por horas de trabajo en exceso, correspondientes a trabajos diurnos y nocturnos”(Robalino, 1992).

“La segunda ley obrera, sancionada por José Luis Tamayo el 22 de Septiembre de 1921, contiene normas sobre indemnización al obrero o jornalero, por accidentes de trabajo. Ésta ley instituye, qué debe entenderse por obrero o jornalero, y por patrón, estableciendo la equivalencia entre accidente de trabajo y enfermedad profesional,

regulando las indemnizaciones en los casos de incapacidad total o parcial, o de muerte del trabajador”(Robalino, 1992).

1.4. El bautismo de sangre de la clase obrera y la revolución Juliana

Los efectos de la primera guerra y la crisis económica mundial, también alcanzan a Ecuador, puesto que el país basaba su economía en las exportaciones de cacao, las cuales le otorgaba la mayoría de las divisas. En 1922, se produce la caída del precio del cacao, debido a la sobreproducción y la contracción del mercado externo. Sin embargo, la clase burguesa explotadora tratará de recuperar las pérdidas devaluando la moneda, todo lo cual, lo consiguieron en base a la especulación y la emisión de papel moneda sin respaldo, mediante los bancos de su propiedad. Los trabajadores, no estaban dispuestos a pagar las consecuencias de la crisis mundial del capitalismo, y respondieron en la medida de sus posibilidades.

Estas maniobras provocan una alta inflación, y como resultado de ello, un alza en el costo de vida e inestabilidad política. Aumenta, considerablemente el número de desocupados en el campo, produciéndose un éxodo a la ciudad, formándose los suburbios.(Rodas, 2000)

1.4.1. La Huelga General en la ciudad de Guayaquil

El descontento popular desemboca en una serie de huelgas, entre otras, la de los ferroviarios de Durán, empresa de luz y fuerza eléctrica tranvías y carros urbanos de tracción animal, trabajadores del gas, voceadores del diario el telégrafo, todo lo cual, era preludio de las huelgas solidarias que se aproximaban. Cuando el conflicto había llegado a un punto muerto, la Federación de Trabajadores Regional Ecuatoriana decretó un paro general.

El 15 de Noviembre de 1922, es una fecha dolorosa para la historia de la organización sindical en Ecuador, puesto que el movimiento que aglutinó 53 organizaciones de trabajadores fueron cobardemente masacrados por el gobierno oligárquico de José Luis Tamayo. En este hecho murieron entre mil a dos mil obreros, muchos de ellos fueron enterrados en fosas comunes o lanzados al Río Guayas sin permitir la identificación ni

entrega a sus familiares. En haciendas de la Sierra, también se produjeron sucesivos levantamientos donde el principal reclamo, versaba sobre las precarias condiciones de trabajo, para indígenas y campesinos.

1.4.2. La Legislación Social Juliana

La masacre descrita en el párrafo anterior, atrajo la atención de los problemas sociales que asolaban a la ciudadanía ecuatoriana, y que se convertirían en el antecedente directo de la Legislación Social Juliana.

El oprobioso régimen de José Luis Tamayo, llega a su fin el 9 de julio de 1925, cuando un grupo de jóvenes militares dio un golpe de estado sin el derramamiento de una gota de sangre. *“Siendo diversas las motivaciones del golpe militar juliano, ante todo proclamó la necesidad de liquidar el predominio de la “oligarquía plutocrática”, expresada en la poderosa banca guayaquileña, a la que se le inculcó por la depreciación monetaria, el alto costo de la vida, la escasez de divisas, el endeudamiento y la penuria fiscales, las sobre emisiones inorgánicas de dinero y el clima de agitación social existente”*(Rodas, 2000)

En este contexto y al amparo de este nuevo orden institucional, surge la Legislación Juliana que consistió en lo siguiente;1-Por decreto de Julio 13 de 1925, la Junta de Gobierno Provisional creó el Ministerio de Previsión Social y Trabajo: 2- El Dr. Isidro Ayora, en calidad de Presidente Provisional de la República, en cumplimiento de los postulados del movimiento del 9 de Julio expide los siguientes decretos y leyes: a) Decreto N° 24, de 13 de Julio de 1926, crea la Inspección General del Trabajo para conocer los aspectos de la situación del trabajador; b) Decreto N° 25, de 15 de Julio de 1926, que organiza la Junta Consultiva de Trabajo, adscrito al Ministerio de Previsión Social) Decreto N° 31, de 25 de Julio de 1926, que contiene el Reglamento sobre la Inspección del Trabajo; e) Ley de Prevención de Accidentes de Trabajo, de 4 de Marzo de 1927, en la cual se establece obligación los empresarios de asegurar a sus subalternos condiciones de trabajo que no presenten peligro para su salud o vida; f) La de Contrato Individual de Trabajo, de 6 de Octubre de 1928. g) Ley de Duración Máxima de la Jornada de Trabajo y de Descanso Semanal entre otras.

1.5. Tercer Congreso Obrero 1938 y Código del Trabajo

El tercer congreso obrero de 1938, también realiza su aporte en cuanto al envío de una comunicación al congreso de la república para insistir en la aprobación del código del trabajo.

La nueva concepción del derecho laboral se debió en gran medida a la codificación de las leyes, que desde 1916 se fueron dictando producto de incesantes luchas que incorpora la fatídica masacre de 1922.

En Agosto de 1938 y durante el gobierno de Alberto Enríquez Gallo, los sueños y reivindicaciones laborales se hacen realidad con la expedición del Código del Trabajo, instrumento considerado para la época, uno de los de mayor avance en materia de derechos laborales de América Latina.

En esta época, surgen también las centrales sindicales que en Junio de 1971 conformaron el Frente Unitario de Trabajadores (FUT) con la participación de la Confederación de Trabajadores del Ecuador (CTE), la Central Ecuatoriana de Organizaciones Clasistas (CEDOC), la Confederación Ecuatoriana de Empleados de las Entidades Semipúblicas y Bancarias (CESBANDOR), y la fuerza pública pasiva (militares retirados). Para 1975, ya estaba integrada también la Central Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL), y en 1995 se legaliza la Unión General de Trabajadores del Ecuador (UGTE).

El movimiento sindical, se vio fortalecido con estas diversas centrales obreras y de trabajadores que resultaron ser claves no solo por las reivindicaciones laborales, sino que fueron el puntal de la organización social en Ecuador hasta finales de los ochenta. *“Desde entonces, el movimiento sindical ha tenido que sobrevivir a un modelo económico contrario no solo a los derechos laborales, sino a una buena parte de los derechos humanos”*(Cano, 2009).

En el marco de la constitución vigente, observamos la consagración del derecho al trabajo no solo como un derecho, sino como un deber social, del cual se hace cargo el

estado con la finalidad de cumplir con una agenda social y política, con el objetivo de conseguir mejoras en la vida de las y los trabajadores ecuatorianos.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO SINDICAL EN CHILE

B- Panorama sindical

Básicamente, se conecta con el avance democrático de la sociedad Chilena, el cual se manifiesta en la mejora social de las clases más postergadas, lo que guarda directa relación con el aumento de los partidos de izquierda. Producto de ello, el movimiento sindical alcanza reconocimiento por parte del Estado como respuesta a la labor parlamentaria, la cual crea una amplia legislación laboral, presionada por cierto, por las incesantes movilizaciones.

Se observan tres formas de representación por la cuales los trabajadores se han organizado frente al Estado; el anarco sindicalismo, el mutualismo y el sindicalismo³. Esta última tendencia, se identifica con la formación de sindicatos, y es justamente la que desarrollaremos en este estudio puesto esta forma de agrupación representa a los trabajadores de forma transversal no solo frente a los empleadores sino a los múltiples actores que son responsables del desarrollo de un país.

El derecho del trabajo como una disciplina independiente, contribuyó también en el desarrollo del movimiento sindical, toda vez que las relaciones laborales surgidas de la revolución industrial, principalmente en las minas de carbón y en las grandes empresas textiles, fueron enmarcadas por el derecho del siglo XX dentro de las relaciones civiles, con absoluta libertad de trabajo y contratación. Esto último se traduce en:1) una mayor demanda de trabajo en relación a la oferta del mismo, los trabajadores aceptan las condiciones impuestas por el empresario.2) Jornadas de trabajo extenuantes de 16 o 18 horas continuas.3) Insalubridad de los lugares de trabajo.4) Se propaga el empleo masivo de medias fuerzas, esto es, mujeres y niños con salarios miserables.

³El anarco sindicalismo constituye una de las primeras formas de organización de los trabajadores, esta tendencia se identificó con las Sociedades de Resistencia. Y la segunda, esto es, el mutualismo con las Uniones y Sociedades de Socorro Mutuo.

En este panorama irrumpe el derecho laboral a fines del siglo pasado y comienzos del actual, como un derecho protector del trabajador emanado del Estado.⁴

2.1. La cuestión social

Los trabajadores de ciudades grandes de comienzo del siglo XX, se desempeñaban hacinados y con pésimas condiciones de higiene. Lo descrito, lleva a que en 1906 se creara el Consejo de Habitaciones para Obreros, con la idea de garantizar higiene a los trabajadores. Esta situación, se le denomina, la cuestión social⁵.

Producto de lo precario del trabajo en 1914 se aprueban las Leyes del Consejo de Habitaciones Obreras y la del Descanso Dominical.

⁴Constitución Política República de Chile Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

16º.- La libertad de trabajo y su protección

Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

Se prohíbe cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal, sin perjuicio de que la ley pueda exigir la nacionalidad chilena o límites de edad para determinados casos.

Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad pública, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así. Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos. La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas. Los colegios profesionales constituidos en conformidad a la ley y que digan relación con tales profesiones, estarán facultados para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros. Contra sus resoluciones podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva. Los profesionales no asociados serán juzgados por los tribunales especiales establecidos en la ley.

La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella.

No podrán declararse en huelga los funcionarios del Estado ni de las municipalidades. Tampoco podrán hacerlo las personas que trabajen en corporaciones o empresas, cualquiera que sea su naturaleza, finalidad o función, que atiendan servicios de utilidad pública o cuya paralización cause grave daño a la salud, a la economía del país, al abastecimiento de la población o a la seguridad nacional. La ley establecerá los procedimientos para determinar las corporaciones o empresas cuyos trabajadores estarán sometidos a la prohibición que establece este inciso.

⁵Cuestión social es una expresión acuñada en Europa en el siglo XIX, que intentó recoger las inquietudes de políticos, intelectuales y religiosos, frente a los nuevos y múltiples problemas generados tras la revolución industrial, entre ellos, la pobreza y mala calidad de vida de la clase trabajadora.

En aquella época, las diferencias entre ricos y pobres favorecieron aún más el clima de efervescencia social emergiendo sindicatos de trabajadores en algunas ciudades del norte de Chile, como lo fue la ciudad de Iquique, *“Es así, como los mineros y trabajadores urbanos comenzaron a protestar en pro de mejoras salariales, laborales y previsionales, realizando las primeras huelgas”*(Ulloa, 2003).

“Entre 1890 y 1915 entre huelgas generales, parciales, mitines, manifestaciones e incidentes hubo 78 actos de protesta, estimándose que solamente entre 1902 y 1908 hubo 200 huelgas”(Ulloa, 2003). Claramente, la mitad de las huelgas se llevan a cabo en el norte del país específicamente en las zonas salitreras, y en Santiago, la capital del país.

No fue menor la ayuda prestada por las fuerzas armadas, a solicitud de los gobiernos de turno, con el objeto de reprimir a los trabajadores huelguistas y cobrando vidas humanas. *“El episodio más brutal ocurrió el 21 de diciembre de 1907 en la Escuela Domingo Santa María de Iquique. Hubo varios cientos de muertos”*(Ulloa, 2003).

“En los años inmediatamente posteriores a la masacre de Iquique, el movimiento sindical experimentó un retroceso hasta 1916”(Ulloa, 2003). El movimiento obrero sólo se reactivó por la labor de un dirigente llamado Luis Emilio Recabarren, quien en 1912 fundó el Partido Obrero Socialista, y que pese a la brevedad del período en que ocupó puestos de responsabilidad, la influencia de Recabarren en el movimiento obrero, fue profunda y duradera.

2.2. El salitre

El producto estrella de la economía chilena hacia las primeras dos décadas del siglo XX, fue el salitre. Si bien, mayoritariamente se dependía de una sola fuente de ingreso, hubo confianza acerca de su producción debido a su alta demanda. *“El punto más alto de las exportaciones salitreras se alcanzó justo antes del inicio de la Primera Guerra Mundial. No obstante, como consecuencia de esta Guerra, se produce la contracción del mercado externo que obligó al Estado a implementar una estrategia de sustitución de importaciones”*(Ulloa, 2003).

La consecuencia directa de esta contracción económica, se traduce en que ahora será el Estado la gran fuente de trabajo para la clase media, originando inestabilidad debido a su expansión y el ingreso a nuevas áreas no exploradas, como la política y social.

Si bien, la elección como Presidente de la República de Arturo Alessandri representa el triunfo de los trabajadores, no es menos cierto, que la derecha gozaba de mayoría en el Senado, lo que dio lugar a una política de consensos que limitaron las reformas sólo al ámbito urbano, dejando fuera las reivindicaciones de los campesinos.

Se destaca hacia 1924, la aprobación de la legislación laboral y en el período comprendido entre los años 1916 y 1925, el movimiento sindical mostró una actividad incesante de huelgas. *“El aumento en el número de huelgas tiene que ver con la diversificación industrial y el crecimiento de la masa asalariada. A lo anterior se suma el aumento cuantitativo y cualitativo de las organizaciones de los trabajadores”*(Ulloa, 2003).

Si bien en 1931 se dictó el código laboral, la dictadura de la época ordeno el exilio, persiguió y encarceló a dirigentes sindicales, lo cual significó que el desarrollo del movimiento sindical y de los trabajadores quedaran relegados y sin participación política dentro del gobierno.

Ya en 1932, se retoma la democracia y se acepta la formación de sindicatos, manteniendo la prohibición de huelga.

2.3. El Frente Popular y la Confederación de Trabajadores de Chile (CTCH)

Si bien, entre 1932 y 1973 se observa la democratización de las estructuras sociales chilenas, no es menos cierto la intromisión de la derecha a proyectos estatales, los cuales solo esperaban su turno para volver a intervenir en la política chilena.

“Luego de su estrecha victoria en las elecciones presidenciales de 1938, el Frente Popular asume la conducción del gobierno. Una mayoría hostil en el Congreso y en la administración pública y en otras instituciones era animada en contra de los cambios que se querían poner en marcha. Pese a que los líderes sindicales no obtuvieron puestos de importancia en el nuevo gobierno, la CTCH creció en decenas de miles de nuevos

asociados. Se estaba produciendo una rápida institucionalización del movimiento sindical y de los trabajadores. Mientras el PC denegó participar en los puestos de mayor importancia, el PS aceptó algunos ministerios”(Ulloa, 2003).

Hacia 1938, se vuelve a ganar no solo el derecho a huelga, sino también se desarrolla una incesante actividad sindical, inserta bajo un nuevo modelo no solo industrial, sino también capitalista, puesto que el Frente Popular le interesaba más bien el desarrollo económico del país, que ejercer presión respecto de las luchas sociales de los trabajadores. Aquello, se refrenda a través del Presidente de la República, Aguirre Cerda, el cual buscaba mejorar la prosperidad de Chile, mediante el aumento de la productividad⁶.

Por otra parte, en diciembre de 1936-bajo un escenario de una huelga ferroviaria-, surge la Confederación de Trabajadores de Chile (CTCH), la cual se erigió como una organización articuladora para el desarrollo de múltiples organizaciones sindicales. Hasta enero de 1946, será la entidad más importante de este período, tanto por los condicionamientos organizacionales a las que se vio sometida, como por las demandas y tipos de acción que emprendió.

“Hasta su quiebre en 1946 la CTCH se planteó y perfiló como la intermediadora entre el gobierno y los trabajadores. Obviamente a la CTCH le interesaba la protección y reivindicación de los trabajadores, pero también la solución irrestricta de los conflictos laborales. Estos principios de funcionamiento y relación con el gobierno, quedarán meridianamente claros en su convocatoria al Primer Congreso en 1939. En este documento se reconocía que durante el gobierno del Frente Popular las posibilidades de la clase trabajadora se habían ampliado, pero que las luchas debían tener soluciones inmediatas y no arreglos burocráticos. Se reconocía la importancia de la democracia como una conquista, no como un instrumento de dominación de la burguesía”(Ulloa, 2003).

Finalmente, entendemos que el quiebre se produce por razones ideológicas entre el partido comunista con el socialista, el cual hizo crisis con motivo de las huelgas en las

⁶Desde 1938 a 1941 el índice de producción industrial aumentó a más del 25%. La producción entre 1937 y 1945 creció a una tasa de 8.5%, mientras la producción agrícola se estancó. La minería creció entre 1938 y 1945 a un ritmo sostenido de 5% anual, el cobre por su parte lo hizo a 8%.

oficinas salitreras debido a contradicciones entre el Frente Popular y la CTCH, las cuales origina el quiebre de la izquierda y la dispersión de los sindicatos.

2.4. Formación de la Central Única de Trabajadores (CUT)

Data de 1953, y obedece por una parte a la cercanía del Partido Comunista con el gabinete del Presidente de la República de la época, Sr Gabriel González Videla, y por otra, a la dictación de la Ley 8.987, más conocida como Ley Maldita. Dicha ley, autorizó todas las formas de persecución posibles en contra de los líderes comunistas, abriéndose así un período de represión sindical, vinculada especialmente hacia los sindicatos con tendencia comunista.

“En el periodo 1943-1953 se fundaron numerosas organizaciones sindicales de obreros y empleados. Este lento proceso de agrupación sindical condujo a la formación de la CUT. Con anterioridad, en 1943, se había fundado la Agrupación Nacional de Empleados Fiscales ANEF; EN 1944, LA Federación de Educadores de Chile FEDECH; EN 1945, la Agrupación de Empleados Semifiscales ANES; en 1948, la Junta Nacional de Empleados de Chile JUNECH y la Confederación de Empleados Públicos de Chile CEPCH; en 1950, la Federación Obrera Nacional del Cuero y del Calzado, el Movimiento Unitario Nacional de Trabajadores MUNT y el Comité Relacionador de Unidad Sindical; en 1951, el Movimiento de Unidad Sindical MUS y, 1952, el Comité Nacional de Federaciones CONAF. La mayor parte de estas organizaciones se congregó en la Comisión Nacional de Unidad Sindical CNUS el 23 de septiembre de 1952, siendo la CNUS el antecedente orgánico directo de la Central Única de Trabajadores” (Ulloa, 2003).

El establecimiento de contactos entre gobierno y organizaciones sindicales, se traduce en la dictación de algunas medidas, como el salario mínimo agrícola en 1953 y el salario mínimo industrial en 1956, la creación del Servicio de Seguro Social y del Servicio Nacional de Salud.

Claro está que con la articulación de la CUT, tanto comunistas como socialistas, se preparan para retomar el movimiento sindical chileno puesto que observaron que la idea del gobierno de la época era tender puentes con la base sindical.

Por tanto, será la CUT la que represente los intereses de sus asociados, con la diferencia que ahora se constituye como una macro sindical en tiempos de agitación social, debido a que el país daba un giro a la derecha, y económicamente la sustitución de importaciones no daba sus frutos. Ante este fracaso, se comenzó a acuñar la frase que se necesitaban cambios estructurales

2.5. El paro general

El 7 de Julio de 1955 es clave para el movimiento sindical, debido a que participaron sin distinción sindicatos tanto de empleados como de obreros, en el marco de una petición expresa de la CUT dirigida al gobierno, donde solicitaban el pago de un bono para todos los trabajadores con el objetivo de mitigar los efectos de la inflación. Su objetivo final, era un giro del régimen económico que asfixiaba a la sociedad.

2.6. Los años sesenta

Caracterizado por un crecimiento de la actividad política y social, razón por la cual se duplicó el número de inscritos a los sindicatos y a la vez aumentaron las huelgas de manera considerable. Todo ello, debido a la ruptura entre el gobierno y los sindicatos en virtud del plan del gobierno de reajustar los salarios anuales, a cambio de vetarles el derecho a huelga, por el mismo periodo. En rechazo de dicho plan, la CUT convocó a huelga general de un día, con el trágico saldo de cinco muertos, cuatro trabajadores y un niño asesinado por la policía.

“El movimiento sindical y la CUT, en particular, querían posicionarse como interlocutores de ese “cambio de estructuras”. En otras palabras, la dinámica de la oposición estaba dada por una abierta disputa no sólo por el control hegemónico del movimiento sindical, sino también por las aspiraciones de transformación global del sistema político, empezando por obtener los órganos políticos claves del Estado” (Ulloa, 2003).

El Partido Político de la Democracia Cristiana, presiona para la dictación de una ley de sindicalización libre, con el objetivo de competirle tanto a la CUT y la izquierda, con la finalidad de obtener el control de los sindicatos. Hacia 1965, la CUT presenta al

gobierno un documento llamado Plataforma de Lucha, el cual contiene la petición de un conjunto de reivindicaciones para los campesinos, dentro de las cuales se encuentran las tierras enajenadas a los indígenas.

En definitiva, el documento fue una clara muestra de controlar el movimiento sindical y político de la época.

2.7. La Unidad Popular

Con el advenimiento del gobierno de la unidad popular, el Presidente de la República Sr Salvador Allende, procede a firmar un acuerdo de colaboración con la CUT, con el objetivo de consensuar la política de salarios e incluir a la CUT en el gobierno. De esta forma, se le concedió legalidad y financiamiento, todo lo cual fue resistido por el Congreso, puesto que dicha incorporación significaba que un por una parte, hacerse parte de la programación de la economía, y por otra, los sindicatos representados tendrían que ser los garantes para que las empresas desarrollaran los planes de producción establecidos.

Esta estrategia fue entendida como una forma de morigerar la pugna política que tenían los sindicatos comunistas y socialistas. Todo ello, debido a que la llegada de la unidad popular se debió en gran parte, al trabajo de los militantes insertos en las organizaciones sindicales de la época.

Claramente la CUT se transforma en un articulador del estado, en cuanto a que es parte de aquel, y además, pasa a ser el destinatario de la presión social proveniente de todas las organizaciones y actores sociales

Por su parte, *“El diagnóstico que elaboro la Unidad Popular respecto de la economía Chilena tenía cuatro características fundamentales; monopólicas, dependientes, oligárquicas y capitalistas”* (Ulloa, 2003).

Por tanto, para modificar la concentración del poder el cual generaba desigualdad, se necesitaba cambiar los patrones económicos, comenzando por alterar la estructura de la propiedad, disminuyendo el desempleo y aumentando los salarios, todo esto dentro de una política redistributiva.

2.8. Desmantelamiento y rediseño sindical

El golpe de Estado de 1973 encabezado por el General Augusto Pinochet, significó el desmantelamiento del movimiento sindical y de los partidos políticos. De inmediato, se proscribió todo partido político, el más afectado fue el Partido Comunista debido a que el régimen militar separó al máximo la capacidad organizativa de los partidos de izquierda. Por su parte, el movimiento sindical fue severamente reprimido por medio de detenciones, encarcelamiento y ejecuciones, donde el grueso de los apremiados correspondía a dirigentes sindicales.

Las primeras acciones se canalizaron a través de la expedición de decretos los cuales relegaron a todas las organizaciones suscritas a la CUT, con el objetivo de negar a todos los sindicatos el derecho a la asociación, prohibiendo así todo tipo de actividad política y colectiva. Así por ejemplo, el bando n°12, del 17 de septiembre de 1973, cancela la personalidad jurídica de la CUT, el Decreto Ley N°133, ordena la disolución de la CUT y la confiscación de todo su patrimonio. El Decreto Ley N°189, del 29 de diciembre de 1973, restringe toda actividad sindical, pudiendo llevarse a cabo reuniones sindicales con el previo permiso de la autoridad policial, y en ellas, se podía tratar únicamente asuntos relativos a los sindicatos. En este marco de dura represión, los trabajadores hacen sus primeros intentos por organizarse.

Para los dirigentes de Partidos de Izquierda la clandestinidad fue su estrategia, surgiendo en 1975 la Coordinadora Nacional Sindical, la cual toma contacto con distintas organizaciones con el objetivo de reagrupar al movimiento sindical con miras a fundar una gran central nacional. Como ello era imposible en dictadura, se planteó la necesidad de recuperar la democracia, como parte central de la lucha.

Hacia 1981 se confecciona el pliego nacional. Se trata de un documento redactado por el movimiento sindical, en virtud del cual se presentaban una serie de reivindicaciones sectoriales. En respuesta a este documento, la dictadura de Pinochet encarcelo a los líderes sindicales dando origen a la protesta ciudadana. Conforme avanza el tiempo, se crea en 1983, el Comando Nacional de Trabajadores, conformado por la Confederación del Cobre

y otros cuatro grupos sindicales. Todas ellas, se constituyen en el pilar fundamental que lleva al triunfo del NO en 1988, y la recuperación de la democracia.

“Con la llegada de los gobiernos de la Concertación se empieza a perfilar un nuevo tipo de sindicalismo marcado por la descentralización y diversificación de la estructura sindical, manteniendo su articulación a nivel de base, rama y nacional. Lo anterior, también da cuenta de los cambios ocurridos en el modelo económico y su traslado a la fuerza de trabajo y a la afiliación sindical, lo que hace que entre 1980 y 1990, disminuya el número de obreros y aumente el número de empleados, fundamentalmente en el área de servicios y ventas” (Ulloa, 2003).

3. CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO SINDICAL EN ECUADOR Y CHILE

En este acápite nos corresponde abordar el tema de la conceptualización del derecho sindical.

3.1. De la conceptualización

Es posible conceptualizar o definir el Derecho Sindical, desde una doble perspectiva: la primera de ellas de tipo sociológica, centrada en el sujeto, y la segunda, como institución jurídica.

3.1.1. Desde la perspectiva del sujeto

Se define el Derecho Sindical como la facultad que les asiste a los trabajadores tanto del sector público como privado, para conformar sin autorización previa, las organizaciones sindicales que estimen pertinentes con la sola condición de sujetarse a la ley y a sus estatutos.

3.1.2. Desde la perspectiva de institución jurídica

Se define el Derecho Sindical, como aquella rama del Derecho Laboral que comprende un conjunto de normas jurídicas que reconocen y regula la facultad de todo empleador o trabajador, para asociarse en defensa de sus intereses profesionales.

En definitiva, sea cual fuere la dimensión con la que se aborde este derecho, siempre se referirá al conjunto de normas jurídicas que regulan la organización y atribuciones del sindicato, los deberes y derechos de éste para con los empleadores o dueños, para con los asociados y para el Estado.

3.2. Contenido y Fuentes del Derecho Sindical

Si bien, este derecho tiene características que le son propias y que lo definen, lo cierto es que comparte rasgos con otras ramas del Derecho. Así, tomaría del Derecho Laboral sus fundamentos; del Derecho Político habría que extraer la concepción de la libertad sindical consagrada en las Constituciones; del Internacional, las reglas que rigen a las personas jurídicas de tal carácter, como las uniones obreras y patronales internacionales; del Penal, el sistema de sanciones; del Procesal, el medio o sistema para hacer efectivas las diferencias que surjan por la aplicación de normas que tengan relación con el mismo, principalmente en el aspecto colectivo; del Derecho Civil obtendría todo lo relativo a la personalidad jurídica, el modo de constituirse, su reglamentación, al comienzo, desenvolvimiento y fin de los sujetos jurídicos; del Administrativo, las normas de fiscalización o inspección establecidas por la autoridad y la concepción del órgano estatal, e incluso las teorías sobre sujeción a las normas de Derecho Público.

En consecuencia, el contenido y rasgos distintivos del Derecho Sindical, se debe al aporte y complementación con otras ramas del Derecho. Se debe entender al Derecho Sindical como una rama floreciente del Derecho Laboral, eso sí, con plena substantividad y en constante ampliación.

3.3. Fuentes del Derecho Sindical

Como fuentes del Derecho Sindical se menciona a la Constitución, en cuanto admite como derecho fundamental, a la libertad de asociación, antecedente inmediato del derecho de sindicación y afiliación sindical. También como fuente, se menciona la ley común. Pero no son consideradas fuentes, los contratos colectivos, ni los pactos u acuerdos colectivos de condiciones de trabajo, por ser instrumentos como fruto del resultado o consecuencia de la acción sindical.

4. DERECHO DE SINDICACIÓN EN ECUADOR Y CHILE

El antecedente inmediato del Derecho de Sindicación, lo constituye el derecho de asociación. Se trata de una relación de género a especie. El derecho de asociación es un derecho humano fundamental y como tal, y en la *“medida que tenga fines lícitos, es considerado como un derecho reconocido universalmente”*(Walker, 1989).

Cabe prevenir, que el Derecho de Sindicación tiene diversas denominaciones y en algunas legislaciones por ejemplo; en Ecuador se emplea el término Derecho de libre asociación, en Perú y Chile, Derecho de sindicación. Sin embargo, sea cual sea el término con que se evoque éste Derecho, lleva implícita la idea de constituir todo tipo de organización, asociación o sindicato.

4.1. Derecho de Libre Asociación

En el sistema jurídico ecuatoriano, el derecho de libre asociación se encuentra consagrado tanto en la Constitución, como en el Código del Trabajo. Así, el Art. 326 numeral 7, de la Carta fundamental de la República de Ecuador, señala:

Se garantizará el derecho y la libertad de organización de las personas trabajadoras, sin autorización previa. Este derecho comprende el de formar sindicatos, gremios, asociaciones y otras formas de organización, afiliarse a las de su elección y desafiliarse libremente. De igual forma, se garantizará la organización de los empleadores⁷.

Se incluye además, el reconocimiento y garantía de nuevos sujetos y hechos de la realidad de Ecuador, y se constitucionalizan derechos antes contenidos en la ley común o secundaria, así es posible encontrar entre otros;

Artículos 325 y 333: El reconocimiento y garantía del trabajo autónomo, de auto sustento y cuidado humano.

⁷ Constitución de la República del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2012

Artículo 328: La revisión anual del salario básico.

Artículo 329: El trabajo como un derecho de los pueblos.

Artículo 329: La protección del trabajo de nuestros migrantes en suelo extranjero.

Artículos 331, 332: La igualdad de género y el reconocimiento de los derechos reproductivos en el trabajo

Por su parte, el Código del Trabajo del Ecuador, en concordancia con la Constitución, establece la Libertad de Asociación, en su Art.440, inciso primero en los siguientes términos:

Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin necesidad de autorización previa, tienen derecho a constituir las asociaciones profesionales o sindicatos que estimen conveniente, de afiliarse a ellos o de retirarse de los mismos, con observancia de la ley y de los estatutos de las respectivas asociaciones.

4.2. Derecho de Sindicación en Chile

En la legislación chilena el Derecho de Sindicación reconoce como antecedente directo el Derecho de asociación. La Constitución Política consagra la libertad de asociación, ello supone el derecho de asociarse sin permiso previo. Este derecho tiene como límite la ley, la moral el orden público y la seguridad del Estado. Y en esos términos, se consigna en el texto constitucional Art 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

“Nº15 El derecho de asociarse sin permiso previo.

Para gozar de personalidad jurídica, las asociaciones deberán constituirse en conformidad a la ley.

Nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación.

Prohíbense las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado.”

Es indiscutible, que el derecho de asociación es un derecho tan importante como la libertad de conciencia- que es un caso de asociación intelectual-, y es el complemento de la libertad de reunión y la consecuencia lógica de la libertad sindical, así como también, de otras libertades personales que consagra la Constitución.

Dicha consagración, emana del Art 212 del Código del Trabajo de la República de Chile, el cual señala:

Reconócese a los trabajadores del sector privado y de las empresas del Estado, cualquiera sea su naturaleza jurídica, el derecho de constituir, sin autorización previa, las organizaciones sindicales que estimen convenientes, con la sola condición de sujetarse a la ley y a los estatutos de las mismas.

4.3. El Derecho de Sindicación y Afiliación sindical

Hemos manifestado que el antecedente directo del Derecho de sindicación, lo constituye el Derecho de asociación.

Dicho esto, estamos en condiciones de definir, lo que se entiende por Derecho de Sindicación;

Consiste en la facultad de constituir sindicatos y de afiliarse a ellos o de desafiliarse, a los trabajadores del sector privado y, en líneas generales, de empresas del Estado (Machiavello Contreras, 1989).

Para, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Art 8; el derecho de sindicación

“Es la facultad de toda persona de fundar sindicatos y de afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, a fin de promover y proteger sus intereses económicos y sociales”

En términos particulares, el derecho a constituir sindicatos es una manifestación de la libertad sindical como derecho humano fundamental, cuyo reconocimiento se remonta

a lo menos en el Derecho Internacional del Trabajo, hacia el año 1919, fecha en la que se pronuncia la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.(O.I.T)

En síntesis, el derecho de sindicación es aquel derecho que le asiste a todo trabajador del sector privado y de las empresas del Estado, cualquiera sea su naturaleza jurídica, de constituir sin autorización previa, las organizaciones sindicales que estimen convenientes, con la sola condición de sujetarse a la ley y a los estatutos de los mismos. Como así también, la facultad de desafiliarse cuando lo estime oportuno.

4.4. Derecho de Afiliación Sindical

Como contrapartida del Derecho de sindicación, que en términos simples es el derecho a constituir sindicatos, nos encontramos con el Derecho de afiliación sindical, tal como comenta 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, 1989).

5. CIERRE DE CAPÍTULO

El desarrollo del movimiento sindical tanto en Ecuador como en Chile, ha transitado por una senda parecida, no exenta de episodios trágicos como matanzas, represión y exilio.

Estos procesos históricos dolorosos para ambos países, se materializan en triunfos no sólo laborales, sino sociales y políticos, los cuales se plasman por una parte, en la dictación de sus respectivos códigos laborales en años muy cercanos, Chile en 1931 y Ecuador en 1938 y por otra, el reconocimiento del Derecho de Sindicación como un Derecho Humano Fundamental.

Capítulo II

Análisis de los aspectos constitucionales y legales que definen a Ecuador y Chile en materia sindical

Ideas Generales

En el siglo XIX, la regla general estaba conformada por la existencia de constituciones escritas que establecían, definían y limitaban a los gobiernos. El comienzo de este proceso, se dio en Estados Unidos, Polonia y Francia, transmitiéndose al resto de Europa, América y a buena parte de Oriente. La excepción a este proceso resultó ser Inglaterra, quien carece de Constitución escrita, y solo le ha bastado respetar sus principios fundamentales sin codificarlos.

Las ideas constitucionales del liberalismo Francés del siglo XVIII, estarán influenciadas por las teorías de Locke y Montesquieu, en mayor medida que por las ideas del gobierno bien equilibrado mediante un sistema de contrapesos dado por la división de poderes. En palabras, del constitucionalista español, Manuel Aragón, *“esta idea se debe a la concepción roussoniana de democracia y de la ley”*(Aragón, 1995). Concepción que entendía que *“todo Estado democrático debía sustentarse en una división del poder y garantizar los derechos fundamentales; la ley es concebida como expresión de la voluntad general”*(Aragón, 1995). En síntesis, la teoría del equilibrio entre poderes que se controlan mutuamente, era común en la vida político-jurídica de mediados de este siglo.

El constitucionalismo europeo del siglo XIX, recoge las ideas de la revolución francesa y americana (supremacía de la ley e igualdad de los ciudadanos ante ella). Desaparece la idea de división y equilibrio de poderes, se exagera el principio de la libertad. Como corolario de ello, en esta época se va a concebir a la Constitución como una mera ordenación fundamental del Estado. Sin embargo, las transformaciones sociales y políticas en Europa modificarán este escenario en orden a potenciar la limitación y control de los poderes, como elementos fundamentales del Estado Constitucional.

Este cambio doctrinal se detecta en las dos primeras décadas del siglo XX, época en la cual se promulgan la Constitución Mexicana de 1917 y la Constitución Alemana de Weimar de 1918. Se consagran en ellas, los denominados derechos subjetivos y/o sociales, se recupera la idea de una constitución equilibrada, concibiéndola como una norma que permite el establecimiento y mantenimiento de restricciones efectivas al poder.

El constitucionalismo social surgido después de la Segunda Guerra Mundial, se caracterizó por el reconocimiento de las organizaciones sindicales, como titulares del derecho de libertad sindical.

En la época moderna, el constitucionalismo se distingue por la aparición de nuevos derechos sociales o de tercera generación, y el consiguiente fenómeno de la constitucionalización de tales derechos, que no es otra cosa, que incorporarlos a los textos constitucionales. Esto lleva al fortalecimiento de ciertas instituciones, como por ejemplo, la figura del ombudsman, el auge del derecho transnacional, acompañado de una mayor democracia participativa. Ecuador y Chile no se sustraen de estas ideas.

En el siguiente acápite, nos avocaremos a analizar los aspectos constitucionales y legales que definen a estas naciones en materia sindical.

1. ASPECTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES QUE DEFINEN AL ECUADOR EN MATERIA SINDICAL

A. Constitución de la República de Ecuador de 2008

1.1. Génesis de la constitución.

En Ecuador, como en otros países de América latina, los partidos tradicionales han sufrido fuertes reveses electorales. La elección de Rafael Correa como Presidente de la República, en enero de 2007, expresó justamente esa crisis, puesto que su campaña se basó en la crítica a los partidos descritos, a la oposición de políticas neoliberales y la propuesta de convocar a una consulta popular para elegir una asamblea constituyente que redactara una nueva constitución. La consulta se realizó en abril de 2007, y sus resultados avalaron la convocatoria a esa asamblea, la cual preparó el proyecto de constitución. El

28 de septiembre de 2008, el proyecto fue aprobado convirtiéndose en la nueva carta política.

1.2. Fundamentos

Esta nueva Constitución, establece un Estado de Derechos que encuentra su fundamento en los denominados DESCAs, o derechos sociales colectivos y ambientales. El estado se convierte en garante y actor de tales derechos, desplazando así la prioridad dada a las garantías individuales de la anterior constitución, permitiendo con ello, la desarticulación del modelo de estado de derecho y economía social de mercado, pasando de una constitución de libertades, a una constitución del bienestar, transversalmente consagrada por la filosofía comunitarista ancestral del buen vivir de los quechuas, recogido explícitamente en el concepto del *sumak kawsay*⁸.

1.3. Normas Constitucionales

La actual Constitución de 2008, reconoce la libertad sindical en su artículo 66 numeral 13, y en su artículo 326 numeral 8, como se transcribe a continuación;

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

13. El derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria.

Art. 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:

8. El Estado estimulará la creación de organizaciones de las trabajadoras y trabajadores, y empleadoras y empleadores, de acuerdo con la ley; y promoverá

⁸La noción de “Sumak Kawsay” (o Suma Qamaña, en aymara), forma parte del discurso político de los movimientos indígenas del continente, en especial del movimiento indígena de Ecuador y de Bolivia, y, en tal virtud, forma parte de su proyecto político e histórico. Esta noción que ha sido traducida como “Buen Vivir”, pero cuya acepción más pertinente sería “Vida en plenitud”, ha sido retomada y recreada desde la confirmación de las vivencias ancestrales de los pueblos indígenas y de su forma de construir tanto socialidad como su relación con la naturaleza. En la recuperación de sus formas ancestrales de convivencia, los pueblos indígenas han encontrado, de una parte, las formas políticas de resistencia al capitalismo y a la modernidad y, de otra, las alternativas a ese mismo sistema capitalista

El concepto del vivir ha tenido una importante influencia en el espíritu y la redacción de las nuevas constituciones de Ecuador (2008) y de Bolivia (2009). Además, ha permitido el desarrollo de nuevas leyes y de conceptos como el de Derechos de la Madre Naturaleza. El buen vivir, es la satisfacción plena de las necesidades básicas de toda la población, es decir dotarle de todo aquello que fue negado en los gobiernos excluyentes y neoliberales https://es.wikipedia.org/wiki/Sumak_kawsay.

su funcionamiento democrático, participativo y transparente con alternabilidad en la dirección.

De lo expuesto, se concluye que tanto trabajadores como empleadores, tienen derecho a agruparse en defensa de sus derechos e intereses, formando sindicatos, asociaciones profesionales, etc.

Por otra parte, el estado garantiza y reconoce el derecho al trabajo y la libertad de asociación, en el artículo 326 numeral 7, disponiendo lo siguiente:

7. Se garantizará el derecho y la libertad de organización de las personas trabajadoras, sin autorización previa. Este derecho comprende el de formar sindicatos, gremios, asociaciones y otras formas de organización, afiliarse a las de su elección y desafiliarse libremente. De igual forma, se garantizará la organización de los empleadores.

Junto a ello, la Constitución ecuatoriana reconoce y garantiza el derecho de los trabajadores a la huelga, y el de los empleadores al paro, de conformidad con lo preceptuado en artículo 326 numeral 14, que reconoce lo siguiente:

14. Se reconocerá el derecho de las personas trabajadoras y sus organizaciones sindicales a la huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias en estos casos. Las personas empleadoras tendrán derecho al paro de acuerdo con la ley.

Sin embargo, se prohíbe la paralización de los servicios públicos en especial los de salud, educación, justicia, seguridad social y demás servicios públicos, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 15, del citado Art 326.

Además, se garantiza el derecho de organización de trabajadores y empleadores y su libre desenvolvimiento conforme a la ley, lo cual para todos los efectos de las relaciones laborales en las instituciones del Estado, el sector laboral estará representado por una sola organización de acuerdo al artículo 326 numeral 9, de la Constitución de la República.

9. Para todos los efectos de la relación laboral en las instituciones del Estado, el sector laboral estará representado por una sola organización.

La vigente constitución, garantiza la contratación colectiva, en los siguientes términos:

13. Se garantizará la contratación colectiva entre personas trabajadoras y empleadoras, con las excepciones que establezca la ley.

La constitución, en su artículo 326 numeral 12, reconoce que los conflictos colectivos serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje, integrados por los empleadores y trabajadores, y presididos por un tribunal competente para calificar, tramitar y resolver el conflicto.

12. Los conflictos colectivos de trabajo, en todas sus instancias, serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje.

1.4. Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre libertad sindical, y su incorporación al Derecho ecuatoriano.

Desde la perspectiva del derecho internacional, existen diversos textos normativos de contenido general que también se refieren a la libertad sindical de forma muy similar como el caso de; Declaración Universal, Pactos Internacionales de la ONU, etc. Las normas relevantes, respecto de esta investigación aparecen en diferentes Convenios específicos elaborados en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), siendo fundamentales los Convenios 87 y 98, los que además de definir el derecho y su contenido en los diferentes ámbitos, establecen las garantías precisas para asegurar su eficacia frente al Estado y el empresario.

•Convenio Internacional del Trabajo 87: Relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, firmado en la ciudad de San Francisco el 9 de julio de 1948. Aprobado por el Ecuador mediante el Decreto Ejecutivo No. 483 y publicado en el Registro Oficial No.135 el 29 de mayo de 1967 (19 años después).

•Convenio Internacional del Trabajo 98: Relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicalización y de negociación colectiva, firmado con motivo de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, convocada en la ciudad Ginebra, por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo y congregada en dicha ciudad, el 8 de junio de 1949, en su Trigésima Segunda Reunión. Ratificado por el Ecuador por Decreto Legislativo s/n, publicado en Registro Oficial 199 de 30 de Abril de 1957.

1.5. Legislación nacional

El Código del Trabajo, en su artículo 220, define al Contrato Colectivo como:

“Contrato o pacto colectivo es el convenio celebrado entre uno o más empleadores o asociaciones empleadoras y una o más asociaciones de trabajadores legalmente constituidas, con el objeto de establecer las condiciones o bases conforme a las cuales han de celebrarse en lo sucesivo, entre el mismo empleador y los trabajadores representados por la asociación contratante, los contratos individuales de trabajo determinados en el pacto”.

El Derecho al trabajo es un derecho autónomo. Si bien, el sindicato fue el promotor de las luchas por conquistas laborales, se piensa que no es la única forma de agrupación de trabajadores, puesto que conforme al Código del Trabajo de Ecuador es posible advertir que la organización de trabajadores más importante es el Comité de Empresa. Cuando se crea el comité de empresa, éste desplaza a las demás agrupaciones en la representación de los trabajadores.

En Ecuador existe pluralidad sindical, es decir; en una empresa pueden coexistir varias asociaciones de trabajadores. Así, el artículo 221 del Código del Trabajo, dispone lo siguiente:

Art. 221.-Asociación con la que debe celebrarse el contrato colectivo.- En el sector privado, el contrato colectivo de trabajo deberá celebrarse con el comité de empresa. De no existir éste, con la asociación que tenga mayor número de

trabajadores afiliados, siempre que ésta cuente con más del cincuenta por ciento de los trabajadores de la empresa.

En las instituciones del Estado, entidades y empresas del sector público o en las del sector privado con finalidad social o pública, el contrato colectivo se suscribirá con un comité central único, conformado por más del cincuenta por ciento de dichos trabajadores. En todo caso sus representantes no podrán exceder de quince principales y sus respectivos suplentes, quienes acreditarán la voluntad mayoritaria referida, con la presentación del documento en el que constarán los nombres y apellidos completos de los trabajadores, sus firmas o huellas digitales, número de cédula de ciudadanía o identidad y lugar de trabajo.

1.5.1. La institución del visto bueno y el artículo 187 del Código del Trabajo

En este punto, intentaremos realizar un análisis de las garantías que amparan a los dirigentes sindicales, las mismas que se hallan previstas en el Art. 187 del Código del Trabajo, con miras a una correcta aplicación.

En primer lugar y como aproximación al tema, debemos señalar que una de las causas por las cuales termina el contrato individual de trabajo, es mediante el visto bueno solicitado por el empleador y concedido por la autoridad competente, esto es, el Inspector de Trabajo, quien concederá o negará la solicitud, para lo cual deberá regirse al trámite establecido en los artículos 621⁹ y 622¹⁰ del Código Laboral.

Es preciso manifestar que la resolución dictada por el inspector del trabajo es impugnabile ante el Juez del Trabajo competente, para quien la prenombrada resolución tiene el valor de informe .Mientras el juez de trabajo no se pronuncie, la resolución

⁹Art.621 Código Laboral Ecuador Solicitud de visto bueno.- El inspector que reciba una solicitud tendiente a dar por terminado un contrato de trabajo por alguno de los motivos determinados en los artículos 172 y 173de este Código, notificará al interesado dentro de veinticuatro horas, concediéndole dos días para que conteste. Con la contestación, o en rebeldía, procederá a investigar el fundamento de la solicitud y dictará su resolución dentro del tercer día, otorgando o negando el visto bueno. En la resolución deberán constar los datos y motivos en que se funde.

¹⁰Art. 622.Código Laboral Ecuador- Suspensión de relaciones laborales. En los casos de visto bueno el inspector podrá disponer, a solicitud del empleador, la suspensión inmediata de las relaciones laborales, siempre que consigne el valor de la remuneración equivalente a un mes, la misma que será entregada al trabajador si el visto bueno fuere negado. En este caso, además, el empleador deberá reintegrarle a su trabajo, so pena de incurrir en las sanciones e indemnizaciones correspondientes al despido intempestivo

emitida por el Inspector de Trabajo es un acto que goza de los principios de legalidad, legitimidad y ejecutoriedad, y consecuentemente debe ser cumplida.

El Art. 172 del Código del Trabajo, detalla las causales por las que el empleador puede solicitar el visto bueno.

El empleador puede solicitar el visto bueno:

1. Por faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o de asistencia al trabajo o por abandono de éste por un tiempo mayor de tres días consecutivos, sin causa justa y siempre que dichas causales se hayan producido dentro de un período mensual de labor;
2. Por indisciplina o desobediencia graves a los reglamentos internos legalmente aprobados;
3. Por falta de probidad o por conducta inmoral del trabajador;
4. Por injurias graves irrogadas al empleador, su cónyuge o conviviente en unión de hecho, ascendientes o descendientes, o a su representante;
5. Por ineptitud manifiesta del trabajador, respecto de la ocupación o labor para la cual se comprometió;
6. Por denuncia injustificada contra el empleador respecto de sus obligaciones en el Seguro Social. Más, si fuere justificada la denuncia, quedará asegurada la estabilidad del trabajador, por dos años, en trabajos permanentes; y,
7. Por no acatar las medidas de seguridad, prevención e higiene exigidas por la ley, por sus reglamentos o por la autoridad competente; o por contrariar, sin debida justificación, las prescripciones y dictámenes médicos.

En esta hipótesis, el inspector podrá disponer a solicitud del empleador, la suspensión inmediata de las relaciones laborales, siempre que consigne el valor de la remuneración equivalente a un mes, la misma que será entregada al trabajador si el visto bueno fuere

negado. En este caso, además el empleador deberá reintegrarle a su trabajo, so pena de incurrir en las sanciones e indemnizaciones correspondientes al despido intempestivo.

De conformidad con la norma citada, la institución del visto bueno, constituye una sanción¹¹ al trabajador por haber incurrido en una falta de carácter disciplinaria, la cual afecta o puede llegar a enervar el normal desarrollo de la empresa. Concedido el visto bueno, el empleador puede desvincular al trabajador de sus funciones. De no ser concedido el visto bueno, el empleador deberá reintegrar al trabajador a sus labores, además deberá cancelar la correspondiente indemnización. Esta es la situación de normal ocurrencia tratándose de trabajadores, que no desempeñan actividades sindicales.

En el caso de los directivos de una organización de trabajadores la situación se encuentra prevista en el Art. 187 del Código del Trabajo ecuatoriano en los siguientes términos:

“El despido intempestivo de la trabajadora o trabajador miembro de la directiva de la organización de trabajadores será considerado ineficaz. En este caso, el despido no impedirá que el trabajador siga perteneciendo a la directiva hasta la finalización del período establecido.

Esta garantía se extenderá durante el tiempo en que el dirigente ejerza sus funciones y un año más y protegerá, por igual, a los dirigentes de las organizaciones constituidas por trabajadores de una misma empresa, como a los de las constituidas por trabajadores de diferentes empresas, siempre que en este último caso el empleador sea notificado, por medio del inspector del trabajo, de la elección del dirigente, que trabaje bajo su dependencia.

Sin embargo, el empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo por las causales determinadas en el artículo 172 del citado código.”

¹¹En materia Laboral, la doctrina jurídica Ecuatoriana, es unánime en señalar: “que la sanción es un acto que consiste en la privación de derechos como consecuencia de una conducta que se halla tipificada como infracción a la ley o a los reglamentos internos debidamente aprobados”

Esta norma, estatuye que el empleador no podrá despedir intempestivamente al trabajador o trabajadora miembro de la directiva de la organización de trabajadores. Si lo hiciera, el despido no impedirá que el trabajador siga perteneciendo a la directiva hasta la finalización del período. Esta garantía se extiende durante el tiempo en que el dirigente ejerza sus funciones, y un año más. Y agrega, que el empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo por las causales que dan lugar al visto bueno. No obstante el tenor literal, la forma correcta de interpretar esta norma sería la siguiente:

“los dirigentes sindicales gozan de garantía únicamente en el caso del despido intempestivo”¹².

De manera que, si el empleador despide al dirigente sindical sin fundamento legal alguno, o teniéndolo, no se ajusta al procedimiento que la ley laboral ordena, el despido es calificado de intempestivo.

En consecuencia, dicho despido será ineficaz. Es decir, no produce efecto alguno, pudiendo en este caso el dirigente seguir desempeñándose como director de la respectiva organización sindical, hasta el término de su período.

Sin embargo, el empleador podrá despedir al miembro de la directiva sindical cuando éste haya incurrido en algunas de las causales que dan lugar al visto bueno, causales que como dijéramos constituyen una sanción de carácter disciplinario, puesto que, se basan en la conducta reprochable del trabajador, y esa es la razón por la cual la ley no confiere garantía al dirigente sindical en dicho caso.

Se concluye entonces, que en Ecuador por regla general, cuando el visto bueno *“es concedido por el Inspector del Trabajo constituye una verdadera sanción para el dirigente sindical y en consecuencia no podrá seguir liderado la asociación de trabajadores”*(Jaramillo, 2013)

La excepción a esta regla la constituye el despido intempestivo, situación en la cual, el dirigente sindical, podrá seguir perteneciendo a la directiva de la respectiva

¹²Despido intempestivo cuando el empleador da por terminada la relación laboral, sin tener fundamento legal alguno, o si lo tiene no observa el procedimiento que la legislación laboral prescribe

organización sindical. Lo mencionado es corroborado de manera expresa por el artículo 449 del Código del Trabajo que señala:

“Las directivas de las asociaciones de trabajadores, de cualquier índole que sean, deberán estar integradas únicamente por trabajadores propios de la empresa a la cual pertenezcan, aun cuando se trate de cargos de secretarios, síndicos o cualquier otro que signifique dirección de la organización”.

2. ASPECTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES QUE DEFINEN A CHILE EN MATERIA SINDICAL.

B. Constitución Política de la República de Chile de 1980

2.1. Génesis de la Constitución

Gobierno militar: La constitución de 1980

Luego del golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973, no sólo fue suspendida la Constitución de 1925, sino además se cerró el Congreso Nacional, se proscriben los partidos políticos de izquierda y se restringen las libertades individuales como la libertad de desplazamiento, el derecho de reunión y asociación. Imperaba el estado de sitio. La junta militar asume funciones ejecutivas, legislativas, y el poder judicial continúa sus funciones, pero fuertemente influenciado por los militares.

Años más tarde, el régimen militar busca legitimar su accionar y el nuevo modelo económico impuesto, y propone crear una nueva institucionalidad. Se designó una Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC), más conocida como Comisión Ortúzar, a la que se le confirió la labor de crear un anteproyecto de Constitución. En su redacción participaron varios juristas afines a la dictadura cívico militar, como Jaime Guzmán, Sergio Díez y Alejandro Silva Bascañán, además del ex Presidente Jorge Alessandri Rodríguez. Buscaban por medio de una nueva constitución, legalizar todas las acciones realizadas bajo el régimen militar.

En opinión de los historiadores, *“La Comisión Ortúzar tuvo como principal objetivo resguardar el régimen dictatorial de cualquier ideología que atentara contra el Estado”*(Torres & Diaz, 2015).

El 11 de septiembre de 1980, el nuevo texto constitucional fue aprobado por una amplia mayoría en un plebiscito que se realizó sin registros electorales, censura de los medios de comunicación, un pueblo desinformado y con prohibición de cuestionar al régimen, y sin control de ningún tipo sobre este acto eleccionario.

Este proceso eleccionario en su tiempo e incluso hoy, ha generado críticas respecto de su legitimidad y validez. Entre las voces disidentes de la época, se cita al ex presidente Eduardo Frei Montalva, quien expreso: *“Este plebiscito carece de validez y lo rechazamos porque no reúne las condiciones mínimas que garanticen su legitimidad. Que constituido este gobierno de transición se elija por votación popular una asamblea constituyente u otro organismo auténticamente representativo de todas las corrientes de opinión Nacional, como fue en 1925, que tendrá a su cargo la elaboración de un proyecto de constitución, Este proyecto se someterá a un plebiscito, bajo un sistema que de absolutas garantías, y con opciones claramente definidas y plena libertad de expresión”*(Gazmuri, Arancibia, & Gongora, 1980).

Entre otros temas, la Constitución de 1980 estableció un sistema presidencialista de gobierno, creó un Consejo de Seguridad Nacional presidido por el Primer Mandatario e integrado por los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, el Presidente del Senado y el Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Instauró además, la figura de los Senadores designados, segunda vuelta electoral en las elecciones presidenciales y el sistema electoral binominal.¹³

Además la nueva Carta Magna, establece las bases para el modelo económico neoliberal, relegando al Estado a una función subsidiaria, dejando al mercado la

¹³El 27 de abril del 2015, luego de 25 años de un sistema electoral poco representativo, la Presidenta Michelle Bachelet promulgó la Ley que sustituye el sistema electoral binominal por uno de carácter proporcional inclusivo.” Hoy hemos dejado atrás la condena del sistema binominal que por tanto tiempo limitó y lastró a nuestra representación política”. Con fecha 15 de Enero del 2015 se aprueba la reforma. El nuevo sistema electoral debutará en las elecciones parlamentarias del 2017

asignación de los recursos. Este principio de subsidiariedad, se erige en un obstáculo a la hora de implementar políticas asistenciales o de servicio público, más agresivas por parte del Estado.

En opinión de los economistas *“El modelo económico de libre mercado chileno comenzó a gestarse el año 1956, al suscribirse un convenio de intercambio académico entre la Universidad Católica de Chile y la Universidad de Chicago”*(Ríos, 2004).

En efecto, la introducción del modelo neoliberal vino de la mano de un grupo de economistas de corte neoliberal, quienes participaron en el diseño de la plataforma programática del Partido Nacional. Sin embargo, tuvieron que esperar hasta 1973 para ponerlo en práctica, cuando fueron convocados por la reciente Junta Militar.

No resulta extraño entonces, que en Chile se implantaran políticas económicas de corte liberal, pues las dictaduras militares que operaban en gran parte de América Latina entre los años 60 y 70, dieron el marco propicio para el intento. Sin embargo, luego de ciertos fracasos en las políticas económicas, muchos de esos países optaron por modelos económicos mixtos, más heterodoxos.

“La situación chilena fue totalmente distinta, ya que aquí no sólo se mantuvo el modelo, sino que además se profundizó, de modo que Chile ostenta el título de ser el país con el modelo liberal más radicalizado en el mundo, superando incluso a la Gran Bretaña de Margaret Thatcher, quien se propuso crear un nuevo sistema económico basado en la desregulación, liberalización y privatización”(Ríos, 2004).

A pesar de los éxitos iniciales, el modelo comenzó a evidenciar ciertas fallas. No obstante, tanto la historia como el tiempo, han demostrado que las decisiones adoptadas tuvieron efectos negativos en el mediano y largo plazo. Uno de los ejemplos más categóricos fue la crisis económica de 1982. Es más, el mismo ideólogo del modelo neoliberal, Milton Friedman manifestó sus dudas sobre si volvería a impulsar un modelo como éste.

En la actualidad, se vive un proceso constituyente para la redacción y aprobación de una Nueva Constitución Política para el país, en remplazo de la Constitución de 1980.¹⁴ Sin lugar a dudas, unos de los puntos claves, será el debate sobre el modelo económico.

2.2. Fundamentos

Entre los principios fundamentales que inspiran la Constitución Chilena de 1980, se encuentra el de la “democracia militante”(Neumann, 1987). Esta concepción democrática introducida a nivel constitucional, siguiendo muy de cerca la reglamentación alemana, recoge tanto las inhabilidades o limitaciones de ciertos derechos constitucionales, como la prohibición de organizaciones políticas. La nueva concepción democrática recogida por la Constitución de 1980, ha sido denominada en Chile como democracia protegida. Sin embargo, ésta denominación es errada e induce a equívocos, pues la democracia como tal no está protegida, sino que sólo posee los instrumentos para protegerse. Lo que la democracia espera de los demócratas, no es que se la vea como algo seguro o protegido, sino como un sistema de gobierno, de valores y principios que requiere constantemente apoyo o protección.

El derogado art. 8¹⁵ de la Constitución Política del Estado, fue expresión máxima de la concepción de democracia militante y tuvo como objetivo durante su vigencia, impedir

¹⁴La presidenta Mitchell Bachelet en octubre del 2015, mediante una cadena nacional, anunció las fases del proceso, que comenzará con instancias de educación cívica y constitucional, seguido luego por diálogos ciudadanos, posteriormente, durante el segundo semestre de 2016, la entrega de unas bases ciudadanas para la Nueva Constitución y el envío de un proyecto de reforma constitucional para establecer un procedimiento de reemplazo constituyente, debiendo el Congreso Nacional elegir entre cuatro mecanismos alternativos. La propuesta de Nueva Constitución sería presentada durante el segundo semestre de 2017.

¹⁵ Este artículo de la Constitución de 1980 fue derogado por el artículo único, N°2 de la ley de reforma constitucional N°18.825, de 17 de agosto de 1989 y su texto era el siguiente: Art. 8 Todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundado en la lucha de clases, es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República.

Las organizaciones y movimientos o partidos políticos que por sus fines u actividades de sus adherentes tiendan a esos objetivos, son inconstitucionales

Corresponde al tribunal Constitucional conocer de las infracciones a lo dispuesto en los incisos anteriores. Sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la constitución o la ley, las personas que incurran o hayan incurrido en las contravenciones precedentes no podrán optar a funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, por el término de diez años contados desde la fecha de resolución del Tribunal. Tampoco podrán ser rectores o directores de establecimiento de educación ni ejercer en ellos funciones de enseñanza, ni explotar un medio de comunicación social o ser directores o administradores del mismo, ni desempeñar en el funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrán ser dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial. Sindical estudiantil o gremial en general durante dicho plazo.

que las personas u organizaciones atentarán con su actuar, contra los bienes jurídicos protegidos que el propio precepto constitucional señalaba. Esto es, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundado en la lucha de clases. Estas conductas eran consideradas ilícitas y como tal, sancionadas.

En efecto, esta norma permitió al régimen militar aplicar sanciones durísimas como el exilio y la relegación de militantes de partidos políticos, dirigentes sindicales, o bien, de personas consideradas activistas políticos, incluso llegando hasta la muerte. En resumen se prohíbe toda forma de organización de los ciudadanos.

En este contexto se gestó la Constitución de 1980. No obstante, Chile ha logrado desarrollar un sindicalismo de los más fuertes y activos de América Latina.

2.3. La libertad sindical en la legislación chilena

2.3.1. Nociones previas

A fines del siglo XIX y primer cuarto del siglo XX, tanto la consolidación del movimiento obrero como la intervención estatal en la economía, generaron un cambio en la percepción del Derecho del Trabajo. Dicho cambio, se tradujo en la llamada constitucionalización del Derecho del Trabajo,¹⁶ el que se consolidó definitivamente con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial.

Esta constitucionalización, comenzó con la incorporación de normas laborales en las constituciones políticas, plasmándose en ellas los principios esenciales del Derecho del Trabajo, lo que significará la consagración definitiva del mismo.

Si las personas referidas anteriormente estuvieran a la fecha de la declaración del Tribunal, en posesión de un empleo o cargo público, sea o no de elección popular, lo perderán, además de pleno derecho.

¹⁶Las primeras Constituciones Políticas representativas de este proceso fueron la Constitución Mexicana de 1917 y la Constitución de Weimar de 1918. Esta última, constituye la inflexión necesaria para distinguir entre las llamadas constituciones clásicas y las modernas. En términos generales, las Constituciones clásicas se caracterizaron, fundamentalmente, por consagrar la libertad individual, la igualdad formal ante la ley y el derecho de propiedad. En cambio, las llamadas Constituciones modernas a que hemos aludido contemplan el principio de igualdad sustancial ante la ley, lo que supone necesariamente la igualdad de oportunidades y el reconocimiento de los grupos organizados de la sociedad civil, proclamándose el derecho y el deber al trabajo.

Obviamente, la libertad sindical no quedó ajena a este fenómeno.

2.3.2. Normas constitucionales

La constitución política, asegura éste derecho en su Art. 19 n°19¹⁷. En ella, se reconoce el derecho de constituir un sindicato sin autorización previa, quedando constituido éste y gozando de personalidad jurídica *“por el solo hecho de registrar sus estatutos y actas constitutivas en la forma y condiciones que determine la ley”*.

Esta versión de la Libertad Sindical según el autor Cesar Toledo, *“tiene una dimensión individual y colectiva, según sea el titular un trabajador o un empleador individualmente considerado o una organización sindical”*(Toledo, 2013).

Otra manifestación de la Libertad Sindical que recoge la constitución, es el derecho de afiliación sindical. Así, el inciso primero del mismo artículo asegura *“El derecho de sindicarse en los casos y forma que señale la ley. La afiliación sindical será siempre voluntaria.”*¹⁸

Finalmente, el Art. 19 en su inciso 3° consagra, o más bien reconoce la autonomía de las organizaciones sindicales, señalando que: *“La ley contemplará los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones. Pero a su vez, limita esta autonomía disponiendo que; “Las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades político partidistas”*

Sin embargo, si nos adelantamos un poco, y consideramos al sindicato como un grupo intermedio, veremos que esta norma es perfectamente concordante con el Art 1° inciso 3° de la Constitución, el cual reconoce y garantiza la autonomía de los grupos intermedios, para cumplir con sus propios fines específicos.

De esta manera, se explica que la Constitución prohíba a las organizaciones sindicales cualquier tipo de participación en actividades político partidistas, y cobra total

¹⁷CPR ART.19N°19 INCISO 2

¹⁸CPR ART 19 N° 19 INCISO 1°

sentido en cuanto ellas no tienen fines políticos sino que; la protección y promoción de los derechos y libertades laborales de sus socios.

2.3.3. Código del Trabajo

a. Modificaciones al código del trabajo Introducidas por la ley n° 19.759 en materia sindical

Desde el año 1991 hasta la fecha, puede considerarse un período en nuestra historia legislativa como de consolidación de la legislación sindical. El plan laboral (primera normativa impulsada por el régimen militar) se mantiene con una serie de enmiendas, representadas por las leyes N° 19.069, sobre organizaciones sindicales y negociación colectiva y N° 19.049, sobre centrales sindicales, ambas de 1991.

Actualmente, la legislación laboral se encuentra recopilada en el Código del Trabajo de 1994. No obstante, este Código ha sido enmendado por diversas leyes, destacándose la última, N° 19.759 de 5 de octubre de 2001.¹⁹

Los objetivos generales de esta última reforma buscaban “*perfeccionar las normas sobre organizaciones sindicales y prácticas desleales, mejorar el respeto de los derechos fundamentales, incorporar nuevas modalidades de contratación y aumentar la protección de los temporeros*”(Social, 2001).

En la actualidad, se encuentra aprobada la ley 20.940 la cual moderniza el sistema de relaciones laborales, reforma impulsada por Gobierno de Presidenta Michelle Bachelet.

Esta ley, introdujo diversas modificaciones al código del trabajo, en especial al Libro III y al Libro IV, referidos a las organizaciones sindicales y del delegado del personal y a la negociación colectiva respectivamente. Todo ello, luego de un año de debate.

La primera y principal modificación que planteó el plan de reforma laboral, se relacionó con los sindicatos a través de la existencia de un sindicato único, el cual iba a

¹⁹Esta ley fue el resultado de un largo proceso de tramitación legislativa que se inició en el año 1995 bajo el gobierno de don Eduardo Frei Ruiz-Tagle.

tener todas las facultades para negociar. Sin embargo, el precepto fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional Chileno.

Hoy en día, el Código del Trabajo Chileno no reconoce la existencia de un sindicato único, sino que abre la posibilidad que los trabajadores se agrupen en órganos paralelos al sindicato- llamado grupo negociadores- y negocien con el empleador.

En resumen, esta ley que inicia su vigencia el 01 de abril de 2017 y resistida por el empresariado²⁰ - independiente del fallo del tribunal constitucional, respecto del sindicato único-, acaba con los reemplazos en huelga, amplía los temas de la negociación colectiva, extiende las horas de trabajo sindical para los dirigentes por concepto de capacitación y formación sindical, entre otros.

b-El Código del Trabajo y el reconocimiento de la libertad sindical

El tema nos obliga a revisar su articulado;

Art.- 2, incisos 3 y 4:

Son contrarios a los principios de las leyes laborales los actos de discriminación.

Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social, que tengan

²⁰ La resistencia que ha generado el Plan de Reforma llevo a un sector de los parlamentarios de derecha, exponer el proyecto al examen del Tribunal Constitucional. Este organismo en fallo, de fecha 27 de abril de 2016, declara inconstitucional la norma que introduce la figura de un sindicato único. Su dictamen se basa en señalar; que la titularidad sindical no puede recaer en el sindicato, sino que en los trabajadores, ellos son sujetos de derechos. No obstante, el gobierno insistió en el proyecto.

La presidenta Michelle Bachelet con fecha 29 de Agosto 2016 promulga la Ley que moderniza las relaciones laborales más conocida como Reforma laboral. En su discurso promulgatorio la mandataria no obvió los obstáculos que tuvo que sortear la iniciativa para ser aprobada “Esta reforma laboral no es todo lo que el Ejecutivo impulsó y que el Congreso por amplia mayoría aprobó” y agregó el Gobierno aspiraba a más “porque estimamos que persisten desequilibrios en las relaciones laborales que deben ser corregidas”. Pese a ello, la presidenta aseguró que : “esta Ley sigue siendo un avance significativo para las relaciones laborales, pues los trabajadores contarán con una huelga efectiva, con un piso de negociación, con extensión pactada de beneficios, garantiza la representación de las mujeres en los directorios sindicales y reconoce el derecho de los trabajadores afiliados”

por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Art.-5, inciso 1:

El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos.

Art. 212.-:

Reconócese a los trabajadores del sector privado y de las empresas del Estado, cualquiera sea su naturaleza jurídica, el derecho de constituir, sin autorización previa, las organizaciones sindicales que estimen convenientes, con la sola condición de sujetarse a la ley y a los estatutos de las mismas.

Art. 214, incisos 2 y 3:

La afiliación a un sindicato es voluntaria, personal e indelegable.

Nadie puede ser obligado a afiliarse a una organización sindical para desempeñar un empleo o desarrollar una actividad. Tampoco podrá impedirse su desafiliación.

Art. 215.-:

No se podrá condicionar el empleo de un trabajador a la afiliación o desafiliación a una organización sindical. Del mismo modo, se prohíbe impedir o dificultar su afiliación, despedirlo o perjudicarlo, en cualquier forma por causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales.

Artículos 289, 290, 291, 387 y 388:

En dichas disposiciones, se define el ilícito sindical. Dada las dimensiones que puede alcanzar la libertad sindical, considerando sus más diversas manifestaciones, la conducta antisindical también es ilimitada, por lo tanto, los esfuerzos del legislador por acotar o

definir las prácticas antisindicales o desleales ha de entenderse como una intención pedagógica u orientadora de parte del Estado.

c. Institución del fuero sindical artículo 243 del Código del Trabajo

En el Libro III, de las organizaciones sindicales y del delegado del personal, Título I, de las organizaciones sindicales encontramos una norma fundamental, para el objeto de nuestro análisis, y esta es:

Art. 243

“Los directores sindicales gozarán del fuero laboral establecido en la legislación vigente, desde la fecha de su elección y hasta seis meses después de haber cesado en el cargo, siempre que la cesación en él no se hubiere producido por censura de la asamblea sindical, por sanción aplicada por el tribunal competente en cuya virtud deban hacer abandono del mismo, o por término de la empresa.”

Esta disposición permite asegurar la libertad sindical, esto es, el derecho de los trabajadores a formar sindicatos. Junto a ello, se enfatiza en la figura del dirigente sindical, quien es el encargado al interior de la empresa de defender y promover los derechos laborales de los trabajadores.

Su importancia es tal, que la Ley lo protege otorgándole el denominado fuero laboral. Esta institución representa una garantía, pues mientras se mantenga en su cargo y desarrollando las actividades sindicales, el empleador no puede poner término a la relación laboral. En otras palabras, no puede ser despedido sin antes iniciar el juicio de desafuero. Corrobora lo expuesto el Art 174, inciso primero, que prescribe lo siguiente:

“En el caso de los trabajadores sujetos a fuero laboral, el empleador no podrá poner término al contrato sino con autorización previa del juez competente, quien podrá concederla en los casos de las causales señaladas en los números 4 y 5 del artículo 159 y en las del artículo 160.”

3. La libertad sindical en los Tratados Internacionales ratificados por Chile

En virtud del Art 5, inciso segundo de la Constitución Chilena, el Estado está obligado a respetar y promover todos aquellos derechos que emanan de la naturaleza humana, y que se encuentran consagrados en la Constitución, y en todos los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile.²¹

En este orden de ideas, tienen gran relevancia tres tratados internacionales: La Declaración Universal de los Derechos Humanos de la O.N.U. de 1948; La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (o Pacto de San José de Costa Rica); y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Estos tratados, complementan la legislación nacional en orden a reconocer y tutelar los derechos fundamentales como lo es la Libertad sindical, entre otros derechos.

3.1. Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo

Desde 1919, el Estado Chileno es parte de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). De los 60 convenios ratificados por Chile, 51 se encuentran vigentes actualmente.

Los Convenios N° 87 y 98 de la OIT, constituyen los convenios marco, de la libertad sindical, teniendo por objeto promover y garantizar derechos humanos fundamentales, dentro de la esfera más amplia de los derechos sociales.

- El 04 de noviembre de 1998, el Senado de la República aprobó los Convenios 87, 98, 105 y 138 de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T)²²

²¹Art. 5° inc. 2°, Constitución Política de la República: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

²²El registro de la ratificación fue realizado por el Estado de Chile en el mes de febrero de 1999. De esta manera, tales Convenios entraron a regir doce meses después de la fecha de registro ante la OIT, esto es, el 1° de febrero de 2000.

- El Convenio 87, se adoptó el 09 de julio de 1948, en la 31ª Conferencia de la O.I.T y entró en vigencia el 04 de julio de 1950. Se denomina Convenio sobre la Libertad Sindical y Protección del Derecho de Sindicación.
- A su turno, el Convenio 98 se adoptó el 01 de julio de 1949, en la 32ª Conferencia de la O.I.T y entró en vigencia el 18 de julio de 1951. Se le conoce por Convenio sobre el Derecho de Sindicación y Negociación Colectiva.

Tanto el Convenio N° 87 como N° 98, se refieren a la libertad sindical y pertenecen a la categoría de convenios que contienen normas consideradas como derechos fundamentales. Es posible diferenciarlos desde el punto de vista del sujeto pasivo. Así, el convenio N° 87 concierne al libre ejercicio de derechos de sindicación en relación con el Estado. En cambio, el N° 98 protege esencialmente a los trabajadores y a sus organizaciones frente a los empleadores.

4. CIERRE DE CAPÍTULO

Al confrontar la realidad legislativa de Ecuador y Chile, hemos observado que no obstante, tratándose de procesos constituyentes diametralmente distintos en su génesis, la Constitución ecuatoriana se funda en un ideario de libertad y pleno reconocimiento de derechos. Por el contrario, su homóloga chilena carente de legitimidad democrática, fruto de un régimen de facto, ha logrado desarrollar un sindicalismo fuerte y activo.

Para el caso de Ecuador, nos encontramos que lo que no sucedió en las peores dictaduras, ni en los más arraigados regímenes neoliberales, ocurrió en los gobiernos autocalificados de progresistas. En efecto, la promulgación en 1991 de un sin número de normas, dio paso a reformas como el incremento en el número de trabajadores para conformar un sindicato, la eliminación del derecho a huelga solidaria, entre otras. Éstas, junto con la flexibilización laboral, conlleva a la extinción de sindicatos, tanto del sector privado como público. Luego, en el año 2000, se inicia un segundo período de flexibilización y desregulación del derecho laboral con reformas y contra reformas las cuales lejos de introducir mejoras, se han traducido en un retroceso y debilitamiento del movimiento sindical ecuatoriano.

Capítulo III

Modelos de protección en el derecho comparado referido al despido de dirigentes sindicales

Ideas generales

En el derecho comparado, observamos dos modelos clásicos de protección de la libertad sindical. Por un lado, el modelo anglosajón de protección contra las prácticas desleales, y por otro, el modelo latinoamericano de fuero sindical.

En el ámbito internacional, el tema de la protección o tutela sindical ha suscitado un amplio tratamiento legislativo por considerarse que *“la protección que se brinda a los trabajadores y a los dirigentes sindicales contra los actos de discriminación antisindical es un elemento esencial del derecho de sindicación....”*²³

El Convenio N° 98 de la O.I.T, sobre el “Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva” Art. 1° expresa: *“Los trabajadores deberán gozar de una adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo”. Y, agrega: “Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto [...] despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales”*²⁴

Asimismo, la Recomendación N° 119 de la O.I.T “Terminación de la Relación de Trabajo” Art.3° estipula: *“Entre las razones que no deberían constituir una causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran las siguientes: [...] ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en dicha calidad [...]”*²⁵

²³Conferencia Organización Internacional del Trabajo sobre Libertad Sindical y Negociación Colectiva, 1948, pág. 100

²⁴Convenio N°98 Organización Internacional del Trabajo (O.I.T),1949, Art.1

²⁵Recomendación N° 119, adoptada en 1963 por la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T) .Art.3°

Los referidos convenios nos muestran que la tendencia a nivel mundial, es la consagración de un modelo de tutela amplio. En definitiva, lo que se busca es proteger a todo trabajador que en razón de su contrato de trabajo o por su mandato sindical, pueda ejercer su cargo con plena autonomía e independencia, libre de toda perturbación amenaza o coacción.

En consecuencia, las violaciones a la libertad sindical no deben ser consideradas de igual grado que cualquier otro menoscabo laboral, sino de una importancia superior, en tanto constituye un Derecho Humano fundamental.

1. DISTINTOS MODELOS DE PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD SINDICAL

A continuación, examinaremos los modelos clásicos de tutela sindical, el anglosajón y el modelo latino americano de fuero sindical. Para el caso anglosajón, nos hemos centrado en el modelo Alemán, por cuanto hemos observado que tipifica y sanciona las prácticas desleales, al igual que el sistema laboral Chileno.

A- Modelo anglosajón

El modelo alemán presenta ciertos rasgos que lo convierten en único, y que a su vez lo diferencia del resto de los países de Europa. En primer lugar; presenta un alto nivel de consenso y cooperación de las relaciones laborales al interior de la empresa, lo que redundaría en un respeto irrestricto al principio de la autonomía sindical, en segundo lugar; un sistema de representatividad de los trabajadores en un triple aspecto, sindicatos comité de empresa y por último los tribunales, los cuales cumplen un rol preponderante.

1.1. Marco jurídico general

La Constitución Alemana, que fuere adoptada el 23 de mayo de 1949, conocida como la Ley Fundamental o Grundgesetz, y junto con las enmiendas introducidas por el Tratado de la Unión Europea de 31 de agosto de 1990 y el Estatuto Federal de 23 de septiembre de 1990, se convirtió así en la Constitución de la Alemania unificada.

1.2. Nociones previas del Derecho Laboral Alemán

La Ley Fundamental garantiza la libertad de asociación²⁶, así como también la libre elección de profesión y la prohibición del trabajo forzado²⁷. Instituye el principio de igualdad de trato, y en particular, obliga al estado a apoyar la aplicación efectiva de la igualdad de sexo²⁸.

“Las principales fuentes del Derecho Laboral son la legislación federal, los convenios colectivos, los convenios de empresa y la jurisprudencia. No existe un código del trabajo refundido; se establecen normas laborales mínimas en leyes separadas sobre diversas cuestiones relacionadas con el trabajo, que se complementan con las ordenanzas gubernamentales” (Jung, 2001).

1.3. La ley Fundamental y el derecho de sindicalización

La Constitución Alemana, consagra la libertad sindical en los términos del Art. 9 estos;

“se garantiza a toda persona y a todas las profesiones el derecho de fundar asociaciones para mantener y fomentar las condiciones económicas y de trabajo. Los convenios que restrinjan o tiendan a obstaculizar este derecho serán nulos, e ilegales las medidas que se adopten con este fin. Las medidas que se adopten

²⁶Ley fundamental Artículo 9 [Libertad de asociación] (3) Se garantiza a toda persona y a todas las profesiones el derecho de fundar asociaciones para mantener y fomentar las condiciones económicas y de trabajo. Los convenios que restrinjan o tiendan a obstaculizar este derecho serán nulos, e ilegales las medidas que se adopten con este fin. Las medidas que se adopten según los artículos 12 a, 35 apartado 2 y 3, 87 a apartado 4 y 91 no podrán dirigirse contra los conflictos laborales organizados por asociaciones en el sentido de la primera frase del presente apartado con el fin de mantener y fomentar las condiciones económicas y de trabajo.

²⁷Ley fundamental Artículo 12 [Libertad de profesión, prohibición del trabajo forzoso] (1) Todos los alemanes tienen el derecho de elegir libremente su profesión, su lugar de trabajo y de formación profesional. El ejercicio de la profesión puede ser regulado por ley o en virtud de una ley. (2) Nadie puede ser obligado a un trabajo determinado salvo en el marco de un deber público de prestación que sea habitual, general e igual para todos. (3) El trabajo forzoso es admisible sólo en el caso de privación de libertad ordenada judicialmente.

²⁸Ley fundamental Artículo 3 [Igualdad ante la ley] (1) Todas las personas son iguales ante la ley. (2) El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes.

según los artículos 12 a²⁹, 35 apartado 2 y 3³⁰, 87 a apartado 4³¹ y 91³² no podrán dirigirse contra los conflictos laborales organizados por asociaciones en el sentido de la primera frase del presente apartado con el fin de mantener y fomentar las condiciones económicas y de trabajo.”

Esto significa, que trabajadores como empleadores tienen derecho a asociarse para formar sindicatos, de afiliarse y desafiarse o no pertenecer a ningún tipo de organización, puesto que la afiliación sindical es siempre voluntaria. Se prevé también la protección de la asociación contra toda influencia o perturbación del Estado, como de cualquier persona que intente impedir éste derecho.

Para la legislación Alemana, el término asociación implica la idea de unión de carácter permanente y voluntaria, que no debe circunscribirse sólo a la empresa sino que debe representar a distintos sectores y actores. Toda asociación, cualquiera sea su naturaleza -empresarial, social, artística etc.- debe siempre representar los intereses de los trabajadores como de los empleadores, y le asiste el deber de trabajar con miras a la celebración de convenios colectivos.

Los sindicatos alemanes no intervienen en el pago de la compensación por desempleo o de las jubilaciones y pensiones. La gran característica que presenta el sistema Alemán en esta materia, es influir en la política salarial.

1.4. Reglamentación de los sindicatos y las asociaciones de empleadores

“En Alemania no existe una ley sindical. Aun cuando se define generalmente a los sindicatos como asociaciones sin capacidad jurídica, están legalmente autorizados a negociar colectivamente y pueden también emprender acciones judiciales o ser llevados a los tribunales.³³ Los derechos y obligaciones de los miembros de los sindicatos se establecen en los estatutos del sindicato pertinente. Los miembros están obligados a

²⁹ Cfr. Artículo 12 a [Servicio militar y civil obligatorio]

³⁰ Cfr. Artículo 35 [Asistencia judicial y administrativa; ayuda en caso de catástrofe]

³¹ Cfr. Artículo. 87 [Materias de la administración propia de la Federación]

³² Cfr. Artículo. 91 [Estado de emergencia interior]

³³ Véase Artículo 2, párrafo 1, de la Ley sobre Convenios Colectivos y Art. 10 de la Ley de Tribunales Laborales

pagar una cuota cuya cuantía depende de su nivel salarial. Al mismo tiempo, tienen derecho a

apoyo en los conflictos laborales, así como a asesoramiento jurídico. La condición de miembro sólo finaliza por terminación a iniciativa del trabajador o por exclusión sobre la base de una decisión del sindicato, que debe estar en conformidad con sus estatutos. La mayoría de los convenios colectivos se negocian a nivel de gremio o industria”(Jung, 2001).

Resulta interesante advertir que en Alemania en materia sindical, coexisten dos organismos los sindicatos y el comité de empresa. Los sindicatos, son los únicos autorizados para convocar las huelgas, mientras que el comité de empresa tiene la representación de los trabajadores al interior de la empresa, sin ser formalmente un órgano de carácter sindical. No obstante, cumple un rol fundamental, pues es el encargado de mediar en los conflictos colectivos.

Además, la legislación alemana no prevé normas especiales respecto de los representantes o dirigentes sindicales. Esto, significa que no gozan de ningún tipo de protección o privilegio, por lo tanto se trata de un trabajador más. Sin embargo, nada obsta que el propio sindicato disponga ciertos beneficios o medidas de resguardo, para el representante. Sus derechos y obligaciones son generalmente fijados por los sindicatos, aunque en algunas empresas su posición se regula también por negociación colectiva. En una situación hipotética o ideal en la que no medie conflicto, las funciones del sindicato se equiparan al de los comités de empresa.

En lo que respecta a la organización del movimiento sindical alemán, el autor Schuster sostiene que: *“está formado por cinco grandes confederaciones nacionales, que cuentan con subdivisiones sectoriales, regionales y locales. Su poder de actuación está centralizado en un comité ejecutivo central de las principales confederaciones y de los más importantes sindicatos”(Schuster, 1995).*

Y explica que esta centralización, responde a los siguientes factores:

- La negociación colectiva tiene lugar principalmente a nivel sectorial.

- Los sindicatos persiguen políticas que se identifican con objetivos sociales y políticos.

El sentido de esta centralización, reside en que el funcionamiento de las relaciones laborales en Alemania es tremendamente reglado y burocrático, lo que exige la intervención de expertos en negociación y que se concentren a nivel central.

En opinión de otros autores Pérez, Almendros, otro factor que influye en la centralización, es la posición dominante de los sindicatos en la sociedad alemana. *“Los sindicatos están fuertemente implementados en los distintos sectores de la economía, con unas reglas del juego claves y una potente red patrimonial y de asistencia sindical, que les permite ostentar un monopolio de hecho en su función de representar a los trabajadores. Es evidente que esta presencia y poder no sólo se emplea como arma de intimidación hacia el colectivo empresarial, sino también como instrumento de disciplina hacia el colectivo que afilia”*(Perez, Almendros, & Rojo, 1980).

1.4.1. Las principales confederaciones sindicales

- *La DBG (Federación de Sindicatos Alemanes), cuenta con 11 millones de afiliados, es la organización sindical más importante de Alemania. Agrupa a 16 sindicatos de distintos sectores de la industria tales como metalurgia (IG Metall), servicios públicos de transporte y telecomunicaciones (ÖTV) química (IG), energía construcción, sector agrícola y medioambiente .Cuenta con grandes medios económicos, inclusive posee una compañía holding con sede en la ciudad de Frankfurt. Además cuenta con un importante departamento de investigación, avocado análisis económico, socioeconómico y de políticas salariales.*

Esta organización mantiene su independencia política, se identifica con los postulados y planteamientos del Partido Social Demócrata Alemán.

- *DBB (Confederación de Empleados Públicos Alemanes). Esta asociación no tiene competencia para participar en la negociación colectiva, pues*

representa los intereses de trabajadores del sector público cuyas condiciones laborales, son susceptibles de regulación legislativa.

- *DAG (Sindicato de Empleados Asalariados Alemanes) Representan a trabajadores de distintos sectores económicos (empleados del sector público, vendedores ejecutivos bancarios, profesionales de distintas áreas ect)*
- *CGB (Confederación de Sindicatos Cristianos de Alemania)*
- *ULA (Sindicato del Alto Ejecutivo) Representa al personal directivo en principio, no tiene un papel fundamental en la obtención de mejoras de las condiciones de trabajo de sus afiliados, ya que estas se encuentran recogidas en el contrato individual de trabajo. Por lo tanto, no suele participar de la negociación colectiva.*

1.4.2. Asociaciones de empleadores

Las asociaciones de empleadores se definen por lo general, como asociaciones con capacidad jurídica. Muchas de las asociaciones regionales son industriales y las del mismo gremio, se fusionan finalmente en una asociación de nivel federal. Las asociaciones federales de los diferentes gremios se unifican en las dos principales confederaciones centrales, la Confederación de Asociaciones de Empleadores Alemanes (BDA) y la Unión Federal de la Industria Alemana (BDI). La BDA representa los intereses de las empresas en su condición de empleadores, y la BDI trata de fomentar sus intereses económicos y políticos.

1.5. Representación de los trabajadores al interior de la empresa

Al no existir una ley sindical en Alemania, los llamados a ejercer la representación de los trabajadores al interior de la empresa, serán los comités de empresa. Su funcionamiento, se encuentra regulado en la Ley de Comités de Empresa de 1952, cuya última modificación data de 2001.

Para la constitución de un comité de empresa se requiere un mínimo de 5 trabajadores, y el sector público se rige por un sistema de consejo de personal con una estructura similar. En principio, los comités de empresa no son directamente órganos sindicales pero los sindicatos tienen gran influencia en su funcionamiento. La mayoría de

los miembros de los comités de empresa son afiliados a los sindicatos del sector privado (DGB), compartido con la (DBB) en el sector público.

1.5.1. Elección de los miembros del comité de empresa y de su protección

Los miembros del comité de empresa, son elegidos por un período de cuatro años mediante votación secreta-directa y su establecimiento es obligatorio, aunque no existe un procedimiento que sancione a las empresas que no lo posean. Los miembros del comité tienen derecho a una formación continua para llevar a cabo sus funciones de representación.

De conformidad con la Ley de Comité de Empresas y la Ley de Protección contra el Despido, los miembros del comité no podrán ser despedidos durante su mandato y hasta el año siguiente a la terminación del mismo. Esta protección, inclusive alcanza a los candidatos que no resultaron electos durante los seis meses siguientes a la nominación de su candidatura, situación que analizaremos en detalle cuando abordemos la temática del despido y sus efectos.

Al comité de empresa le está vedado recurrir a la huelga y a otras medidas de presión para la obtención de sus demandas, lo que responde a un fiel apego al principio *pacta sunt servanda*” lo pactado obliga, pues el comité de empresa por convenio colectivo se obliga a mantener el orden y la paz social. A su vez, esta cláusula en los contratos colectivos implica un límite a los movimientos huelguistas.

Además, cuentan con derecho a disponer del permiso remunerado suficiente que les permita cumplir con sus obligaciones. La ley, prevé la dedicación exclusiva y por tiempo completo para los representantes de los trabajadores, este número puede variar según el tamaño de la empresa.

1.5.2. Funciones del Comité de empresa

La función principal del comité de empresa, consiste en la cooperación con el empresario con el objeto de establecer mejoras para trabajadores y empresa. Para cumplir este objetivo, el comité debe reunirse a lo menos una vez al mes con el empleador, y ambas partes tienen el deber de resolver sus diferencias de buena fe. Por su parte el

empleador, una vez al año deberá entregar al comité toda la documentación relevante de la empresa.

Entre otras funciones que desempeña el comité de empresa se encuentra, asegurar el cumplimiento de la legislación laboral, de los convenios y acuerdos colectivos, aconsejar al empresario respecto de aquellas acciones que beneficien al trabajador y a la empresa, promover la integración de personas minusválidas física y psíquicas, trabajadores de edad avanzada y extranjeros.

1.5.3. Los derechos del comité de empresas

- **Derecho de información:** En cuanto a la planilla de trabajadores, cualquier cambio o modificación debe ser informada al comité, como también cualquier cambio en la estructura organizacional de la empresa sea presente o futura. Se debe informar los aspectos financieros y la situación económica de la empresa.
- **Derechos de consulta:** En todo lo referente al ambiente y organización del trabajo, como también en materia de selección de personal y despido de trabajadores, tanto despido individual como colectivo.
- **Derechos de cogestión:** Comprende temas sociales, el comité como la empresa, deben llegar acuerdo en materias de duración jornada de trabajo, turnos de trabajo, distribución de las vacaciones, aumentos y disminuciones temporales de la jornada laboral, regulación de horas extraordinarias, lugar y tiempo de entrega del salario, medidas de seguridad e higiene, administración de los beneficios sociales, como también reclamaciones individuales de los trabajadores. En estos aspectos, el empresario no puede actuar sin el consentimiento del comité o ante la ausencia de este, sin la decisión de un tribunal del trabajo (en caso de un conflicto jurídico) o de un comité de conciliación (en caso de un conflicto de reglamentación o colectivo como se le suele llamar).

Los alcances de estas decisiones, tienen lugar en la medida que no existan disposiciones legales o convenios colectivos vigentes.

1.6. La representación sindical

La función de representación sindical al interior de la empresa no está reconocida formalmente como tal. Esto significa, que si la empresa está cubierta por un convenio multiempresarial, el sindicato no tiene el derecho legal de intervenir o interferir en las decisiones de la empresa. No obstante, el sindicato es el encargado de confeccionar las listas de los candidatos que conformaran el comité de empresa, y de esta forma se aseguran su presencia en la misma.

Como lo dijésemos anteriormente, al comité de empresa le está vedado convocar a huelga o cualquier otra medida de presión, es el sindicato quien asume esta competencia y se encarga de convocar y dirigir las ofensivas. Por tanto, las relaciones entre el comité de empresa y el sindicato son importantísimas. La influencia del sindicato en la empresa se ejerce indirectamente a través del comité de empresa.

1.7. Los conflictos colectivos en Alemania y el derecho a huelga

Previo al análisis del tema, precisaremos que se entiende en la legislación alemana por conflictos colectivos.

“En Alemania la conceptualización de conflicto es diferente. Lo contrapuesto a los conflictos colectivos no son los conflictos individuales, sino los conflictos jurídicos. El conflicto jurídico (sea individual o colectivo) se discute sobre la existencia o interpretación de derechos. El conflicto colectivo por su parte conduce a la creación de un nuevo derecho a través de un pacto colectivo (ya sea un convenio colectivo o un acuerdo con la empresa); por ello se le suele denominar conflicto de reglamentación. Los conflictos jurídicos quedan bajo la competencia de los Tribunales de Trabajo, pero las partes de un convenio colectivo pueden excluir la jurisdicción del trabajo en cuanto a los conflictos colectivos que surjan sobre el convenio, para atribuirlos a un tribunal arbitral” (Vasco, 1984).

En síntesis, en Alemania los conflictos colectivos dan lugar a un derecho nuevo donde el acuerdo al cual se llega, se materializará en un convenio o pacto colectivo. Las razones que explican este hecho obedecen a que su sistema constitucional se basa en la

voluntariedad, máxima expresión del principio de la autonomía de la voluntad, y en materia de resolución de conflictos colectivos, se rige por el mismo principio. Por tanto, el papel del Estado es simplemente auxiliar, es decir actúa cuando las partes intervinientes lo solicitan.

En consecuencia, la huelga y el cierre patronal no se encuentran regulados ni a nivel constitucional ni en leyes ordinarias. En Alemania, no existe un procedimiento administrativo con carácter obligatorio para la resolución de conflictos colectivos. No obstante, la legalidad y legitimidad de dichas medidas de presión se delimitan a la luz de los principios del Código Civil y la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional.

Al no existir un procedimiento administrativo para la resolución de los conflictos colectivos, quedará entregado a la voluntad de las partes de manera que el conflicto en primera instancia se intentará resolver entre la dirección de la empresa y el comité de empresa, y en caso de dificultades, se querrá llegar a un acuerdo entre la organización empresarial y el sindicato; si no se logra acuerdo, el asunto se someterá a la decisión de un comité de arbitraje que estará compuesto por representantes de ambas partes, y la decisión que adopte será vinculante.

Además, la Ley Fundamental no consagra la huelga, sino que sólo establece el derecho de asociación de los grupos profesionales para la defensa y mejora de las condiciones laborales y económicas. Por consiguiente, la libertad para sumarse a los conflictos colectivos está limitada por las cláusulas de obligación de paz social, contenida en los convenios colectivos. Luego, el conflicto colectivo supone la inexistencia de un acuerdo, convenio o pacto colectivo.

1.7.1. Legalidad de la huelga

La huelga se considera legal cuando cumple los siguientes requisitos:

1. Cuando sea el último recurso posible, que sea proporcional a los objetivos buscados y no sea, para destruir al oponente.
2. Cuando sea convocada por un sindicato que cuente con el 75% de los votos favorable de los afiliados al sindicato convocante.

3. Cuando tenga por objeto, oponerse a los arreglos susceptibles de determinación mediante negociación colectiva.

1.7.2. Ilegalidad de la huelga y del cierre patronal

Importante hacer presente que, toda huelga que sea convocada con infracción a los puntos antes mencionados es considerada ilegal. Así, una huelga política que persiga por ejemplo, la modificación de disposiciones legislativa es considerada ilegal, lo mismo ocurre cuando la huelga no es convocada por un sindicato, o con un menor número de votos. En todo caso, la huelga como el cierre patronal deben ser mediadas de última ratio.

Esto, evidencia que en Alemania existe un apego irrestricto a la norma, de manera que todo lo que esté fuera del marco de la norma, es considerado ilegal y una práctica desleal. Es decir, todas aquellas conductas que no se encuadren dentro de la norma jurídica y de la norma de conducta, sea que la inobservancia de las mismas provenga de los trabajadores o de los empleadores, son consideradas ilegales y dan lugar a la aplicación de sanciones que se traducen en compensaciones económicas, ergo indemnización de perjuicios por los daños causados.

1.7.3. Efectos de la huelga

1. Suspensión del contrato de trabajo

La participación en una huelga da lugar a la suspensión del contrato de trabajo, pero no a su terminación. El sindicato convocante debe remunerar al trabajador en huelga, y consiste en general a los 2/3 del salario habitual, libre de impuesto.

2. Mantención de los servicios esenciales

En el sector público no está definido lo que debe entenderse por servicios esenciales, ni la provisión de servicios públicos esenciales, durante un conflicto colectivo. No existe en Alemania regulación específica sobre la materia, quedando entregado a la voluntad de las partes su definición. Así entonces, por ejemplo la DBG- confederación sindical más importante del país, ha establecido códigos de

conductas durante los conflictos, que deben ser observados por sus afiliados. Si las partes no logran ponerse de acuerdo, se somete el asunto a los tribunales.

En materia de resolución de conflictos colectivos, la jurisprudencia de los tribunales tiene un rol preponderante. De ella, se deduce que la legalidad y legitimidad de la huelga exige la observancia del Principio de Proporcionalidad. Ello, implica que la huelga debe ser proporcional con la protesta y no debe tener por objeto destruir al oponente, y en consecuencia se deben llevar a cabo los trabajos de emergencia, servicios esenciales, reparaciones etc.

1.7.4. El cierre patronal

El denominado cierre patronal, como su nombre lo indica consiste en; que el empresario simplemente cierra sus puertas, e impide que los trabajadores desarrollen sus labores habituales.

El cierre patronal, es una práctica bastante extendida en Alemania y nuevamente el rol de la jurisprudencia resulta fundamental, puesto que no existe regulación en la ley. Los tribunales han desarrollado la teoría de la igualdad de armas, en cuya virtud la empresa tiene el derecho de iniciar acciones con el fin de estar en paridad de combate con los sindicatos o en igualdad de condiciones. En otras palabras, los tribunales alemanes han estimado que el empresario debe disponer de las mismas armas que los sindicatos, permitiendo entonces el cierre patronal como una respuesta a la ofensiva huelguista de los sindicatos.

1.8. Terminación contrato de trabajo

En cuanto a la regulación respecto de la terminación del contrato de trabajo, - sea este un despido individual o colectivo- queda entregada a los siguientes cuerpos normativos; la Ley de Protección contra el Despido, La Ley 1969 para la Promoción del Empleo; Ley de 1972 sobre el Comité de Empresas; el Código Civil; Ley sobre Notificaciones Previas al Despido, y la Ley de 1988 sobre Órganos de Representación de los Directivos.

1.8.1. Despido individual

Debemos tener presente que conforme a la Ley de Protección Contra el Despido, esta ley llama despido, al despido socialmente injustificado. *“Se establecen dos causas bastantes genéricas en la Ley, pues el despido es socialmente injustificado cuando no está condicionado por motivos que se basan en la persona (in der person) o en la conducta del trabajador y por necesidades empresariales urgentes, que impida la recolocación del trabajador en la empresa”*(Martinez & Arufe, 2007).

Esto significa, que el despido debe ser motivado, y no sólo eso, sino que justificado y aceptado. Situación distinta a la de Chile, donde existe un sistema con causal complejo, puesto que se funda en una serie de causales contenidas en diversas disposiciones del Código del Trabajo.³⁴ Tal como ocurre en Ecuador, con el despido por causales o causales de visto bueno.

En Alemania, se autoriza poner término al contrato de trabajo por las siguientes razones:

1. Personales y de conducta del trabajador (la no observancia de las obligaciones estipuladas y la mala conducta.)
2. Económicos, de estructura y/o técnicos, motivos operacionales, ejemplo; quiebra o cierre de la empresa. (En Chile, se denomina necesidades de la empresa)

El procedimiento en ambas causales son similares, aunque las exigencias son mayores tratándose del despido por motivos económicos. En los dos supuestos, el comité de empresa tiene el derecho de consulta, lo que supone que el despido le sea notificado con expresión de las razones que lo motivaron. El comité, tiene un plazo de una semana para pronunciarse sobre el despido y su silencio se entiende como aceptación.

El comité, puede oponerse al despido por razones económicas en los siguientes supuestos:

³⁴Véase los artículos 159 (despido de mutuo acuerdo),160 (Causales de caducidad contrato trabajo),161 (Auto despido) y 163 bis (despido por necesidades de la Empresa) del Código del Trabajo Chile

1. No tener en cuenta determinados aspectos sociales y personales del trabajador afectado.
2. Optar por trasladar al trabajador a otro departamento o centro de trabajo, aunque sea en otras condiciones.
3. Si con una mayor formación o capacitación del trabajador se pudo evitar su despido.

La oposición del comité no invalida en caso alguno el despido, pero da lugar a que el trabajador recurra a los tribunales de justicia. Esta posibilidad, sólo se da en caso que el trabajador tenga una antigüedad en su empleo de seis meses y la empresa cuente con cinco trabajadores o más. Por lo tanto, hasta los seis meses el empleador puede despedir sin expresar motivos, aunque se exige la consulta al comité y en todo caso, nada obsta a que el trabajador acuerde que la protección que establece la ley, comience antes de los seis meses.

1.8.2. Personas a quienes no les afecta el despido

Los trabajadores protegidos frente al despido son:

- Los miembros del comité de empresa, durante su mandato y hasta el año siguiente a la expiración del mismo. No existe protección para los dirigentes sindicales.

En relación al despido de los representantes unitarios del personal, la Ley de Protección contra el Despido, promulgada el 25 de agosto de 1969 y modificada con fecha 31 de octubre del 2006, establece la regla general al señalar que:

“el despido de un miembro del comité de empresa es inadmisibile..., a no ser que existen hechos que justifiquen la extinción por el empresario derivada de un motivo importante sin cumplimiento de un plazo extintivo, y que exista el necesario consentimiento al amparo del párrafo 103 de la Ley de Organización de la Empresa o sea sustituido por decisión judicial” (párrafo 15, apartado 1, inciso 1)

- Los minusválidos, quienes necesitan autorización administrativa previa, las mujeres embarazadas quedan protegidas hasta transcurridos cuatro meses desde el nacimiento, los empleados gozan de los permisos de paternidad y maternidad, los aprendices mientras dura el aprendizaje, y los funcionarios públicos o los que estén realizando el servicio militar o la prestación social sustitutoria.

1.8.3. Despido colectivo y de la compensación

El despido colectivo en Alemania se plantea como último recurso y los empresarios deben evaluar la viabilidad de cualquier otra medida como la reducción de la jornada de trabajo, la reducción de horas extraordinarias, y la movilidad funcional o geográfica antes de plantear el despido de los trabajadores.

Las situaciones en que puede ocurrir el despido, hace referencia a dos situaciones:

- Alteración en las condiciones de trabajo y/o salarios de los trabajadores, debido a dificultades económicas de la empresa.
- Una situación más grave que la anterior, que supone la supresión de puestos de trabajo y despido colectivos.

En cuanto al procedimiento, el empresario debe comunicar al comité de empresa sobre las causas del despido y el número de trabajadores afectados. El comité, tiene derechos de cogestión sobre los criterios de selección de los trabajadores afectados y tiene además derecho de cogestión, sobre la elaboración del Plan de Compensación Social. En caso de desacuerdo, las partes pueden solicitar la mediación de la oficina regional de empleos, y posteriormente pueden acudir a un comité de conciliación, cuya decisión será vinculante.

Compensación

Quedará fijada por el Plan de Compensación Social, que para estos efectos se considera un acuerdo de empresa. En general, la compensación consistirá en un mes de salario por años de servicios, con un tope de 12 mensualidades.

Hemos concluido el análisis del modelo alemán de las relaciones colectivas del trabajo, incluida la protección contra las prácticas desleales. Para la legislación alemana, las prácticas desleales se configuran cada vez que las partes (trabajadores o empleadores) no respetan los acuerdos o lo pactado. Ello, demuestra el carácter reglista del pueblo Alemán, por tanto todo lo que este fuera del marco de la norma entendida esta en sentido amplio, es decir como norma jurídica y norma de conducta, es considerado ilegal o desleal.

Alemania basa todo su sistema constitucional en la voluntariedad (principio de la autonomía de la voluntad), expresión máxima de la libertad. En consecuencia, es un modelo que se basa en una justicia negociada o de los consensos, por consiguiente, a las partes se les conmina a llegar acuerdo.

Esto último, permite explicar porque la legislación alemana no contempla explícitamente un mecanismo tutelar de la libertad sindical a nivel legal. Dicho esto, comenzaremos con el estudio del modelo latinoamericano.

2. B- MODELO LATINOAMERICANODE FUERO SINDICAL

2.1. Nociones generales

A nivel latinoamericano, los ordenamientos de Ecuador, Chile, Argentina y otros de la región, reconocen la libertad sindical como un derecho fundamental de los trabajadores. La forma de tutelar la libertad sindical es mediante el modelo denominado fuero sindical, mecanismo que busca evitar que el empleador pueda tomar medidas atentatorias a la sindicalización.

En sus inicios, el modelo de fuero sindical sólo fue concebido como un medio de protección del dirigente sindical contra el despido. Esta visión tradicional del fuero sindical, es criticada puesto que se trata de un enfoque restringido al plano subjetivo – ya que sólo se refiere al dirigente sindical- puesto que del punto de vista objetivo, solo alude al despido. Este enfoque tradicional ha sido abandonado rigiendo en la actualidad, el modelo de fuero amplio.

2.2. El fuero sindical como principio rector del derecho colectivo del trabajo

Se sostiene por el autor Daniel Echaiz que *“la manera más eficaz de tutelar aquella libertad sindical será por medio de sindicatos arraigados, fuertes e influyentes, entendiéndose por éstos a aquellos sindicatos que generalmente congregan gran número de afiliados o que destacan por la lucha tenaz que despliegan para conseguir sus propósitos”*(Echaiz, 1991).

Compartimos plenamente esta afirmación, pero no es menos cierto, que en Latinoamérica la presencia de sindicatos con estas características no ha sido suficiente garantía de tutela de la libertad sindical, y es por esta razón, que se ha recurrido a diversos mecanismos que ofrezcan una protección real del Derecho de Sindicación, y el modelo escogido es el de fuero sindical.

Además, no podemos desconocer la otra cara de la sindicación llamada prácticas antisindicales, las cuales surgen como un problema cada vez más creciente y que deterioran gravemente la relación trabajador empleador. Estas prácticas redundan en perjuicios tanto para el trabajador individualmente considerado, como para los sindicatos.

Con el fin de evitar aquellos actos o conductas que contravengan la mentada libertad, las distintas legislaciones han regulado de una u otra forma el asunto. Las técnicas legislativas, varían según el país, pero guardan ciertos puntos en común, como por ejemplo; establecer un procedimiento racional y objetivo para sancionar los atentados a la libertad sindical.

Ahora bien, según estudios de la O.I.T, *“las técnicas jurídicas utilizadas, en la redacción de esas normas son las siguientes: 1.- Disposiciones de carácter general; 2. Una disposición que enumere detalladamente las distintas formas de actos incriminatorios; y 3.Una norma de carácter prohibitiva en la cual se enumeran de forma taxativa las conductas antisindicales”*.³⁵

³⁵“Protección contra la Discriminación Antisindical”. Lausana, Oficina Internacional del Trabajo y La Concorde, 1976, Pág. 123.

Es tal la importancia que reviste la libertad sindical, que inclusive algunos ordenamientos jurídicos han extendido la protección a ciertas clases de trabajadores, que en principio no gozaban de tal protección como fundadores y dirigentes del sindicato. Es el caso de Chile, que extendió el fuero a trabajadores que participan en el proceso de constitución de sindicatos ³⁶

No obstante, lo descrito, el debilitamiento o crisis del sindicalismo en América Latina en opinión de Francisco Zapata se debe “*a las profundas transformaciones económicas y sociales que han afectado a los países latinoamericanos desde 1982, con la modificación del contenido y de la forma de operar de los sistemas políticos y con la redefinición de la democracia*”.(Zapata, 2001)

Sean cual fueren las causas, que expliquen el debilitamiento del movimiento sindical en Latinoamérica en los últimos años, lo cierto es, que el Derecho de Sindicación es un Derecho Humano, y como tal, cada Estado tiene el deber de tutelar. De ahí, que las distintas legislaciones promulgan leyes con este fin, como esencia de todo Estado democrático. Justamente los sindicatos “*son un elemento perfeccionador de la democracia, al hacerla más participativa, sentando las bases de una democracia social*”(Gamarra, 1996).

La importancia de los sindicatos en América Latina, como elemento perfeccionador del sistema democrático es fundamental, y ello se debe a que el sindicalismo latinoamericano no se satisface tan sólo con las reivindicaciones de carácter laboral, sino que pretende participar activamente en la toma de decisiones políticas, puesto que está pluralidad de voluntades contribuye a la formación de la voluntad política del pueblo.

Esto último, marca un punto de inflexión con el sistema Alemán que hemos desarrollado, puesto que aquel no contempla a nivel legal y de forma explícita, un

³⁶En el año 2001, mediante la dictación de la Ley 19.759, se extendió la protección a la actividad sindical por medio del establecimiento de fueros a trabajadores que participaren del proceso de constitución de sindicatos. La modificación apunta a señalar que los trabajadores gozarán del fuero del art.243 a partir de los diez días antes de la constitución del respectivo ente colectivo.

mecanismo tutelar de la libertad sindical, ni tampoco reconoce la representación sindical como tal.

Aun así, en Alemania existen sindicatos fuertes y estructurados en los distintos sectores de la economía, con reglas del juego claves y una potente red patrimonial y de asistencia sindical, que les permite ostentar un monopolio de hecho, en la función de representar a los trabajadores.

2.3. Evolución del concepto de fuero sindical

La figura del fuero sindical, ha generado un debate tendiente a establecer su verdadero sentido y alcance. Las diversas definiciones que se han dado, han transitado por el mismo camino, pero presentan ciertas peculiaridades como resultado del natural proceso evolutivo de la expresión.

Tal y como lo señaláramos, tradicionalmente el fuero sindical ha sido entendido como un mecanismo de protección del dirigente sindical frente al despido. Así, repasemos seguidamente algunas de estas conceptualizaciones, hoy abandonadas por la doctrina.

De manera clara, Pedro Flores Polo sostiene que *“el fuero sindical consiste, concretamente, en otorgar estabilidad laboral a los representantes sindicales durante y después del ejercicio de su función representativa”*(Flores, 1980). En una línea similar, el autor Temoche Benitesse señala; *“que el fuero sindical consiste en el amparo que las leyes del trabajo dan a los dirigentes sindicales para impedir que los empresarios los despidan durante su mandato para descabezar al sindicato y aterrorizar a los trabajadores”*(Temoche, 1989).

Del mismo modo, la Enciclopedia Jurídica Omeba prescribe: *“Una forma especial de estabilidad es la otorgada a algunos dirigentes gremiales durante el tiempo en que cubren cargos determinados y por un cierto período posterior a su terminación”*

Estas definiciones se circunscriben en la tesis tradicional del fuero sindical. Sin embargo, en la actualidad rige el modelo de fuero sindical amplio, el cual ilustraremos citando algunos de los diversos intentos teóricos por lograr su definición.

Según el profesor Héctor Humeres el fuero sindical lo explica “*como un conjunto de medidas de protección del trabajador, dirigente y delegados sindicales cuyo objeto es ponerlos al resguardo de todo perjuicio que puedan sufrir por su actuación, y posibilitar un desarrollo normal y eficaz de la actividad sindical*”(Humeres, 1997).

Para César Toledo Corsiel fuero sindical “*es la protección que brinda el legislador principalmente a ciertos representantes sindicales y a aquellos trabajadores que, no siéndolo, realizan específicas actividades dispuestas por la ley vinculadas al ejercicio de la libertad sindical, que se materializa en concretas limitaciones a las facultades del empleador, sea por no poder despedir a tales trabajadores sin previa autorización judicial, y por las taxativas causales que fija la ley, sea en materia de ius variandi o en lo relativo a la obligatoria tolerancia de los permisos sindicales de los dirigentes sindicales*”(Toledo, 2000).

En el mismo sentido argumenta Alfredo Ruprecht al señalar que “*es la protección otorgada a los trabajadores agremiados, con el fin de protegerlos en el ejercicio de su actividad sindical*”(Ruprecht, 1991).

Por su parte, Mario Pasco Cosmópolis consigna como acepción de fuero sindical al “*conjunto de privilegios, vale decir, las medidas legales de carácter especial destinadas a proteger a los dirigentes sindicales y a garantizarles libertad de acción en el ejercicio de sus funciones*”. Y, concluye: “*es la protección contra la amenaza de despido, el traslado arbitrario u otras formas de persecución o discriminación a causa de su actividad gremial*”(Pasco, 1988).

Se evidencia así, que son innumerables los intentos por definir el fuero sindical. No obstante, sea cual fuere la definición adoptada la idea es clara; proteger la actividad sindical. Pues bien, y utilizando como base las nociones antes transcrita, nos atrevemos a esbozar nuestro propio concepto de fuero sindical. Diremos entonces que: *el fuero sindicales aquel conjunto de medidas adoptadas por el legislador a objeto de tutelar la libertad sindical, consistente en impedir el despido o cualquier acto discriminatorio, en contra de todo trabajador que en virtud del contrato de trabajo o bien por mandato*

sindical, desarrolle las actividades que le son propias del cargo con plena independencia y autonomía.

2.4. Finalidades del fuero laboral

Fuero sindical, en términos simples y genéricos, es sinónimo de protección. Sin embargo, frente a tan escueta palabra, debemos preguntarnos: ¿qué se protege?, ¿a quién se protege? y ¿cuándo se protege? Para responder tales interrogantes, es imperativo aludir a los aspectos objetivo, subjetivo y temporal del fuero sindical, respectivamente.

Respecto al que se protege, lo protegido es la libertad de sindicación. En cuanto a quienes protege, la tutela recae en el trabajador, que en razón del contrato de trabajo o por mandato sindical, desarrolle actividades sindicales de dirigente sindical, de delegado de personal, de miembro del comité paritario, de candidatos, etc. Según lo establecido por la O.I.T, el fuero sindical opera respecto de todo trabajador sindicalizado.

En lo concerniente al cuándo, hay regímenes como Alemania, Bélgica y Panamá que amparan desde el momento de la contratación, durante el curso del empleo y al momento de la cesación de la relación laboral. Otras regulaciones normativas como Finlandia, Hungría y Polonia garantizan la defensa sólo al momento de la contratación y durante el curso del empleo. Unas terceras legislaciones de Ecuador, Líbano y Libia protegen solamente durante el curso del empleo. La O.I.T considera que la protección brindada por el fuero sindical abarca al momento de la contratación, el período del empleo y el momento de cesación de la relación laboral.

Pero, ¿Cuál es el motivo por el cual el legislador otorga esta protección? Existen normas internacionales, como el Convenio 98 de la OIT, que obliga a los países a otorgar a los trabajadores una adecuada protección a la libertad sindical, en contra de cualquier acto discriminatorio o que pudiere menoscabarla en relación a su empleo.

Concluyentemente, para una eficaz tutela de la libertad sindical las distintas legislaciones consagran el modelo de fuero sindical y siguiendo lo expresado por el profesor Sergio Gamonal *“Esta protección busca posibilitar la absoluta libertad de los*

trabajadores en el ejercicio de sus derechos sindicales, precaviendo, especialmente, cualquier represalia, en particular, el despido”(Gamonal, 2000).

2.5. Relación entre fuero sindical y libertad sindical

No cabe duda que fuero sindical y libertad sindical, son conceptos íntimamente relacionados. De esta manera Uriarte, sostiene que *“el fuero sindical es componente esencial de la libertad sindical”*(Ermida, 1991). Por su parte, Lovatón Palacios explica que *“el fuero sindical es el conjunto de modalidades por las que se protege la libertad sindical”*(Lovatón, 1991).

La vinculación entre libertad sindical y fuero sindical, resulta evidente, debido a que la libertad sindical es la condición sine qua non del fuero sindical. En otras palabras, sólo puede existir éste mecanismo tutelar, cuando existe el derecho que requiere ser tutelado.

En síntesis, ambas instituciones configuran pilares interrelacionados y que se requieren de modo recíproco. Podríamos resumir esta vinculación en la siguiente máxima, el fuero sindical es el derecho protector y la libertad sindical es el derecho protegido.

2.6. Efectos del fuero sindical en Ecuador y Chile

Es necesario distinguir, si el fuero sindical actúa como consecuencia del despido del trabajador, o de cualquier otro acto atentatorio de su libertad sindical.

En la primera hipótesis se suscitan problemas, puesto que constituye una situación límite o extrema donde se discute si el trabajador debe ser reintegrado y a la vez indemnizado. La realidad del Ecuador es la siguiente:

- El Art 187 del Código del Trabajo de Ecuador, estatuye en su primera parte que
- “El despido intempestivo de la trabajadora o el trabajador miembro de la directiva de la organización de trabajadores será considerado ineficaz”. De la norma transcrita se colige que los dirigentes sindicales gozan de las garantías únicamente en el caso del despido intempestivo, el cual se configura cuando el empleador da por terminada la relación laboral sin tener fundamento legal alguno, o si lo tiene,

no observa el procedimiento que la legislación laboral prescribe. Si llegara el empleador a despedir al trabajador, el despido será ineficaz, es decir; no surtirá efecto dando lugar a la correspondiente indemnización por años de servicios de conformidad con el Art.188 y las bonificaciones señaladas en el Art.185.Sin embargo, no considera el reintegro del trabajador a su puesto de trabajo. Simplemente permite que siga desarrollando su actividad sindical, hasta la fecha en que expire en el cargo. El reintegro no se produce de pleno derecho, sino que requiere de la declaratoria de ineficacia.

- En Chile, el trabajador que goza de fuero laboral en los términos del Art. 243 Código del Trabajo³⁷, implica que el empleador no puede despedir al trabajador sin antes iniciar un juicio denominado juicio de desafuero, como lo indica el Art.174³⁸y sólo por las causales que taxativamente se han establecido en los números 4 y 5 del Art 159³⁹ y las del Art 160⁴⁰ del mismo cuerpo legal.

³⁷Código del Trabajo Art. 243. Los directores sindicales gozarán del fuero laboral establecido en la legislación vigente, desde la fecha de su elección y hasta seis meses después de haber cesado en el cargo, siempre que la cesación en él no se hubiere producido por censura de la asamblea sindical, por sanción aplicada por el tribunal competente en cuya virtud deban hacer abandono del mismo, o por término de la empresa

Asimismo, durante el lapso a que se refiere el inciso precedente, el empleador no podrá, salvo caso fortuito o fuerza mayor, ejercer respecto de los directores sindicales las facultades que establece el artículo 12 de este Código.

³⁸Código del trabajo Art.174. En el caso de los trabajadores sujetos a fuero laboral, el empleador no podrá poner término al contrato sino con autorización previa del juez competente, quien podrá concederla en los casos de las causales señaladas en los números 4 y 5 del artículo 159 y en las del artículo 160.El juez, como medida prejudicial y en cualquier estado del juicio, podrá decretar, en forma excepcional y fundadamente, la separación provisional del trabajador de sus labores, con o sin derecho a remuneración. Si el tribunal no diere autorización para poner término al contrato de trabajo, ordenará la inmediata reincorporación del que hubiere sido suspendido de sus funciones. Asimismo, dispondrá el pago íntegro de las remuneraciones y beneficios, debidamente reajustados y con el interés señalado en el artículo precedente, correspondientes al período de suspensión, si la separación se hubiese decretado sin derecho a remuneración.

El período de separación se entenderá efectivamente trabajado para todos los efectos legales y contractuales.

³⁹Código del trabajo Art. 159. El contrato de trabajo terminará en los siguientes casos:

4. Vencimiento del plazo convenido en el contrato. La duración del contrato de plazo fijo no podrá exceder de un año.

5. Conclusión del trabajo o servicio que dio origen al contrato.

⁴⁰Código del Trabajo Art. 160. El contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales:

1. Alguna de las conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas, que a continuación se señalan:

a) Falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones;
b) Conductas de acoso sexual;

De concretarse el despido, este es considerado una práctica antisindical y en consecuencia el despido es nulo. El juez de oficio o a petición de parte, deberá decretar de inmediato el reintegro del trabajador a su puesto de trabajo con el pago íntegro de las remuneraciones, beneficios debidamente reajustados y con intereses correspondientes.

El magistrado deberá disponer lo anterior de inmediato, es decir sin que sea menester constatar antes, la existencia de la práctica antisindical. La razón es clara, la reincorporación y el pago de salarios y beneficios con reajustes e intereses no son en el supuesto que nos ocupa, la sanción de la práctica antisindical, sino la consecuencia de haber omitido el empleador la autorización previa del juez competente, para despedir al trabajador aforado.

Esta solución, es plenamente concordante con los postulados de la O.I.T, en virtud de la cual, la reparación del trabajador debe ser íntegra, pues se ha infringido un derecho humano fundamental, el Derecho de Sindicación.

La O.I.T, señala que *“la forma de reparación debería ser la reparación total, tanto en el plano económico como en el profesional, ya que se trata de violación de un derecho fundamental”*. Y, añade: *“la mejor solución es generalmente el reintegro del trabajador en sus funciones con una indemnización retroactiva y el mantenimiento de sus derechos*

-
- c) Vías de hecho ejercidas por el trabajador en contra del empleador o de cualquier trabajador que se desempeñe en la misma empresa;
 - d) Injurias proferidas por el trabajador al empleador;
 - e) Conducta inmoral del trabajador que afecte a la empresa donde se desempeña, y
 - f) Conductas de acoso laboral.
2. Negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador.
 3. No concurrencia del trabajador a sus labores sin causa justificada durante dos días seguidos, dos lunes en el mes o un total de tres días durante igual período de tiempo; asimismo, la falta injustificada, o sin aviso previo de parte del trabajador que tuviere a su cargo una actividad, faena o máquina cuyo abandono o paralización signifique una perturbación grave en la marcha de la obra.
 4. Abandono del trabajo por parte del trabajador, entendiéndose por tal:
 - a) la salida intempestiva e injustificada del trabajador del sitio de la faena y durante las horas de trabajo, sin permiso del empleador o de quien lo represente, y
 - b) la negativa a trabajar sin causa justificada en las faenas convenidas en el contrato.
 5. Actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores, o a la salud de éstos.
 6. El perjuicio material causado intencionalmente en las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, productos o mercaderías.
 7. Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.

adquiridos". Finalmente, concluye: *"En caso de imposibilidad de reintegración, las indemnizaciones por despido antisindical deberían ser las más elevadas que las previstas para los demás tipos de despido"*⁴¹

La segunda hipótesis, no ofrece mayor dificultad, basta que el trabajador afectado solicite el cese de los actos lesivos o de la práctica antisindical, así como el pago de la correspondiente indemnización por los daños causados.

⁴¹ Conferencia O.I.T sobre Libertad Sindical y Negociación Colectiva. , 1948, págs. 107 y 108

3. CIERRE DE CAPÍTULO

Alemania, en materia sindical no establece un sistema de protección a los dirigentes sindicales, ni tampoco reconoce la representación sindical como tal. Creemos, se debe principalmente a que basa su sistema legal en la voluntariedad. Esto último, redundando en una justicia de los acuerdos o de los consensos, situación diametralmente distinta la de Ecuador y Chile, los cuales se rigen por el modelo de fuero sindical.

El movimiento sindical alemán se caracteriza por contar con sindicatos fuertes y estructurados, los cuales se encaminan a la obtención de mejoras y condiciones uniformes para todos los trabajadores, con independencia del establecimiento o empresa en el cual se desempeñen. Esto, nos lleva a concluir que el movimiento sindical, es más bien pragmático que ideológico, y desde luego, marca una diferencia sustancial con el sistema latinoamericano, el cual obedece a un movimiento más bien ideológico o revolucionario.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Las conclusiones de la presente investigación, se presentarán en dos líneas de argumentación. La primera, referida a la evolución del movimiento obrero, y la segunda centrada en la tutela de la libertad sindical con particular énfasis en la protección del dirigente sindical, con el objetivo de dar respuesta a la interrogante que dio origen a nuestro trabajo ¿Por qué Chile una Nación de corte liberal ofrece mayor protección en materia sindical, que su símil Ecuador considerado este último como un Estado garantista de derechos?. Finalmente, esbozaremos una breve óptica política-constitucional la cual nos parece adecuada mencionar.

Al confrontar la historia y desarrollo del movimiento obrero tanto de Ecuador como de Chile, comprobamos que ambos países tienen como punto común a la Revolución Industrial de mediados del siglo XIX y principio del XX, observando que para el caso de Ecuador, el origen de sus primeras organizaciones se manifestaron con un marcado acento asistencialista o mutualista, buscando soluciones momentáneas a los problemas de los obreros, sin la noción de una solución definitiva por el poder político.

Para el caso Chileno, el movimiento obrero se caracterizó desde sus inicios por reivindicaciones de carácter económico, pero también sociales, lo que redundó en la creación de una amplia legislación laboral, acompañada del reconocimiento a nivel constitucional del movimiento sindical por parte del Estado, como también el impulso y crecimiento de los partidos políticos de izquierda.

Si bien, ambos países han transitado por una senda parecida, no exenta de episodios trágicos como matanzas, represión y exilio, han sido estos mismos procesos históricos los que dieron origen a triunfos no sólo laborales, sino sociales y políticos, los cuales se plasman en la dictación de sus respectivos códigos laborales y una profusa legislación destinada a la protección de la clase trabajadora, unido al reconocimiento y amparo constitucional de la Libertad Sindical, cuya expresión más concreta es el Derecho de Asociación o Sindicación.

En definitiva, podemos catalogar al movimiento sindical chileno como revolucionario, puesto que aspiró a lograr cambios estructurales a nivel de gobierno con

el objetivo de influir en las decisiones políticas, que pudieran afectar a los trabajadores. Ello, motivado por la ideología marxista imperante en la época, como también la pluma ávida de destacados literatos que describían con gran maestría las desgarradoras condiciones de vida y de trabajo, de la clase obrera.

Sin embargo, no se puede desconocer que la otra cara de la sindicación son las prácticas antisindicales, que se traducen en conductas de los empleadores tendientes a impedir o entorpecer la libertad sindical, las cuales surgen como un problema cada vez más creciente y que deterioran gravemente la relación trabajador/empleador. Estas prácticas, redundan en perjuicios tanto para el trabajador individualmente considerado, como para sindicatos y sus respectivos dirigentes.

Con el fin de evitar que aquellos actos o conductas contravengan la mentada libertad, las distintas legislaciones han regulado de una u otra forma el asunto. Las técnicas legislativas varían según el país, pero guardan ciertos puntos en común; establecer un procedimiento racional y objetivo para sancionar los atentados a la libertad sindical.

En efecto, la legislación de Ecuador y Chile reconocen la libertad sindical como un derecho fundamental de los trabajadores, y la forma de proteger dicha libertad es mediante el denominado fuero sindical, este modelo busca evitar que el empleador pueda tomar medidas atentatorias en contra de la sindicalización.

En este punto, encontramos diferencias entre ambas legislaciones en cuanto a los efectos y aplicación del fuero sindical. Para el caso del Art 187 del Código Laboral Ecuatoriano, se colige que los dirigentes sindicales gozan de garantía únicamente en la hipótesis del despido intempestivo, el cual se configura cuando el empleador despide al trabajador sin fundamento legal alguno, o si lo tiene, no se ajusta al procedimiento que la ley laboral ordena.

Sin embargo, la norma no considera el reintegro del trabajador a su puesto de trabajo, simplemente permite que siga desarrollando su actividad sindical, hasta la fecha en que expire en el cargo, otorgándole un año más, pero colisionando además con el Art 449, el cual exige que en las directivas de cualquier asociación deben ser conformadas por

trabajadores propios. Entonces la pregunta es; ¿Como un mismo artículo puede hablar de garantía para un dirigente, si veladamente también lo está desprotegiendo?

En otras palabras, el reintegro no opera de pleno derecho, sino que requiere de la declaratoria de ineficacia, lo cual implica que el dirigente sindical o trabajador afectado deberá deducir la correspondiente acción judicial.

La concesión del derecho de opción, otorgado por el legislador ecuatoriano al dirigente sindical para reintegrarse a sus funciones, o bien, dar por terminada la relación laboral- no obstante la existencia de la declaratoria de ineficacia del despido- provoca un debilitamiento del movimiento sindical. El sindicato y el dirigente dejan de cumplir su cometido respecto de la promoción y tutela de los derechos de los trabajadores, transformándose este derecho de opción en un incentivo perverso, por cuanto el dirigente sindical se puede ver tentado a dejar sus funciones a cambio de una indemnización bastante abultada, consistente en un año de remuneración, además de la general que le corresponde por el despido intempestivo.

Para el caso del Ecuador, no se prevé que el empleador inicie un juicio de desafuero - como ocurre en Chile – con el fin de requerir la autorización para desvincular al trabajador de la empresa. Es el propio dirigente, quien debe entablar la correspondiente acción judicial tendiente a que se declare la ineficacia del despido. De manera que se invierte la carga de la prueba, pues será el propio trabajador quien deberá probar, y no el empleador, que el despido ha sido intempestivo. En consecuencia, deberá probar que el empleador no tenía una causa legal para el despido, o teniéndola no se ajustó al procedimiento que la ley ordena. Desde la óptica del derecho procesal, se configura una situación de vulnerabilidad de derechos.

En Chile, el trabajador que goza de fuero laboral en los términos del Art. 243 Código del Trabajo, implica que el empleador no puede despedir al trabajador, sin antes iniciar un juicio denominado juicio de desafuero. De concretarse el despido, este es considerado una práctica antisindical y en consecuencia el despido es nulo.

El juez de oficio o a petición de parte, deberá decretar de inmediato el reintegro del trabajador a su puesto de trabajo con el pago íntegro de las remuneraciones y beneficios debidamente reajustados y con intereses correspondientes.

El magistrado deberá disponer lo anterior de inmediato, esto es, sin que sea menester constatar antes la existencia de la causal. La razón es clara, la reincorporación y el pago de salarios y beneficios con reajustes e intereses no son en el supuesto que nos ocupa- la sanción por la práctica antisindical- , sino la consecuencia de haber omitido el empleador la autorización previa del juez competente, para despedir al trabajador aforado.

Esta afirmación se explica debido a que en la práctica, para el empleador es muy difícil obtener una sentencia favorable a sus intereses, cuando se trata de un trabajador que goza de fuero sindical. Los Tribunales Orales en lo Laboral Chilenos, en muy pocas ocasiones dan lugar al desafuero, es decir; conceden la autorización para desvincular al trabajador.

Además las causales por las cuales el magistrado podría conceder el desafuero, se encuentran señaladas taxativamente en la ley-numerus clausus. Causales por lo demás bastantes restrictivas que en muchas ocasiones resultan de difícil prueba, siendo algunas de ellas, atentatorias contra la honra del trabajador , que de no resultar probadas en juicio por el empleador - que es quien las invoca en apoyo de su demanda -, se arriesga a un aumento considerable en el monto de la indemnización a pagar.

Desde un punto de vista fáctico, el fuero laboral en Chile se ha transformado en una verdadera causal de inamovilidad en el empleo, favoreciendo de este modo al movimiento sindical y la acción de los sindicatos, pues permite que el dirigente sindical pueda ejercer sus funciones propias, con plena libertad y sin temor a ser despedido.

Por otra parte, el fuero laboral es un derecho de carácter irrenunciable de conformidad con el inciso segundo Art.5 del Código del Trabajo Chileno; “Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo”. De manera que, no puede ser objeto de ningún tipo de negociación entre las partes.

Todo pacto entre empleador y trabajador, en orden a renunciar al fuero laboral es nulo, ya que este tipo de acuerdos o pactos es considerado una práctica desleal o antisindical, prohibida por el ordenamiento jurídico chileno. En efecto, la Ley 19.579 sobre Organizaciones de Trabajadores y Protección contra Prácticas Antisindicales del año 2001, introdujo importantes modificaciones en la legislación laboral, entre ellas, tipifica y modifica el procedimiento para la pesquisa y sanción de las prácticas antisindicales.

Entendemos que la ley descrita, se inspira en la legislación anglosajona, la cual tipifica y sanciona las prácticas desleales. Para el caso de Alemania, ellos cuentan con sindicatos fuertes y estructurados en distintas áreas de la economía, y más que proteger al dirigente sindical, lo que tutelan es la acción del sindicato con la manifiesta finalidad de evitar presiones morales o materiales, que puedan desvirtuarla negociación colectiva y la libertad sindical.

La Ley 19.579 sobre Organizaciones de Trabajadores y Protección contra Prácticas Antisindicales, no sólo es aplicable al dirigente sindical, sino también a todo trabajador a quien le afecte un acto o práctica antisindical. Así, el Art. 215 del Código Chileno establece la prohibición de despedir al trabajador por causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales, de lo cual se colige que, un despido que obedezca a tales motivaciones constituye una práctica antisindical.

En consecuencia, estamos en condiciones de dar respuesta a la interrogante que constituye el hilo conductor de nuestra investigación, Chile en materia sindical ofrece mayor protección que su homólogo Ecuador.

Desde una óptica política-constitucional, advertimos que los ideólogos de la Constitución Chilena de 1980, concibieron que las organizaciones sindicales con tintes políticos fueran una grave amenaza al modelo capitalista, puesto que se arriesgaban a la toma de control no solo productivo, sino también político.

La Constitución Chilena de 1980, no permite que un dirigente sea candidato a diputado ni a senador. La paradoja se presenta en que no existe limitación para las

candidaturas que financian grandes empresarios, con la finalidad de instalar congresistas hechos a la medida, situación que tiene en tela de juicio a la política chilena.

Quizás, si se aceptara el ingreso de sindicalistas al Congreso veríamos una mayor conexión con la realidad y la sociedad. En consecuencia, bajo la óptica política-constitucional, Chile presenta organizaciones sindicales politizadas, pero cercada por la propia constitución.

Por otra parte, en Ecuador no observamos la restricción que presenta Chile, en cuanto a limitar la candidatura de un dirigente sindical a cargos de elección popular.

RECOMENDACIONES

Somos de la idea que frente al despido, el trabajador debe ser reintegrado o restituido en su cargo e indemnizado. Ello, por una simple razón: si sólo se concede indemnización, sería demasiado fácil para el empleador despedir a un trabajador por motivos de discriminación sindical o práctica antisindical, menoscabando de este modo el derecho colectivo a la sindicación. Por ende, la restitución o reintegro se erige como condición sine qua nom para la efectividad del fuero sindical, en caso de despido.

Solución por lo demás concordante con los postulados de la O.I.T al respecto, que señala que la reparación del trabajador debe ser total, puesto que se ha vulnerado un derecho fundamental del trabajador como es el derecho de sindicación.

La tarea de ambos países, es la construcción de una mirada sindical de largo plazo que permita traspasar conocimientos y experiencias de líderes que van de salida, hacia las nuevas generaciones.

Chile, no debe esperar más para llevar a cabo su proceso constituyente, no solo para mejorar la gestión sindical, sino para soltar las amarras de la constitución actual y avanzar hacia una sociedad más justa e inclusiva.

El movimiento sindical ecuatoriano, debe pasar de acciones reivindicatorias a unas donde se articulen gestiones políticas sindicales, que comprendan no solo el sector público, sino también el privado, conectándose a su vez con los movimientos sociales.

Finalmente, debemos repensar que derecho resulta ser más sano y equilibrado para nuestras sociedades, si el Derecho al trabajo o el Derecho del trabajo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aragón, M. (1995). *Constitucion y control del poder*. Madrid: Ediciones ciudad Argentina.
- Cano, D. (2009). Regresión Laboral en el Ecuador y sus consecuencias:Gobierno de Rafael Correa. *¿Estado constitucional de Derechos?Informe de Derechos Humanos en el Ecuador* (pág. 26). Quito, Ecuador: Programa Andino de derechos Humanos , PADH Ediciones Abaya yala .
- Ch., R. L. (1997). Movimiento Obrero Ecuatoriano:el desafio de la integración. *Pontificia Universidad Católica del Ecuador/ Instituto de Investigaciones Económicas*, 15.
- Echaiz, D. (1991). *El fuero sindical (una tecnica laboral tuitiva)*. colombia: ediciones legal info.
- Ermida, O. (1991). *Sindicatos en libertad sindical*. Peru: Asociacion laboral para el desarrollo.
- Flores, P. (1980). *Diccionario de terminos juridicos* (Vol. uno). Peru: cultural cuzco editores.
- Gamarra, L. (1996). Los sindicatos en España. *Trabajo, Revista de informacion laboral*, 19.
- Gamonal, S. (2000). *Revista del abogado*(43).
- Gazmuri, C., Arancibia, P., & Gongora, A. (1980). *Eduardo Frei Montalva*. Chile: Coleccion Biblioteca Nacional de Chile.
- Humeres, H. (1987). *Derecho del trabajo*. Santiago: Juridica de Chile.
- Humeres, H. (1997). *Derecho del trabajo y de la seguridad social*. Chile: Juridica de Chile.
- Jaramillo, V. (2013). *Revista Judicial derechoecuador.com*. Recuperado el 25 de 05 de 2016, de

<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derecholaboral/2009/02/17/la-institucion-del-visto-bueno-y-el-articulo-187-del-codigo-del-trabajo>

Jung, L. (2001). *Organizacion Internacional del Trabajo*. Recuperado el junio de 2016, de : http://www.ilo.org/ifpdial/information-resources/national-labour-law-profiles/WCMS_159138/lang-es/index.htm

Lovatón, M. (1991). *Proteccion de la libertad sindical en Peru*. Peru: Instituto de defensa legal.

Macchiavello, G. (1989). *Derecho colectivo del trabajo*. Santiago: Juridica de Chile.

Machiavello Contreras, G. (1989). *Derecho colectivo del trabajo*. Santiago: Jurídica de Chile.

Martinez, J., & Arufe, A. (2007). *Leyes laborales Alemanas. Estudio comparado y traduccion castellana*. España: Netblio.

Neumann, T. R. (1987). Alcances y Finalidad del artículo 8 en la Constitución de 1980. *Seminrio de estudio Finalidad del Artículo 8 en la Constitución de 1980* (pág. 37). Santiago, Chile: Centro de Estudios Públicos de Chile (CEPCHILE).

Pasco, M. (1988). *Los sindicatos en el Peru*. Peru: AELE.

Perez, A., Almendros, M., & Rojo, T. (1980). *Regimen sindical, participacion y regulacion legal del despido en el derecho europeo*. España: ediciones de la universidad de Barcelona.

Rios, S. (10 de 2004). *eumed.net*. (O. d. Latinoamericana, Editor) Recuperado el mayo de 2016, de <http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/index.htm>

Robalino, I. (1992). *El sindicalismo en el Ecuador* (2 ed.). Ecuador: Inedes.

Rodas, G. (2000). *Revolucion juliana y salud colectiva*. Ecuador: Corporacion Editora-UASB-E.

- Ruprechet, A. (1991). Sindicatos en Libertad Sindical. *Asociación Laboral para el Desarrollo*, 63.
- Schuster, D. (1995). *El movimiento sindical Aleman*. Alemania.
- Social, C. d. (2001). *Reforma al código del trabajo*. Senado de la Republica de Chile. Chile: Diario de Sesiones del Senado.
- Temoche, R. (1989). *Manual del sindicalista*. Peru: libreria studium editores.
- Toledo, C. (2000). *Tutela de la libertad sindical* (primera ed.). Chile: Legal publishing.
- Toledo, C. (2013). *Tutela de la Libertad Sindical*. Chile: Legalpublishing.
- Torres, D., & Diaz, I. (05 de 01 de 2015). *Facultad de Artes Universidad de Chile*. Recuperado el 30 de 05 de 2016, de <http://www.artes.uchile.cl/noticias/108556/comision-ortuzar-hurgando-en-las-bases-del-chile-pos-dictadura>
- Ulloa, V. (2003). El movimiento Sindical Chileno Del Siglo XX a nuestros días. *El movimiento sindical chileno. Del siglo XX hasta nuestros días* (pág. 23). Vitacura, Santiago de Chile: Publicaciones de la OIT ISBN 92-2-314229-6.
- Vasco, C. d. (1984). Sistema de relaciones laborales y solución de conflictos colectivos en Occidente. España: Publicación de documentos del consejo de relaciones laborales.
- Walker, F. (1989). *Derecho de las relaciones laborales*. Santiago: Jurídica Ediar-Conosur.
- Zapata, F. (2001). ¿Crisis del sindicalismo en América Latina? (con particular énfasis en los casos de Argentina ,Brasil ,Chile y México). *Centro de Estudios Sociológicos México D.F*, 15.