

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Escuela de Posgrado



Protección de los derechos de negociación colectiva y huelga en las redes empresariales y los grupos de empresas. Posibles respuestas desde la jurisprudencia.

Tesis para obtener el grado académico de Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que presenta:

Juan Daniel Siguas Hernández

Asesor:

Elmer Guillermo Arce Ortiz

Lima, 2022

Declaración jurada de autenticidad

Yo, Elmer Guillermo Arce Ortiz, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor de la tesis

“Protección de los derechos de negociación colectiva y huelga en las redes empresariales y los grupos de empresas. Posibles respuestas desde la jurisprudencia”, del autor

Daniel Sigwas Hernández,dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 34%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 18/07/2022.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha:

Lima, 30 de noviembre de 2022

Apellidos y nombres del asesor: Arce Ortiz, Elmer Guillermo	
DNI: 07628234	Firma: 
ORCID: 0000-0002-2663-0225	

RESUMEN

La presente investigación se propone encontrar herramientas que permitan asegurar el efectivo ejercicio de los derechos de negociación colectiva y de huelga en las estructuras empresariales complejas, como las redes empresariales y los grupos de empresas formados a partir de estrategias de descentralización productiva. Ello tras constatar que, a pesar del impacto que las nuevas formas de organización empresarial tienen sobre el conjunto de relaciones laborales, el ordenamiento jurídico nacional poco o nada dice acerca del ejercicio de la libertad sindical y de los derechos colectivos en dichos escenarios.

En ese sentido, se parte de analizar los derechos de negociación colectiva y de huelga desde la perspectiva de los derechos fundamentales, subrayando la importancia que tienen las obligaciones y prohibiciones legales que se establecen como garantías sustantivas de tales derechos. Seguidamente, se examinan las principales construcciones jurisprudenciales y legislativas que, a nivel comparado, se han elaborado con el propósito de que las instituciones del derecho del trabajo puedan hacer frente a los desafíos que les plantean las realidades empresariales complejas. A partir de ello, se concluye que la tesis del “empleador putativo o instrumental”, sin perjuicio de las limitaciones que presenta su aplicación, permite que los jueces lleven a cabo una reinterpretación de las actuales garantías sustantivas de los derechos de negociación colectiva y de huelga, a fin de que dichas garantías sigan teniendo sentido o no resulten vaciadas de contenido frente a los fenómenos empresariales que aparecen como resultado de la descentralización productiva.

Palabras claves: *negociación colectiva, huelga, descentralización productiva, tercerización, grupos de empresas.*

ABSTRACT

This research aims to find tools to ensure the effective exercise of collective bargaining and strike rights in complex business structures, such as business networks and groups of companies formed from productive decentralization strategies. This after noting that, despite the impact that the new forms of business organization have on all labor relations, the national legal system says little or nothing about the exercise of freedom of association and collective rights in these scenarios.

In this sense, it is based on analyzing the rights of collective bargaining and strike from the perspective of fundamental rights, emphasizing on the importance of the legal obligations and prohibitions that are established as substantive guarantees of such rights. Subsequently, are examined the main jurisprudential and legislative constructions that, at the comparative level, have been elaborated with the purpose of enabling labour law institutions to face the challenges posed by complex business realities. From this, it is concluded that the thesis of the "putative or instrumental employer", despite the limitations presented by its application, allows judges to carry out a reinterpretation of the current substantive guarantees of the rights of collective bargaining and strike, so that these guarantees continue to fulfill their function or are not emptied of content in front of business phenomena that appear as a result of productive decentralization.

Keywords: *collective bargaining, strike, productive decentralization, outsourcing, groups of companies.*

ÍNDICE DE CONTENIDO

Introducción	1
CAPÍTULO I	5
¿POR QUÉ ES NECESARIO REPENSAR LA TUTELA SUSTANTIVA DE LOS DERECHOS DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y HUELGA DE CARA A LAS ESTRUCTURAS EMPRESARIALES COMPLEJAS?	5
1.1. Los derechos de negociación colectiva y huelga como derechos fundamentales.....	5
1.1.1. Fundamentos de los derechos de negociación colectiva y huelga ...	6
1.1.2. Contenido de los derechos de negociación colectiva y huelga	9
1.1.2.1. Contenido del derecho de negociación colectiva	13
1.1.2.2. Contenido del derecho de huelga.....	17
1.1.3. Garantías de los derechos de negociación colectiva y huelga	19
1.1.3.1. Garantías sustantivas del derecho de negociación colectiva.....	21
1.1.3.2. Garantías sustantivas del derecho de huelga	26
1.2. Las garantías de los derechos de negociación colectiva y huelga de cara a las estructuras empresariales complejas	28
1.2.1. Impacto de las redes empresariales y los grupos de empresa sobre el ejercicio de los derechos de negociación colectiva y huelga.....	28
1.2.1.1. El ejercicio de la libertad sindical en las redes empresariales y los grupos de empresas.....	30
1.2.1.2. Problemas que plantean las redes empresariales y los grupos de empresas para la negociación colectiva	34
1.2.1.3. Problemas que plantean las redes empresariales y los grupos de empresas para el ejercicio del derecho de huelga	38
1.2.2. Limitaciones o insuficiencias de las actuales garantías de los derechos de negociación colectiva y huelga de cara a las estructuras empresariales complejas.....	40
1.2.2.1. Límites de las actuales garantías sustantivas del derecho de negociación colectiva.....	40
1.2.2.2. Límites de las actuales garantías sustantivas del derecho de huelga	43
1.3. La tutela de los derechos de negociación colectiva y huelga en sede jurisdiccional.....	45
CAPÍTULO II	48
CONSTRUCCIONES LEGISLATIVAS Y JURISPRUDENCIALES PARA GARANTIZAR LOS DERECHOS COLECTIVOS EN EL CONTEXTO DE LAS ESTRUCTURAS EMPRESARIALES COMPLEJAS	48
2.1. ¿Por qué es importante la configuración del sujeto empleador en el desarrollo de los derechos de negociación colectiva y huelga?	48
2.2. Intentos de reconstruir los vínculos entre la realidad empresarial y el derecho colectivo de trabajo	50

2.2.1.	Intentos de reformular la noción de empleador	52
2.2.1.1.	El concepto de “un solo empleador para efectos laborales” en el Código del Trabajo chileno.....	53
2.2.1.2.	La figura del “empleador complejo” en el derecho laboral uruguayo y su aplicación a los derechos colectivos en el trabajo	60
2.2.2.	Intentos de reconstruir las instituciones del derecho colectivo del trabajo	62
2.2.2.1.	El concepto de “unidad económica y social” y el replanteamiento de (algunas) instituciones del derecho del trabajo francés.....	63
2.2.2.2.	Los grupos de empresas y las redes empresariales como “unidades de negociación” en el Estatuto de los Trabajadores español ...	65
2.2.3.	La tesis del empleador putativo o instrumental.....	70
2.2.3.1.	Planteamiento de la tesis.....	70
2.2.3.2.	Expresiones del empleador putativo o instrumental en la legislación y jurisprudencia nacional	73
CAPÍTULO III		76
APLICACIÓN DE LA TESIS DEL “EMPLEADOR PUTATIVO O INSTRUMENTAL” PARA UNA RECONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LAS GARANTÍAS SUSTANTIVAS DE LOS DERECHOS DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y HUELGA EN LAS REDES EMPRESARIALES Y LOS GRUPOS DE EMPRESAS		76
3.1.	Posibilidades y límites de la aplicación del “empleador putativo o instrumental” desde la jurisprudencia nacional	76
3.1.1.	La necesaria “reinterpretación” de las garantías sustantivas de los derechos de negociación colectiva y huelga	76
3.1.2.	La aplicación de la tesis del “empleador putativo o instrumental” para la “reinterpretación” de las garantías sustantivas de los derechos de negociación colectiva y huelga.....	86
3.1.3.	Límites a la aplicación jurisprudencial del “empleador putativo o instrumental”	89
3.2.	Aplicación del “empleador putativo o instrumental” para garantizar el derecho de negociación colectiva en las redes empresariales y los grupos de empresas	91
3.2.1.	Proyección de la obligación de negociar dentro de la red empresarial o el grupo de empresas	91
3.2.2.	Proyección de la obligación de brindar información económica y financiera dentro de la red empresarial o el grupo de empresas	95
3.3.	Aplicación del “empleador putativo o instrumental” para garantizar el derecho de huelga en las redes empresariales y los grupos de empresas	96
3.3.1.	Proyección del “deber de soportar” los efectos de huelga hacia la red empresarial o el grupo de empresas	96
Conclusiones		110
Referencias bibliográficas:.....		117

Introducción

La presente investigación parte de la necesidad de brindar una adecuada protección de los derechos de negociación colectiva y de huelga en el contexto de la descentralización productiva, de modo que el ejercicio de estos derechos no se vea anulado o menoscabado en los ámbitos de las estructuras empresariales complejas que surgen a partir de estrategias de descentralización, como son las redes empresariales y los grupos de empresas.

Al respecto, en las últimas décadas, la producción de bienes y servicios tiende a organizarse de manera flexible, en reemplazo de los modelos taylorista y fordista, basados en la producción en serie. Este “modelo de producción flexible” conlleva que los ciclos de producción, que antes estaban concentrados en una única unidad económica, la cual esporádica u ocasionalmente podía contratar con otras empresas la elaboración de bienes o la prestación de servicios especializados, ahora se fragmenten en diferentes fases o actividades, que pasan a ser asumidas por unidades económicas especializadas, pero que permanecen coordinadas gracias a las nuevas tecnologías de la información. Es lo que se conoce como “empresa-red”.

En el centro de este nuevo modelo organizativo, se encuentran las estrategias de descentralización productiva, en las que una empresa principal decide trasladar algunas fases o actividades del ciclo productivo a otras empresas o personas individuales, manteniendo el control del proceso productivo global a través de diferentes técnicas de vinculación. En algunos casos, estas estrategias de gestión empresarial consisten en el empleo de empresas especializadas o proveedores externos a través de técnicas jurídico-contractuales que aseguran la dependencia funcional respecto de la empresa principal (subcontratación de actividades productivas o de servicios, franquicia, etc.); en otros casos, la descentralización productiva tiene lugar mediante el desmembramiento de la gran empresa en distintas sociedades que tienen vínculos accionariales o personales entre sí, y forman un grupo de empresas.

Los nuevos fenómenos empresariales repercuten profundamente sobre la organización del trabajo, en algunos casos con efectos “precarizadores” sobre las condiciones de empleo. Además, dado que implican una transformación de los clásicos escenarios donde se desarrolla el conjunto de relaciones laborales, incluida la acción sindical de los trabajadores, estos cambios plantean una serie de desafíos para la libertad sindical y, en especial, para el ejercicio de la negociación colectiva y el derecho de huelga.

Es en ese contexto que desde el derecho del trabajo se vienen ensayando distintas respuestas para hacer frente tanto a los impactos laborales de las redes empresariales y los grupos de empresas, como a los problemas que estos fenómenos empresariales plantean para la efectividad de los derechos fundamentales en el trabajo. Además de todo el desarrollo de la doctrina sobre el tema, desde la jurisprudencia y las leyes laborales se han elaborado fórmulas en distintas direcciones, lo cual da cuenta no solo de lo complejo de los problemas abordados, sino también de lo dificultoso y enrevesado que resulta elaborar respuestas coherentes y sistemáticas a dichas cuestiones.

En lo que al ordenamiento jurídico nacional se refiere, la libertad sindical y los derechos de negociación colectiva y huelga son derechos fundamentales, reconocidos así en los tratados internacionales de los que el país es parte, y consagrados en el artículo 28 de la Constitución Política del Perú. Esto conlleva el deber del Estado de proteger la plena vigencia de estos derechos (artículo 44 de la Constitución), estableciendo garantías normativas y jurisdiccionales para cuidar su efectivo ejercicio; aspecto que resulta especialmente relevante, teniendo en cuenta que tanto la negociación colectiva como la huelga son derechos que se ejercen teniendo como destinatarios sobre todo a particulares (empresarios), con suficientes motivos materiales para querer resistir o rehuir sus efectos.

Pese a ello, la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo nada dice nada acerca del ejercicio de los derechos de negociación colectiva y huelga en el contexto de la descentralización productiva. Por su parte, las Leyes N° 29245 y 27626, que regulan la tercerización y la intermediación laboral, respectivamente, lacónicamente señalan que la aplicación de estos mecanismos de subcontratación no puede restringir el ejercicio de los derechos colectivos, ni ser utilizados para limitar o perjudicar la libertad sindical, el derecho de negociación colectiva o el ejercicio del derecho de huelga. Las garantías normativas diseñadas por el legislador para la tutela de estos derechos, que desde ya son bastante escuetas, se muestran ineficaces o, cuando menos, insuficientes frente a escenarios complejos como el de las redes empresariales y los grupos de empresas.

Si bien es tarea del legislador introducir los cambios normativos en el actual marco legal que regula la negociación colectiva y la huelga, en sintonía con las novedades y desafíos que plantea la descentralización productiva y las nuevas formas de organización empresarial, no es menos cierto que el tiempo que estos cambios puedan tomar - supeditados, en gran medida, a las decisiones políticas y la correlación de intereses en

juego dentro de la sociedad- no puede significar que, hasta entonces, los derechos fundamentales de negociación colectiva y de huelga queden desprovistos de la tutela necesaria para asegurar su efectividad en los escenarios antes mencionados.

Repárese que, tanto la jurisdicción constitucional como la laboral están llamadas a ser guardianes de la Constitución y, por consiguiente, a garantizar una adecuada protección de los derechos y libertades reconocidos por esta norma fundamental.

En ese sentido, la presente investigación tiene por objetivo identificar las construcciones o fórmulas que, desde la jurisprudencia, permitan garantizar la eficacia de los derechos de negociación colectiva y de huelga en el contexto de la descentralización productiva, en especial, en los ámbitos de las redes empresariales y los grupos de empresas.

Al respecto, se parte de la hipótesis de que es posible desarrollar, desde la jurisprudencia, una interpretación de las actuales garantías sustantivas de los derechos de negociación colectiva y de huelga, que favorezca el efectivo ejercicio de tales derechos en las estructuras empresariales complejas surgidas en el marco de los procesos de descentralización productiva. Esta reformulación jurisprudencial se basaría en la aplicación de la tesis del “empleador putativo o instrumental”, de modo que, cuando se verifiquen determinadas situaciones, las obligaciones y prohibiciones impuestas legalmente al empleador, como garantías de los derechos de negociación colectivo y de huelga, se extiendan hacia otros sujetos empresarios, en el ámbito de los grupos de empresas o las redes empresariales.

Para tal efecto, el primer capítulo de la investigación se desarrolla desde la perspectiva de la teoría general de los derechos fundamentales, a fin de identificar los fundamentos y la estructura de los derechos fundamentales de negociación colectiva y huelga, resaltando la importancia que tienen las garantías primarias o sustantivas para asegurar la eficacia de los derechos. Asimismo, se describen las garantías normativas específicas que el ordenamiento jurídico nacional establece para proteger los derechos de negociación colectiva y huelga y se analizan dichas garantías a la luz del impacto de los fenómenos de las redes empresariales y los grupos de empresas.

En el segundo capítulo, se estudian las principales fórmulas legislativas y construcciones jurisprudenciales que a nivel internacional se han desarrollado con el propósito de que las instituciones del derecho del trabajo, en especial, del derecho colectivo, hagan frente a los desafíos que plantean las nuevas realidades empresariales.

La tesis de la “unidad económica” y el concepto de “un solo empleador para efectos laborales” de la jurisprudencia y legislación chilenas, la figura del “empleador complejo” del derecho laboral uruguayo, el concepto de “unidad económica y social” acuñado en Francia y la tesis del “empleador putativo o instrumental” planteada por un sector de la doctrina laboralista española, son parte de dichos esfuerzos.

Finalmente, el tercer capítulo de la presente investigación se centra en analizar las posibilidades y los límites que tienen los jueces para llevar a cabo una “reinterpretación” de las actuales normas legales que establecen obligaciones y prohibiciones a cargo de los empleadores, con el propósito de garantizar el adecuado ejercicio de los derechos de negociación colectiva y de huelga de los trabajadores en los ámbitos de los grupos de empresas y las redes empresariales. En ese contexto, se estudia la aplicación de la tesis del “empleador putativo o instrumental”, en tanto fórmula de tutela que permite una reconstrucción, desde bases jurisprudenciales, de las garantías sustantivas de los derechos de negociación colectiva y de huelga, a fin de que dichas garantías sigan teniendo sentido o no resulten vaciadas de contenido frente a las realidades empresariales complejas que resultan de los procesos de descentralización productiva.



CAPÍTULO I

¿POR QUÉ ES NECESARIO REPENSAR LA TUTELA SUSTANTIVA DE LOS DERECHOS DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y HUELGA DE CARA A LAS ESTRUCTURAS EMPRESARIALES COMPLEJAS?

1.1. Los derechos de negociación colectiva y huelga como derechos fundamentales

La unidad e indivisibilidad de los derechos humanos supone que entre ellos existe una estrecha relación de interdependencia y que no opera ninguna forma de jerarquía. Así lo reconoce la “Proclamación de Teherán” aprobada por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, al señalar que “la realización integral de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales es imposible”¹.

Desde esa perspectiva, se entiende superada la discusión acerca de si todos los derechos y libertades consagrados en la Constitución Política del Perú (CPP) tienen carácter de fundamentales o si solo cabe reconocerle ese valor a los derechos que están enumerados en el Capítulo 1 de esta Carta Fundamental, tales como el derecho a la vida, a la integridad personal, a la igualdad ante la ley; libertad de conciencia, libertad de expresión, derecho al honor, entre otros; siendo que dicho capítulo precisamente lleva por nombre “Derechos fundamentales de la persona”².

Abona a esta idea el hecho que el artículo 3 del referido Capítulo 1 de la CPP contiene una “cláusula abierta” para el reconocimiento de otros derechos consagrados en las demás disposiciones de este texto fundamental o en los tratados internacionales, e inclusive, para el reconocimiento de futuros derechos, fundados en los principios constitucionales de la dignidad humana, la soberanía del pueblo, el Estado democrático de derecho y la forma republicana de gobierno. Más aún, puede afirmarse que cualquier distinción o clasificación de estos derechos en civiles, políticos, económicos, sociales,

¹ Celebrada desde el 22 de abril hasta el 13 de mayo de 1968. El texto de la Proclamación de Teherán está disponible en la siguiente página Web: [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/39D441992A6703E805257D16007283FF/\\$FILE/2_teheran.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/39D441992A6703E805257D16007283FF/$FILE/2_teheran.pdf)

² El *status* de “trabajador” exigido para la titularidad de los derechos constitucionales laborales tampoco plantea un problema para el carácter “universal” de los mismos, por cuanto estos derechos corresponden a todas las clases de sujetos determinados por la identidad de “trabajador”, salvo las excepciones contenidas en la propia Constitución y admitidas por los tratados internacionales; teniendo un carácter inalienable e indisponible.

culturales, etc., sea artificial y solo esté justificada más por razones pedagógicas o de estudio.

En ese sentido, en el presente subcapítulo se analiza la fundamentación y la estructura de los derechos de negociación colectiva y huelga a partir de la aplicación de la teoría general de los derechos fundamentales.

1.1.1. Fundamentos de los derechos de negociación colectiva y huelga

Los derechos fundamentales son expresión normativa de valores o decisiones asumidas por el grupo social en un proceso histórico determinado. De allí que cuando se trata de los fundamentos de tales derechos, se suele hacer referencia a la justificación o fundamentación axiológica y/o a sus orígenes históricos.

Sin embargo, estas son consideraciones de índole más bien filosófica o ideológica que se ubican por fuera del ordenamiento jurídico. Desde una perspectiva dogmática, el fundamento de los derechos constitucionales de negociación colectiva y huelga puede encontrarse en el propio ordenamiento jurídico nacional y, concretamente, en lo que se denominan “principios supremos de la Constitución” o “principios supremos del ordenamiento constitucional”³.

Así las cosas, según la concepción unitaria e indivisible de los derechos humanos, a la que se hizo referencia anteriormente, el conjunto de derechos humanos tiene por fundamento el respeto a la dignidad de la persona humana. Al respecto, interesa citar lo señalado en el Preámbulo del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador):

Considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción

³ El Tribunal Constitucional se ha referido a estos principios supremos en el fundamento 76 de su sentencia de fecha 21 de enero de 2002, recaída en el expediente N° 00014-2002-AI.

permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros⁴.

En ese sentido, un primer fundamento de los derechos de negociación colectiva y huelga se encuentra en el principio de la dignidad humana, el cual es expresión del valor central que tiene la persona en la sociedad y para el Estado. Recuérdese que, de acuerdo con el artículo 1 de la CPP, la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado, por lo que ambos deben defenderla y respetar su dignidad.

Como señala Rubio (1999), la consideración de la persona como fin supremo de la sociedad no significa que la persona sea importante solamente como individuo, pues se trata de una persona inserta en una sociedad que le debe respeto y defensa, no solo como individuo sino también como miembro de la sociedad. Esto fuerza a que las relaciones humanas no sean solamente centradas en el interés particular, sino que, a la legitimidad de él, se sumen los intereses sociales y la solidaridad (p. 112, t-1). Agrega, además, que esta declaración de la persona como fin supremo de la sociedad y del Estado se constituye en un principio general que sirve para iluminar la aplicación de toda la Constitución y por consiguiente del orden jurídico en su conjunto (p. 114, t-1).

Otro de los principios supremos del ordenamiento constitucional donde se encuentra el fundamento de los derechos de negociación colectiva y huelga es el del *Estado democrático y social de Derecho*, consagrado en el artículo 43 de la CPP. Este artículo, además de afirmar la forma republicana de gobierno y la soberanía del pueblo, señala que la República del Perú es *democrática y social*.

Acerca de la dimensión “sustancial” de la democracia, Ferrajoli (2007) ha dicho que esta, a diferencia de la democracia política o “formal” (fundada únicamente sobre los poderes de la mayoría), es “el conjunto de las garantías aseguradas por el paradigma del Estado de derecho, que, modelado en los orígenes del Estado moderno sobre la exclusiva tutela de los derechos de libertad y propiedad, puede muy bien ser ampliado – luego del reconocimiento constitucional como “derechos” de expectativas vitales como la salud, la educación y la subsistencia- también al “Estado social” (p. 25). De este modo, se supera el paradigma del *Estado liberal*, caracterizado por una separación radical entre el Estado y la sociedad civil, entendida esta última como una sociedad de individuos, libres e

⁴ El texto del “Protocolo de San Salvador” (1988) está disponible en la siguiente página Web: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>

iguales por naturaleza, de modo que no se reconoce la importancia o necesidad de entes colectivos o corporativos (como los sindicatos).

Entendiendo entonces que la democracia no solo es una cuestión política, y que su presencia en el campo de las relaciones de trabajo es fundamental para que dé un salto del ámbito meramente formal al sustancial (Villavicencio, 2010, p. 47), la libertad sindical cobra especial relevancia dado su rol para la consolidación y efectividad del orden democrático.

En cuanto a la caracterización del Estado como *Estado social*, esta no debe ser entendida en el sentido que el Estado contiene o conforma una sociedad política, pues en la definición de todo Estado eso ya está supuesto. Más bien es una calificación, una forma de ser de ese Estado y consiste en que la vida de las personas no debe tomar en cuenta sólo las dimensiones individuales, sino también las que interesan al todo. Hay un interés privado legítimo, pero también existe un interés común que, en muchos casos, es fraseado como *bien común* pero también como *interés social*. Es lo que conviene a todos, lo que se comparte, lo que unos hacemos por los otros a través de la solidaridad. Concuera con el artículo 14 de la Constitución que contiene también la solidaridad al decir que la educación la fomenta (Rubio, 1999, p. 39, t-III).

La adscripción del ordenamiento constitucional peruano al modelo de *Estado social* se encuentra también en el artículo 44 de la CPP, que establece como uno de los deberes primordiales del Estado el de “promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”.

Dicho todo esto, hay que recordar además que la libertad sindical es componente y expresión jurídica de la autonomía colectiva, la cual –en la definición proporcionada por Giugni citando a Santoro Pasarelli– es un “fenómeno de autorregulación de intereses privados entre grupos contrapuestos” (como se citó en Pasco, 1995, p. 65). Según Orlando Gomes, “del mismo modo que el orden jurídico deja a los individuos una larga esfera de libertad para la realización de sus intereses, poniendo a su disposición los instrumentos con los cuales tal realización está garantizada, reconoce a algunos grupos sociales el poder de regular sus propios intereses, mediante negocios jurídicos idóneos para esa regulación” (como se citó en Pasco, 1995, p. 66).

De este modo, se reconoce constitucionalmente a la representación colectiva de los trabajadores y los empleadores la facultad de producir normas particulares (“vinculantes

en el ámbito de lo concertado”, como señala el artículo 28, numeral 2, de la CPP), las que –si bien están adaptadas a las variadas circunstancias de las distintas unidades productivas, territorios o sectores económicos– contribuyen, en primer lugar, a equilibrar la desigual relación existente entre los trabajadores, individualmente considerados, y los empresarios, proporcionándoles a los primeros un vehículo para la satisfacción de sus intereses económicos y sociales, y un soporte para el mejoramiento continuo de sus condiciones de trabajo.

De allí que la libertad sindical y sus componentes básicos, como son los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, tienen su fundamento en el lugar central que ocupa la persona dentro de la sociedad y para el Estado; el cual está orientado no solo a la satisfacción de intereses privados, sino también al interés social o bien común, que se ve favorecido cuando los trabajadores logran el mejoramiento de sus condiciones de trabajo y alcanzan mayores niveles de bienestar⁵.

1.1.2. Contenido de los derechos de negociación colectiva y huelga

Según su objeto, los derechos fundamentales han sido clasificados por la doctrina constitucional en “*derechos de libertad*” (también llamados “derechos de defensa” o “derechos de autonomía”), “*derechos democráticos*” y “*derechos de prestación*”. Esta clasificación ha llevado a diferenciar, de modo excluyente, la estructura de los derechos civiles y políticos, identificados como “derechos de libertad”, y la estructura de los derechos sociales, señalándose que estos últimos son “derechos prestacionales”.

Así, los derechos fundamentales “clásicos”, conocidos como derechos civiles y políticos, se han planteado en el marco de la relación Estado-individuo, como “derechos de libertad” frente al Estado. Como sostiene Bockenforde (como se citó en Blancas, 2015, p. 44), esta libertad no se encuentra establecida para la realización de determinadas funciones u objetivos sociales, como el fomento del proceso político democrático, la integración de la comunidad política u otros similares; sino que sus titulares pueden hacer uso de ella por cualquiera motivos o razones que consideran válidas y necesarias, dentro de los límites generales del ordenamiento jurídico.

⁵ A mayor ilustración, el Tribunal Constitucional –al referirse a los supuestos fundamentales del Estado social y democrático de derecho– señaló que el bienestar social “debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso”. Véase el fundamento 13 de la sentencia del 11 de noviembre de 2003, recaída en el expediente N° 0008-2003-AI/TC.

En cambio, los derechos sociales, como los derechos a la educación, a la salud, a la seguridad social, etc., son considerados derechos cuya realización tiene por objeto promover la igualdad material, o cuando menos disminuir la desigualdad entre los miembros de la sociedad, por lo que la posición del Estado frente a ellos no puede traducirse en un mero “deber de abstención”, que cuando mucho conlleva el establecimiento de garantías para salvaguardarlos o protegerlos de intervenciones indebidas por parte de los poderes públicos. De allí que estos derechos han sido concebidos más bien como “*derechos prestacionales*”, que demandan de la intervención del Estado para su concreción; una intervención que, sin embargo, suele conllevar costos y, por ende, estar condicionada por la realidad económica del país.

Sin embargo, en el caso de la libertad sindical y los derechos fundamentales colectivos, estos a primera vista se configuran como “libertades” que reclaman la no injerencia del Estado y de los empleadores. Como señala Blancas (2015), las Constituciones y Tratados Internacionales proclaman como garantía máxima de la libertad sindical la no injerencia del Estado y de los empleadores en la constitución, funcionamiento, actuación y disolución de los sindicatos. De igual modo, el derecho de huelga, al reclamar la no injerencia del Estado, y del empleador, podría asimilarse a los derechos de libertad. En cuanto a la negociación colectiva, su virtualidad y eficacia como derecho social está condicionada al respeto por parte del Estado de la “autonomía colectiva”, esto es la facultad de empleadores y trabajadores de reglamentar, mediante acuerdos, las condiciones de trabajo (p. 72).

Además, al no requerir de ninguna prestación material a cargo del Estado, la libertad sindical y los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga no plantean el problema que suele acompañar a los demás derechos sociales, que han sido clasificados como “*derechos de prestación*”: la falta o insuficiencia de estructuras materiales que puedan implementar el derecho (por ejemplo, escuelas públicas, establecimientos de salud y servicios médicos).

Por todo ello, Blancas (2015) considera que en estos casos se está ante verdaderos derechos de libertad, antes que derechos prestacionales, con la singularidad de que su ámbito está circunscrito a los miembros de una determinada categoría social -los trabajadores- y de que son libertades “para”, en la medida que constituyen el substrato para que el grupo social al que pertenecen sus titulares alcance la igualdad sustancial” (p. 73). No obstante, el mismo autor –distanciándose de la visión restrictiva de los

derechos fundamentales— señala que la libertad sindical y los demás derechos que se derivan de ella tendrían un contenido prestacional si entendemos las prestaciones a cargo del Estado en un sentido amplio, de modo que no solo tienen una dimensión fáctica sino también una dimensión normativa, que se traduce en la emisión de una norma con el objeto de garantizar el derecho del cual se es titular (pp. 78-79).

Todo ello lleva a concluir que si bien la división entre “*derechos de libertad*” y “*derechos de prestación*” puede justificarse por razones didácticas o de estudio, resulta bastante problemática en el caso de la libertad sindical y los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga; siendo necesario por tanto un enfoque distinto al momento de analizar la estructura compleja de estos derechos.

De acuerdo con la teoría general de los derechos fundamentales, todo derecho fundamental es un haz de *posiciones iusfundamentales*. De allí que la libertad sindical y los derechos de negociación colectiva y huelga sean tanto “*derechos de libertad*” como “*derechos prestacionales*” o, mejor dicho, que en la estructura de estos derechos podemos observar la existencia concomitante de distintas posiciones o *poderes jurídicos*.

Ahora bien, a fin de identificar en cada uno de estos derechos las *posiciones iusfundamentales* que lo conforman, deben tenerse en cuenta tres aspectos.

- El primero de ellos es que los derechos fundamentales son, en principio, derechos subjetivos a los cuales se les confiere un carácter relacional, de modo que su existencia supone también la de un deber correlativo. Hohfeld (2009), apoyándose en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, dice sobre el particular que “(u)n deber jurídico o una obligación jurídica es aquello que uno debe o no debe hacer. ‘Deber’ y ‘derecho’ (subjetivo) son palabras correlativas. Cuando se invade un derecho, se viola un deber” (pp. 49-50).

Así las cosas, cada *posición iusfundamental* en el contenido de los derechos de negociación colectiva y de huelga tendrá como correlato un deber u obligación jurídica de hacer o no hacer algo.

- De otro lado, cuando se habla de los derechos de negociación colectiva y de huelga como *libertades jurídicas*, se trata de libertades jurídicas *directamente*

protegidas, por cuanto, están protegidas, por lo menos, por un *derecho de igual contenido* a que el Estado –como lo señala el artículo 3 del Convenio N° 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)– se abstenga de toda intervención que tienda a limitar o entorpecer su ejercicio. Para un mayor entendimiento, conviene citar Alexy (1993), quien señala lo siguiente:

Existiría una protección de igual contenido si a tuviera frente a b un derecho a que éste no le obstaculice en ganar para sí al comprador. Las libertades que están protegidas exclusivamente por un *protective perimeter* son libertades *indirectamente* protegidas. **Las libertades que están protegidas por una protección de igual contenido son libertades *directamente* protegidas.** Tanto las protecciones indirectas como las directas pueden llevarse a cabo con normas que concedan derechos subjetivos (protección subjetiva) como con normas que concedan derechos no subjetivos (protección objetiva). Por lo tanto, existen cuatro tipos fundamentales de libertad protegida. (p. 225).

De allí que este derecho subjetivo a acciones negativas, llamado “derecho a no estorbamiento”, tenga como correlato un “deber de hacer” del Estado, es decir, el deber de no impedir u obstaculizar el ejercicio de los derechos de negociación colectiva y huelga.

- Por último, considerando el doble valor que tienen los derechos fundamentales –como derechos subjetivos y, al mismo tiempo, como normas objetivas que tienen validez para todos los ámbitos del ordenamiento jurídico, puede afirmarse que estos derechos no solo vinculan al Estado, sino que también vinculan a los particulares, de modo que a estos también le son exigidas las “acciones negativas” para la defensa de estos derechos.

Por tanto, los derechos de negociación colectiva y huelga conllevan también el derecho subjetivo a que terceros no obstaculicen o impidan a los trabajadores negociar colectivamente o ejercer la huelga y, como correlato de ello, un deber de respeto o de “no hacer”.

A partir de estos aspectos generales, corresponde ahora analizar el contenido específico de los derechos de negociación colectiva y de huelga.

1.1.2.1. Contenido del derecho de negociación colectiva

De acuerdo con el artículo 2 del Convenio N° 154 de la OIT, la negociación colectiva “comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de:

- (a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o
- (b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o
- (c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores.”

De este modo, la negociación colectiva es un proceso bipartito en el que intervienen, por un lado, una o más organizaciones de trabajadores, y por otro lado, uno o más empleadores o una o más organizaciones de empleadores.

Refiriéndose al proceso de negociación colectiva, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 03561-2009-PA/TC, señala que son tres los principios que rigen y sustentan la negociación colectiva: a) el de la negociación libre y voluntaria; b) el de la libertad para decidir el nivel de la negociación, y c) el de la buena fe.

Ahora bien, de lo que se trata en el presente acápite es de examinar el contenido de la negociación colectiva, en tanto derecho subjetivo de los trabajadores, conforme está reconocido en el artículo 28 de la CPP.

Al respecto, el derecho a la negociación colectiva implica, en primer lugar, una libertad jurídica, entendida esta como la *negación de mandatos y prohibiciones*. Para Alexy (2007), la idea de libertad jurídica puede expresarse de forma clara y simple con el siguiente enunciado: “Le está (jurídicamente) permitido a *a* expresar su opinión y a *a* le está (jurídicamente) permitido no expresar su opinión” (p. 218).

Así, por el derecho a la negociación colectiva, a los trabajadores les está jurídicamente permitido negociar y, a su vez, les está jurídicamente permitido no negociar, de modo que no les está prohibida ni ordenada la realización de esa acción.

En este punto interesa señalar, como lo ha hecho el Tribunal Constitucional en la sentencia del expediente N° 3243-2012-PA/TC (fundamento 21), que el ejercicio del derecho de negociación colectiva no se limita solo a la presentación de los pliegos de peticiones y a la celebración de convenciones colectivas, sino que incluye todas las formas de negociación que se den entre trabajadores y empleadores y que tengan por finalidad regular las condiciones de trabajo y de empleo mediante la concertación voluntaria, la defensa de los intereses comunes entre las partes involucradas en el conflicto, y la garantía de que los representantes de unos y otros sean oídos y atendidos.

El derecho a la negociación colectiva, en tanto *libertad jurídica protegida*, comprende también el *derecho a acciones negativas* (derecho de defensa) del Estado y de los demás sujetos privados. Básicamente, comprende el derecho a que ni el Estado ni los privados (en especial, el empleador dado el carácter bipartito de la negociación) impidan u obstaculicen la acción de la negociación por parte de los trabajadores. Al respecto, resulta bastante ilustrativa la distinción hecha por Alexy (2007) entre impedimento y obstaculización:

Un *impedimento* de una acción de *a* por parte de *b* se da cuando *b* crea circunstancias que hacen fácticamente imposible para *a* realizar la acción (...). Puede hablarse de la *obstaculización* de una acción de *a* por *b* cuando *b* crea circunstancias que pueden impedir a *a* realizar la acción.

Repárese que, dado el carácter bipartito de la negociación colectiva, el sujeto empleador está en condiciones de obstaculizar el ejercicio del derecho por parte de los trabajadores. Por ejemplo, la sola negativa del empleador a negociar con un sindicato constituye una circunstancia suficiente que podría impedir a los trabajadores afiliados a dicha organización sindical ejercer su derecho a la negociación colectiva.

De otro lado, el derecho a la negociación colectiva comprende un *derecho a acciones positivas del Estado* y, concretamente, un derecho a acciones positivas *normativas*, el cual es el derecho a actos estatales de imposición de normas (Alexy, 2007, p. 195). Se trata, en resumen, de los derechos del titular de derecho fundamental frente al Estado para que éste lo proteja de intervenciones de terceros (Alexy, 2007, p. 435).

En este caso, si bien no existen normas de derecho penal que sancionen actos lesivos del derecho a la negociación colectiva, como sí ocurre, por ejemplo, con la vulneración

del derecho de sindicación⁶, las acciones positivas *normativas* pueden estar referidas al establecimiento de aquellas medidas estatales que resultan necesarias para la protección del derecho-libertad a la negociación colectiva.

Dicho esto, cabe preguntarse, ¿cómo protege el Estado el derecho constitucional a la negociación colectiva?

En primer lugar, estableciendo –mediante normas de derecho sustantivo– los derechos, mandatos (obligaciones) y prohibiciones legales que sean indispensables para garantizar la libertad de negociar (o no negociar) de los trabajadores. En segundo lugar, a través de normas procesales que establezcan mecanismos de reparación o de sanción judicial de las lesiones del derecho a la negociación colectiva.

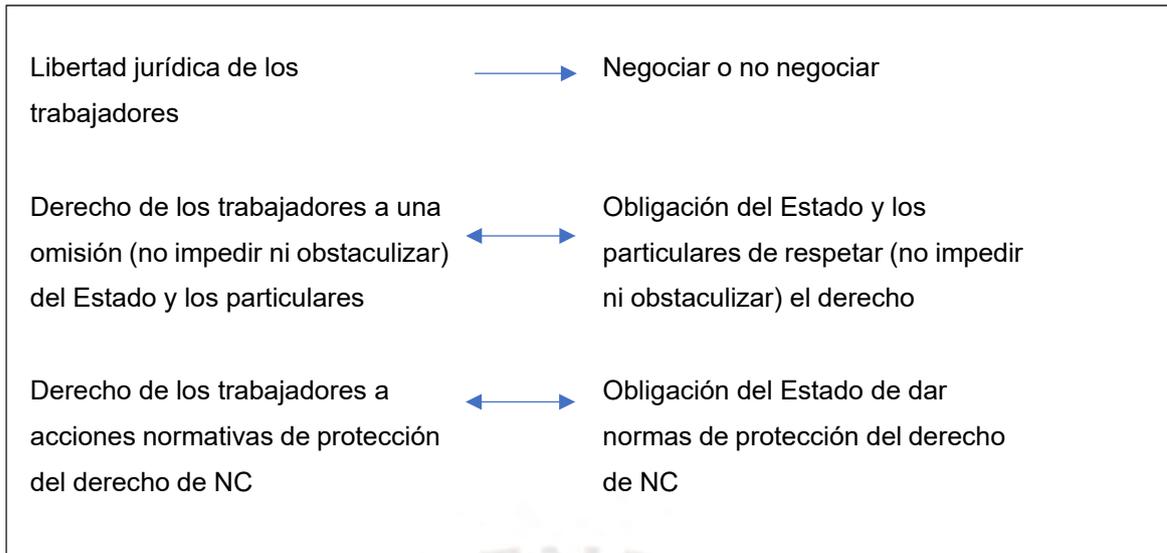
Como puede verse, los “derechos a protección” están estrechamente relacionados con el tema de las garantías primarias y secundarias al que se hace referencia en el acápite siguiente.

Un tema en el que interesa detenerse es si el derecho a la negociación colectiva incluye además derechos a acciones positivas *fácticas*. Al respecto, los derechos a estas prestaciones en sentido estricto siempre se han planteado con respecto al Estado, entendiendo por aquellas como el “derecho a algo que el titular del derecho, en caso de que dispusiera de medios financieros suficientes y encontrase en el mercado una oferta suficiente, podría obtener también de personas privadas” (Alexy, 2007, p. 428). Bajo esta definición no parece entonces que el derecho de los trabajadores a la negociación colectiva comprenda un derecho a prestaciones en sentido estricto.

Caso distinto será que, para la protección de este derecho, el legislador haya impuesto determinados mandatos o prohibiciones a los empleadores; por ejemplo, la obligación legal de negociar de buena fe, la obligación legal de proporcionar información sobre la situación económica y financiera de la empresa.

Contenido del derecho constitucional de negociación colectiva

⁶ El artículo 168 del Código Penal sanciona con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años a quien, mediante violencia o amenaza, obligue o impida a otro integrar un sindicato.



Elaboración: propia.

Dicho todo esto, se debe considerar que el artículo 28 de la CPP no solo reconoce el derecho de los trabajadores a la negociación colectiva, lo cual, como se ha visto, comprende la libertad jurídica de negociar o no negociar, “derechos de defensa” y “derechos a protección”; sino que además le impone al Estado el deber de fomentar la negociación colectiva. Igual mandato estatal proviene del artículo 4 del Convenio N° 98 de la OIT, el cual señala como obligación de los Estados la siguiente:

Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.

Por lo tanto, el Estado no solo tiene el deber de respetar, proteger y garantizar el derecho de los trabajadores, sino que también tiene que desplegar una labor de fomento y promoción de la negociación colectiva entre los trabajadores y los empleadores. Ello implica, entre otras acciones, que el Estado promueva las condiciones necesarias para que las partes negocien libremente e inclusive, como lo estableció el Tribunal Constitucional en la sentencia del expediente N° 00261-2003-AA/TC (fundamento 3), que “ante situaciones de diferenciación admisible, el Estado debe realizar determinadas acciones positivas para asegurar las posibilidades de desarrollo y efectividad de la negociación colectiva, pudiendo otorgar determinado “plus de tutela” cuando esta sea la única vía para hacer posible la negociación colectiva”.

1.1.2.2. Contenido del derecho de huelga

El derecho a la huelga implica, en esencia, que los trabajadores puedan alterar de manera colectiva y transitoria el trabajo, con una finalidad de reclamo o protesta. Con relación a este derecho, el Tribunal Constitucional, en su sentencia del expediente N° 008-2005-PI/TC, ha señalado lo siguiente:

Mediante su ejercicio los trabajadores, como titulares de dicho derecho, se encuentran facultados para desligarse temporalmente de sus obligaciones jurídico-contractuales, a efectos de poder alcanzar la obtención de algún tipo de mejora por parte de sus empleadores, en relación a ciertas condiciones socio-económicas o laborales. Por ello, debe quedar claramente establecido que la huelga no tiene una finalidad en sí misma, sino que es un medio para la realización de fines vinculados a las expectativas e intereses de los trabajadores.

De este modo, el derecho de huelga está íntimamente relacionado con el concepto de *autotutela laboral*, el cual consiste, esencialmente, “en la acción colectiva de los propios trabajadores tendiente a la protección de sus derechos e intereses, sea para garantizar el cumplimiento de las normas vigentes, sea para obtener un progreso en el nivel de protección actual” (Ermida, 2014, p. 5).

Siguiendo la estructura planteada para el derecho a la negociación colectiva, se tiene que el derecho de huelga comprende, en primer lugar, un *poder jurídico* de libertad, por el cual a los trabajadores les está jurídicamente permitido realizar la huelga y, a su vez, les está jurídicamente permitido no realizarla. Es decir, la acción de la huelga no está sujeta a mandato ni prohibición, salvo que se trate, lógicamente, de personas a las que no les está reconocido el derecho de huelga (por ejemplo, miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional).

Para hacer referencia al derecho de huelga en su faz de libertad jurídica, interesa remitirse a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, el cual ha establece que, entre las atribuciones vinculadas al derecho de huelga, aparecen las siguientes:

- Facultad de ejercitar o no ejercitar el derecho de huelga.

- Facultad de convocatoria dentro del marco de la Constitución y la ley. En ese contexto, también cabe ejercitar el atributo de su posterior desconvocatoria.
- Facultad de establecer el petitorio de reivindicaciones; las cuales deben tener por objetivo la defensa de los derechos e intereses socio-económicos o profesionales de los trabajadores involucrados en la huelga.
- Facultad de adoptar las medidas necesarias para su desarrollo, dentro del marco previsto en la Constitución y la ley.
- Facultad de determinar la modalidad de huelga; esto es, si se lleva a cabo a plazo determinado o indeterminado⁷.

Al tratarse de una *libertad jurídica directamente protegida*, el derecho a la huelga comprende también derechos a acciones negativas (derecho de defensa) del Estado y de los demás sujetos privados. Básicamente, el derecho a que ni el Estado ni los privados creen circunstancias que hagan fácticamente imposible la huelga (*impedimento*) o circunstancias que puedan impedir su realización (*obstaculización*).

La huelga es una actividad llevada a cabo exclusivamente por los trabajadores, es decir, no se trata –a diferencia de la negociación colectiva– de una actividad o proceso bipartito. Sin embargo, la huelga – sea cual fuese el concepto o definición que asumamos- implica una suspensión o interrupción de alguno o algunos de los efectos del contrato de trabajo y, por tanto, los efectos de esta medida recaen sobre la actividad empresarial. En ese sentido, la huelga tiene como destinatario directo e inmediato a un empresario, quien suele ser la contraparte del contrato de trabajo.

En ese contexto, el derecho a acciones negativas o, mejor dicho, el derecho a que los sujetos privados no impidan u obstaculicen la acción de la huelga, y su correlato, el deber de los sujetos privados de no impedir ni obstaculizar la huelga, resultan particularmente exigibles tratándose del empleador.

De otro lado, el derecho a la huelga requiere de acciones estatales que aseguren su efectivo ejercicio; razón por la cual este derecho constitucional comprende también un derecho a acciones positivas *normativas* que protejan la libertad jurídica de huelga de intervenciones o injerencias de terceros, en especial, de los empleadores. En este caso,

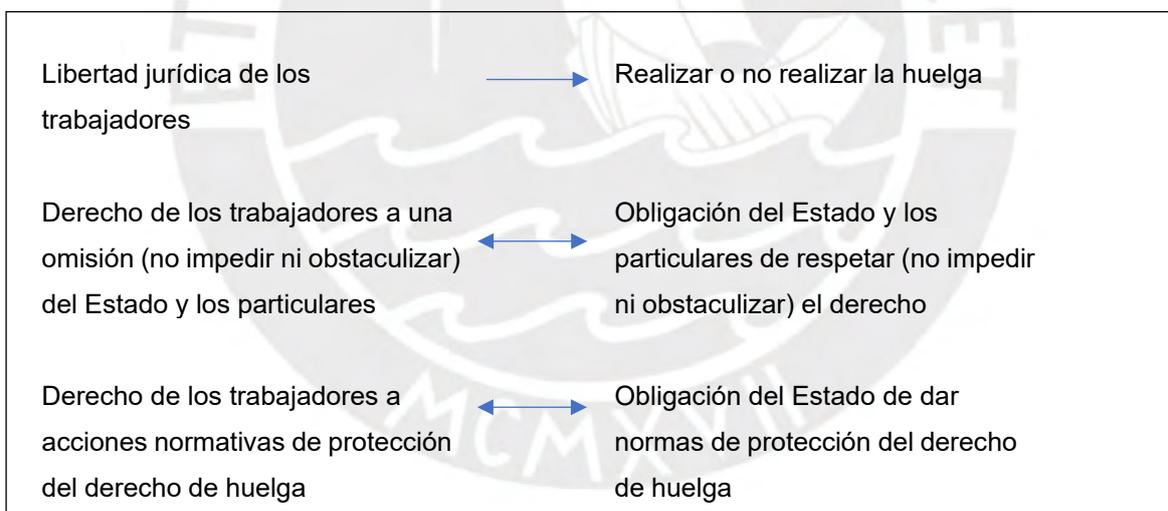
⁷ Fundamento 41 de la sentencia del Tribunal Constitucional del 12 de agosto de 2005, recaída en el expediente N° 008-2005-PI/TC. Recuperada de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00008-2005-AI.html>

tampoco existen normas de derecho penal que sancionen actos lesivos del derecho a la huelga, sino que las acciones positivas *normativas* están referidas al establecimiento de aquellas medidas estatales que resulten necesarias para la protección del derecho.

Ahora bien, ¿cómo protege el Estado el derecho a la huelga? En primer lugar, estableciendo –mediante normas de derecho sustantivo– los derechos, mandatos (obligaciones) y prohibiciones legales que sean indispensables para garantizar la libertad jurídica de los trabajadores de realizar, o de no realizar, la huelga. En segundo lugar, a través de normas procesales para que los trabajadores cuenten con mecanismos de reparación o de sanción judicial de las lesiones del derecho. Nuevamente, los “derechos a protección” del derecho de huelga están estrechamente relacionados con el tema de las garantías primarias y secundarias al que se hará referencia en el acápite siguiente.

Finalmente, cabe anotar que el derecho a la huelga no requiere, para ser efectivo, de ninguna *prestación en sentido estricto*, prestación material, por parte del Estado.

Contenido del derecho constitucional de huelga



Elaboración: propia

1.1.3. Garantías de los derechos de negociación colectiva y huelga

Como se ha señalado, los derechos constitucionales de negociación colectiva y huelga comprenden también el derecho de los trabajadores a acciones normativas de protección de tales derechos. Por tanto, como correlato de este derecho, el Estado tiene un “deber de protección” respecto de tales derechos, es decir, está obligado a

protegerlos, no solo frente a un individuo en particular sino frente a la totalidad de los ciudadanos.

La protección estatal de un derecho fundamental pasa básicamente por la creación de normas jurídicas que dictan las obligaciones y prohibiciones legales indispensables para garantizar el ejercicio del derecho; asimismo, pasa por el establecimiento de mecanismos a través de los cuales puede obtenerse la reparación o sanción judicial de las lesiones del derecho.

Al respecto, Ferrajoli (2007) distingue entre los derechos fundamentales y sus garantías, señalando que los primeros son *derechos subjetivos*, entendidos como expectativas positivas (o de prestaciones) o negativas (de no lesiones) atribuidas a un sujeto por una norma jurídica, mientras que las garantías son, en cambio, los deberes, también dictados por normas jurídicas, que corresponden a dichos derechos, ya sean las obligaciones (de prestaciones) o las prohibiciones (de lesión) correlativas a aquellos, que el autor conviene en llamar *garantías primarias*, o las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones de los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primarias, que denomina *garantías secundarias* (p. 26).

Partiendo de esta distinción entre derechos y garantías, el precitado autor –alejándose de la noción kelseniana de derecho subjetivo– sostiene que, aun dado un derecho subjetivo, es muy posible que no exista la obligación o la prohibición correlativa a dicho derecho o que no exista la obligación de aplicar la sanción en caso de violación de los unos y del otro; en ambos casos, a causa de una *laguna*, esto es, de la inexistencia de una norma que prevea tales *garantías*. De forma análoga, es posible que existan *antinomias*, o sea, contradicciones entre normas (Ferrajoli, 2007, p. 48).

Se debe tener en cuenta que los derechos fundamentales se plantean no solo en el marco de la relación Estado-individuo, sino también en el ámbito de la relación entre privados, dado el doble valor que tienen los derechos fundamentales, pues como afirma Bockenforde (como se citó en Blancas, 2015, p. 33): “Los derechos fundamentales se conciben, por un lado, como derechos subjetivos de libertad, dirigidos al Estado, del titular individual de derechos fundamentales, y, por otro –y al mismo tiempo, como normas objetivas de principio (*objektive Grundsatznormen*) y decisiones axiológicas (*Wertentscheidungen*) que tienen validez para todos los ámbitos del Derecho”.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que, en el marco del Estado constitucional, el respeto de los derechos fundamentales constituye un imperativo que el Estado debe garantizar frente a las eventuales afectaciones que puedan provenir tanto del propio Estado (eficacia vertical) como de los particulares (eficacia horizontal), más aún cuando, a partir del doble carácter de los derechos fundamentales, su violación comporta la afectación no sólo de un derecho subjetivo individual (dimensión subjetiva), sino también del orden objetivo de valores que la Constitución incorpora (dimensión objetiva)⁸.

Probablemente, la libertad sindical y los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga son los derechos donde puede apreciarse con mayor claridad el “efecto horizontal” de las normas que reconocen derechos fundamentales.

En lo que respecta a los derechos de negociación colectiva y huelga, ambos derechos constitucionales llevan aparejado el deber de los particulares, y en especial, de los empleadores, de respetar estos derechos, es decir, de no impedir ni obstaculizar su ejercicio.

Sin embargo, como se verá a continuación, las *garantías primarias* de los derechos de negociación colectiva y huelga no se agotan en el establecimiento legal de prohibiciones (de lesión), sino que también se han fijado obligaciones (de prestaciones).

1.1.3.1. Garantías sustantivas del derecho de negociación colectiva

El derecho de los trabajadores a la negociación colectiva implica una expectativa atribuida a los trabajadores de poder negociar, o no negociar, con una contraparte con el fin de fijar condiciones de trabajo y empleo.

Siendo la negociación colectiva un proceso bipartito, la posibilidad real de negociar por parte de los trabajadores dependerá de que la contraparte empresarial no pueda negarse a hacerlo, salvo que tenga motivos reconocidos como válidos por el ordenamiento jurídico que justifiquen dicha negativa. De lo contrario, bastaría la sola negativa empresarial para truncar la negociación.

⁸ Fundamento 9 de la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el expediente N° 4063-2007-PA/TC.

Por tanto, para que el derecho constitucional a la negociación colectiva pueda ser efectivo, al mismo debe corresponderle, en primer lugar, una obligación de negociar, legalmente atribuida a la contraparte empresarial.

a) La obligación legal de negociar:

La primera referencia legal a una obligación de negociar se encuentra en el segundo párrafo del artículo 41 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT), el cual establece: “Sólo estarán obligadas a negociar colectivamente las empresas que hubieren cumplido por lo menos un (1) año de funcionamiento” (subrayado agregado).

De otro lado, el artículo 54 de la LRCT señala que la empresa está obligada a recibir el pliego de reclamos, salvo causa legal o convencional objetivamente demostrable⁹; lo cual debe leerse juntamente con el artículo 57 ese mismo cuerpo normativo, el cual establece que la negociación colectiva debe iniciarse dentro de los diez días calendario de presentado el pliego.

De la lectura de las citadas disposiciones, juntamente con la definición de la convención colectiva de trabajo, contenida en el primer párrafo del artículo 41 de la LRCT¹⁰, y con las reglas de representación negocial previstas en el artículo 48 de la misma Ley¹¹, se colige que el legislador ha optado por imponer a los empleadores la obligación de negociar con la representación de los trabajadores, una vez que esta haya presentado el respectivo pliego de reclamos. Así, los empleadores solo podrán librarse de dicha

⁹ En concordancia con ello, la Resolución Ministerial N° 284-2011-TR, del 23 de setiembre de 2011, mediante la cual se emiten normas complementarias sobre arbitraje en materia de relaciones colectivas de trabajo, establece que la negativa del empleador a recibir el pliego de reclamos, salvo causa legal o convencional objetivamente demostrable, constituye un acto de mala fe en la negociación colectiva, y como tal, una causal de procedencia del arbitraje potestativo establecido en el artículo 61-A del Reglamento de la LRCT.

¹⁰ El artículo 41 de la LRCT define el producto de la negociación colectiva (el convenio o convención colectiva) como “el acuerdo destinado (...) celebrado, de una parte, por una o varias organizaciones sindicales de trabajadores o, en ausencia de éstas, por representantes de los trabajadores interesados, expresamente elegidos y autorizados y, de la otra, por un empleador, un grupo de empleadores, o varias organizaciones de empleadores”.

¹¹ El artículo 48 de la LRCT establece que la representación de los empleadores en la negociación estará a cargo:

- a) En las convenciones de empresa, del propio empresario o las personas que él designe.
- b) En las convenciones por rama de actividad o de gremio, de la organización representativa de los empleadores en la respectiva actividad económica y, de no existir ésta, de los representantes de los empleadores comprendidos.

obligación si cuentan con una causa justificada, legal o convencionalmente prevista, para negarse a recibir el pliego de reclamos.

Teniendo en cuenta que el derecho fundamental a la negociación colectiva comprende la libertad jurídica de los trabajadores de negociar o no negociar, así como la obligación del Estado y los particulares de respetar (no impedir ni obstaculizar) el ejercicio de esta libertad, el legislador ha decidido reforzar la protección estatal del derecho, fijando una obligación *de hacer* a cargo del empleador.

b) La prohibición del empleador de realizar cualquier acción que pueda resultar lesiva a los trabajadores durante la negociación:

Uno de los principios que rige la negociación colectiva es el de la buena fe, el cual – según ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia del expediente N° 03561-2009-PA/TC– implica que para que la negociación colectiva funcione eficazmente, las dos partes deben actuar con buena fe y lealtad para el mantenimiento de un desarrollo armonioso del proceso de negociación colectiva, es decir, deben realizar un esfuerzo sincero de aproximación mutua para obtener un convenio.

Este principio ha sido recogido en la LRCT, de modo que su artículo 54 también señala que las partes están obligadas a negociar de buena fe y a abstenerse de toda acción que pueda resultar lesiva a la parte contraria, sin menoscabo del derecho de huelga legítimamente ejercitado.

Al respecto, el artículo 61-A del Reglamento de la LRCT, agregado en el año 2011 y modificado en el año 2014, establece como una de las causales para la procedencia del arbitraje potestativo: *cuando durante la negociación se adviertan actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo*¹². Por su parte, la Resolución Ministerial N° 284-2011-TR, del 23 de setiembre de 2011, mediante la cual se emiten normas complementarias sobre arbitraje en materia de relaciones colectivas de trabajo, aporta un listado ejemplificativo de las acciones que pueden constituir actos de mala fe en la negociación colectiva.

¹² Incorporada inicialmente por el Decreto Supremo N° 014-2011-TR, esta causal se ha mantenido en la posterior modificatoria del artículo 61-A del Reglamento de la LRCT, por el Decreto Supremo N° 009-2017-TR.

Si bien tanto el principio de buena fe como las normas reglamentarias y complementarias que desarrollan su aplicación refieren que son las dos partes las obligadas a negociar de buena fe y, por tanto, las prohibidas de cualquier acción tendiente a lesionar a la parte contraria, muchos de los actos calificados como de mala fe sólo pueden ser llevados a cabo por el empleador o sus representantes. Tal es el caso, por ejemplo, de la negativa a recibir el pliego de reclamos o a proporcionar información necesaria sobre la situación económica, financiera y social de la empresa; la negativa a recibir a los representantes de los trabajadores o a negociar en los plazos y oportunidades establecidas en la LRCT y su reglamento; los actos de hostilidad contra los representantes de los trabajadores o los afiliados al sindicato; el incumplimiento injustificado de las facilidades acordadas para la negociación; y, los actos de injerencia sindical y los actos de discriminación¹³.

En ese sentido, se puede señalar que –en aplicación del principio de buena fe– tanto el empleador como los trabajadores están legalmente prohibidos de realizar cualquier acción que pueda resultar lesiva a la contraparte durante la negociación, estando especialmente prohibido el empleador de cometer aquellos actos lesivos que están dentro de la esfera empresarial.

c) La obligación legal del empleador de proporcionar información sobre la situación de la empresa:

Otras de las obligaciones previstas por el ordenamiento jurídico peruano para garantizar el ejercicio del derecho a la negociación colectiva es la obligación de los empleadores de entregar, tanto a los representantes de los trabajadores como al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, información sobre la situación económica, financiera y laboral de la empresa.

El acceso a información financiera y de otra índole es clave para que los trabajadores tengan reales posibilidades de negociar, pues ello requiere que los trabajadores puedan conocer la situación real de la empresa, evaluar el costo de sus demandas y considerar el impacto de las mismas. De este modo, el acceso a información permite que haya un

¹³ Claro está que existen otras tantas acciones que, por el contrario, son posibles de ser realizadas por los trabajadores; por ejemplo, no guardar reserva sobre la información recibida de parte del empleador, o ejercer violencia sobre las personas o las cosas durante la negociación colectiva.

intercambio sustentado de propuestas y contrapropuestas, y que las partes tomen decisiones con conocimiento de causa.

Al respecto, el artículo 55 de la LRCT establece que, a pedido de los representantes de los trabajadores, los empleadores deben proporcionar la información necesaria sobre la situación económica, financiera, social y demás pertinentes de la empresa, en la medida en que la entrega de la información no sea perjudicial para ésta.

En este punto, el legislador parece seguir, al menos parcialmente, las directrices contenidas en la Recomendación 163 de la OIT, Recomendación sobre la negociación colectiva, la cual en su artículo 7 dispone textualmente lo siguiente:

(1) En caso necesario, deberían adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales para que las partes dispongan de las informaciones necesarias para poder negociar con conocimiento de causa.

(2) Con este objeto:

(a) a petición de las organizaciones de trabajadores, los empleadores -- públicos y privados -- deberían proporcionar las informaciones acerca de la situación económica y social de la unidad de negociación y de la empresa en su conjunto que sean necesarias para negociar con conocimiento de causa; si la divulgación de ciertas de esas informaciones pudiese perjudicar a la empresa, su comunicación debería estar sujeta al compromiso de mantener su carácter confidencial en la medida en que esto sea necesario; las informaciones que puedan proporcionarse deberían ser determinadas por acuerdo entre las partes en la negociación colectiva¹⁴.

Si bien el Reglamento de la LRCT establece un plazo para que los representantes de los trabajadores soliciten la información a la empresa --el cual inicia treinta días antes del plazo *ordenador* para la presentación del pliego de reclamos¹⁵--, el artículo 55 de la

¹⁴ Este mismo artículo también señala que las autoridades públicas deberían proporcionar a las partes información necesaria sobre la situación económica y social global del país y de la rama de actividad en cuestión, en la medida en que la difusión de tales informaciones no resulte perjudicial para los intereses nacionales. Este punto, sin embargo, no ha sido recogido en la LRCT.

¹⁵ Según el artículo 38 del Reglamento de la LRCT, la información que ha de proporcionarse a la comisión negociadora, acerca de la situación económica, financiera y social de la empresa, puede solicitarse dentro de los noventa días naturales anteriores a la caducidad de la convención vigente.

Ley no establece un único momento para que los trabajadores soliciten dicha información, por lo que la citada norma reglamentaria no enerva la obligación legal de los empleadores de proporcionar información a los representantes de los trabajadores durante todo el curso de la negociación. Así parece entenderlo además el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2006-TR (en adelante, RLGIT), cuando en el numeral 24.9 de su artículo 24 tipifica como infracción grave en materia de relaciones laborales: “El incumplimiento de las disposiciones relacionadas con la entrega a los representantes de los trabajadores de información sobre la situación económica, financiera, social y demás pertinente de la empresa, durante el procedimiento de negociación colectiva”.

De la mano con la entrega de la información a los trabajadores, el artículo 56 de la LRCT señala que, en el curso de la negociación colectiva, a pedido de una de las partes o de oficio, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, a través de una oficina especializada¹⁶, puede hacer una valorización del pliego de los trabajadores y examinar la situación económico-financiera de las empresas y su capacidad para atender dicho pliego, teniendo en cuenta los niveles existentes en empresas similares, en la misma actividad económica o en la misma región.

De acuerdo con esta norma, la oficina especializada del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo emite un dictamen, denominado “dictamen económico-laboral”, sobre la base de la documentación que obligatoriamente presentan las empresas sobre su situación económico-financiera y de las investigaciones que practique la propia entidad (acerca del desempeño del mismo sector y/o el entorno económico de la misma región).

1.1.3.2. Garantías sustantivas del derecho de huelga

A nivel nacional, es poco lo que se ha dicho acerca de las garantías sustantivas del derecho de huelga. La atención ha estado puesta más en las limitaciones, internas o externas, de este derecho que en las obligaciones o prohibiciones legales que se han establecido, o han debido establecerse, para garantizar el ejercicio de este derecho; lo

¹⁶ Conforme a la actual estructura orgánica del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y a las competencias compartidas entre el gobierno nacional y los gobiernos regionales, elaboración de los dictámenes económico-laborales está a cargo de la Dirección de Normativa de Trabajo de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y de las oficinas técnicas-administrativas de las direcciones y gerencias regionales de trabajo de los gobiernos regionales.

cual -qué duda cabe- es consecuencia de la asentada valoración negativa que se tiene la huelga, al punto de contraponerla a los llamados “medios pacíficos de solución de conflictos laborales” (pese a que el ejercicio legítimo del derecho de huelga presupone que esta medida se desarrolle de manera pacífica, excluyendo el uso de la violencia).

Pues bien, para analizar el tema de las garantías del derecho de huelga se debe partir por considerar que la huelga no es un fin en sí mismo, sino que tiene un carácter instrumental con relación a la tutela de los intereses económicos o sociales de los trabajadores. Precisamente aquí es donde se encuentra el fundamento para reconocer a los trabajadores el poder jurídico, no solo de desligarse temporalmente de su obligación contractual de prestar servicios, sino de producir con ello un daño o perjuicio al empresario o terceras personas.

De este modo, la tutela del derecho de huelga no puede ceñirse al uso de la huelga como instrumento de presión, sino que también debe proyectarse a las consecuencias de su ejercicio, pues son dichas consecuencias las que precisamente hacen que la huelga pueda alcanzar los objetivos o fines propuestos. El derecho de los trabajadores a la huelga lleva aparejado entonces el deber empresarial de soportar el daño o perjuicio que como consecuencia de ella se produzca, pues de lo contrario, la huelga emprendida por los trabajadores carecería de una característica indispensable: eficacia, lo que vaciaría de contenido el derecho mismo. Claro está que no se trata de tolerar cualquier daño o perjuicio producido a consecuencia de la huelga, sino únicamente aquel que es resultado del ejercicio legítimo del derecho.

En atención a ello, el ordenamiento jurídico nacional si bien no establece, para el empresario, obligaciones (de prestación) con respecto al derecho de huelga, sí prevé expresamente algunas prohibiciones que buscan impedir que aquel pueda evitar el daño o perjuicio que produciría el ejercicio legítimo de este derecho y que, con ello, la medida resulte totalmente ineficaz.

Así, el artículo 77 de la LRCT señala cuáles son los efectos de la huelga sobre las relaciones individuales de los trabajadores comprendidos, entre los que cabe resaltar: a) la abstención total de las actividades de los trabajadores comprendidos en la huelga, con excepción del personal de dirección o de confianza y del personal que realiza labores indispensables para la empresa (en los términos que establece el artículo 78); y, b) el impedimento para retirar del centro de trabajo las maquinarias, materias primas u otros bienes, salvo circunstancias excepcionales con conocimiento previo de la

autoridad administrativa de trabajo. De este modo, se evitaría que el empleador, valiéndose de otros trabajadores, e inclusive con las mismas maquinarias, equipos e insumos, continúe con las actividades de los trabajadores que, en ejercicio de su derecho de huelga, han dejado temporalmente de laborar.

Desarrollando esta norma, el artículo 70 del Reglamento de la LRCT señala que cuando la huelga se declara observando los requisitos legales de fondo y forma, todos los trabajadores comprendidos en el respectivo ámbito deberán abstenerse de laborar y, por lo tanto, el empleador no podrá contratar personal de reemplazo para realizar las actividades de los trabajadores en huelga.

Si bien el Reglamento de la LRCT solo se refiere a la contratación de otros trabajadores, el artículo 77 de la Ley supone que el empleador no pueda reemplazar a los trabajadores comprendidos en la huelga, ya sea contratando directamente nuevo personal, o bajo mecanismos de sustitución indirecta, a través de empresas de intermediación laboral (*services*), empresas contratistas o subcontratistas.

En consonancia con ello, el numeral 25.9 del artículo 9 del RLGIT tipifica como infracciones muy graves en materia de relaciones laborales:

La realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga, como la sustitución de trabajadores en huelga, bajo contratación directa a través de contratos indeterminados o sujetos a modalidad, o bajo contratación indirecta, a través de intermediación laboral o contratación y sub-contratación de obras o servicios, y el retiro de bienes de la empresa sin autorización de la Autoridad Administrativa de Trabajo.

1.2. Las garantías de los derechos de negociación colectiva y huelga de cara a las estructuras empresariales complejas

1.2.1. Impacto de las redes empresariales y los grupos de empresa sobre el ejercicio de los derechos de negociación colectiva y huelga

Descartando los supuestos de subcontrataciones fraudulentas y grupos “patológicos”, se tiene que en las redes empresariales y los grupos de empresas intervienen distintas unidades económicas, cada una con actividad y personería jurídica propia, pero que colaboran y se vinculan entre sí, en el caso de las redes empresariales, principalmente

mediante técnicas contractuales como la tercerización de obras o servicios, la franquicia, los contratos de concesión, etc., y en el caso de los grupos de empresas, mediante participaciones societarias o relaciones de tipo personal; al punto que estas unidades estén articuladas en torno a un proyecto global.

Inclusive, se tiene el caso de los grupos de empresas creados a partir de un proceso de filialización, técnica de descentralización productiva que supone la transferencia parcial de una empresa u otra que se crea expresamente como filial para contratar con ella la realización de obras o servicios, al tiempo que se le transfiere todo o parte del personal ocupado en aquellas actividades (Castello, 2006, p. 95). En estas estructuras empresariales, llamadas “grupos de empresas centralizados”¹⁷, los vínculos internos u orgánicos entre las empresas integrantes del grupo se combinan con el uso de la subcontratación u otros mecanismos de colaboración comercial al interior del grupo¹⁸.

En ese contexto, tanto los términos y condiciones contractuales como las políticas o pautas generales que rigen la actuación de las distintas sociedades del grupo son definidos por aquellas unidades económicas que ocupan un lugar dominante o hegemónico dentro de la red empresarial o el grupo de empresas. De este modo, aun cuando la prestación de servicios de los trabajadores es organizada y dirigida por sus respectivos empleadores, las condiciones de trabajo de dicho personal pueden verse afectadas o influenciadas por los términos y condiciones del contrato interempresarial o por las políticas generales del grupo.

¹⁷ Dentro de los grupos de empresas por subordinación, Castello (2006) distingue entre *grupos de empresas centralizados*, que serían los grupos tradicionalmente constituidos sobre una base claramente jerarquizada a cuya cabeza se encuentra una empresa madre que ejerce la dominación del resto, y *grupos de empresas descentralizados* en los que sus integrantes están dotados de un mayor grado de autonomía productiva, organizativa y de gestión, pero se encuentran vinculados por lazos de dominación. En ambas formas de organización del grupo existen lazos de control y dependencia, pero la diferencia radica en el margen de autonomía funcional que existe en uno y otro caso (pp. 119-120).

¹⁸ Uno de los grupos empresariales más emblemático en el Perú es el *Grupo Telefónica*, compuesto por *Telefónica del Perú S.A.A.* (“TdP”), filial de la multinacional de origen español *Telefónica S.A.*, y sus empresas subsidiarias, que brindan toda clase de servicios de telecomunicaciones a nivel nacional tales como telefonía fija, telefonía móvil, Internet, televisión pagada, manejo de datos, entre otros. Además de estos servicios, el Grupo cuenta con subsidiarias que brindan servicios a otras empresas del mismo Grupo, bajo el modelo de tercerización; por ejemplo, la gestión de proyectos, servicios logísticos de transporte y almacenaje, cobranza y recaudación, comercialización de productos, entre otros. Similar modelo de negocio es desarrollado por otros grupos económicos del mismo rubro, como *Entel Perú*, *Americatel Perú* y *Servicios de Call Center del Perú* (todas del grupo Entel Chile).

Esto es particularmente relevante, teniendo en cuenta que las instituciones del derecho laboral colectivo se han construido tomando como referencia la *empresa* tradicional, propia del modelo industrial fordista-taylorista, y que, en países como el Perú, predomina un modelo descentralizado de relaciones laborales, en el que la acción sindical gira alrededor de la empresa.

En ese sentido, las estrategias de descentralización productiva no solo inciden en la organización y el funcionamiento de las actividades empresariales, sino que también tienen efectos sobre aspectos básicos de las relaciones individuales de trabajo, como la duración del vínculo laboral, la determinación de las remuneraciones, las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, y sobre el ejercicio de los derechos laborales colectivos.

1.2.1.1. El ejercicio de la libertad sindical en las redes empresariales y los grupos de empresas

El artículo 5 de la LRCT solo prevé cuatro ámbitos para la constitución de organizaciones sindicales: la empresa (y dentro de ella, la categoría, sección o establecimiento), la rama de actividad, el gremio y los oficios varios. En consonancia con ello, el artículo 47 de la misma ley solo hace referencia a tres ámbitos o niveles de negociación: empresa, rama de actividad y gremio.

Si el artículo 5 de la LRCT se interpretase en el sentido que establece una tipología cerrada o taxativa de sindicatos, los trabajadores de las empresas contratistas, subcontratistas o de servicios complementarios o especializados que prestan servicios para una misma empresa principal o usuaria, podrían formar distintos sindicatos en sus respectivas empresas o centros de trabajo, constituir un sindicato de rama de actividad entre quienes laboran para empresas de un mismo sector económico (industria, transporte, servicios, etc.), o constituir un sindicato de gremio entre quienes pertenecen a una misma profesión, ocupación o especialidad (electricistas, choferes, personal de limpieza, personal de seguridad, etc.).

Sin embargo, las complejas formas de organización empresarial que resultan de las estrategias de descentralización productiva plantean la necesidad de repensar los escenarios y modalidades de ejercicio de los derechos laborales colectivos y, como parte de ello, adecuar las estructuras sindicales y los niveles o unidades de negociación. En ese contexto, queda claro que la legislación nacional en materia de relaciones

colectivas de trabajo –que data del año 1992– permanece de espaldas a estas realidades económicas, al no considerar -al menos no de forma expresa- la posibilidad de que haya sindicatos en ámbitos supraempresariales como las redes empresariales y los grupos de empresas, o que se desarrollen negociaciones colectivas en dichos niveles.

Una lectura restringida del artículo 5 de la LRCT, además de no tener en cuenta las transformaciones operadas en los procesos productivos y las formas de organización empresarial, sería contraria al artículo 2 del Convenio 87 de la OIT, que señala que “Los trabajadores (...) sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes” (subrayado agregado), así como al *pleno desarrollo y uso* de la negociación colectiva a que se refiere el artículo 4 del Convenio 98 de la OIT¹⁹.

Por ello, lo correcto es entender que tanto el artículo 5 como el artículo 47 de la LRCT contienen listas abiertas o meramente enunciativas de los tipos de sindicatos y los niveles de negociación, respectivamente, de modo que no excluyen otros ámbitos de organización sindical u otras “unidades de negociación”. Es precisamente este último criterio el que ha asumido el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, quien en noviembre del 2011 –con ocasión de las “oposiciones” formuladas por varias empresas contratistas de *Telefónica del Perú S.A.A.* a la negociación colectiva planteada por el Sindicato de Trabajadores de las Empresas de Telefónica en el Perú y las del Sector Telecomunicaciones (SITENEL)– señaló que “(...) mientras existe pleno reconocimiento de la libertad empresarial de escindir partes del proceso productivo, debe existir igualmente un amplio reconocimiento del derecho de libertad sindical para ejercer los derechos colectivos (uno de ellos: la negociación colectiva) en esas nuevas realidades productivas”. En esa oportunidad, el Ministerio de Trabajo estableció, como precedente administrativo de observancia obligatoria, el siguiente criterio:

(...) debe dejar en claro, de conformidad con las recomendaciones específicas del Comité de Libertad Sindical, que para que tal afectación no se produzca [la afectación del derecho de los trabajadores de constituir las organizaciones que estimen convenientes], el listado del artículo 5 se tiene que considerar como meramente enunciativo, abierto, o más claramente,

¹⁹ Con relación a ello, el numeral 1 del artículo 4 de la Recomendación 163 de la OIT, señala que las legislaciones nacionales deberían permitir que la negociación colectiva se desarrolle a cualquier nivel.

ejemplificativo. (...) Sobre el particular, con el fin de mantener la concordancia armónica entre la libertad de empresa que descentraliza fases de su actividad productiva y la libertad sindical, las normas laborales existentes en materia de Derecho Colectivo del Trabajo deben interpretarse en forma tuitiva, garantizando el pleno ejercicio de la libertad sindical como derecho fundamental²⁰.

Pese a ello, es importante recalcar que en el Perú, la acción sindical –tanto en su faceta de autoorganización como en la de autorregulación– sigue desarrollándose en los tradicionales ámbitos de empresa (y dentro de ella, el centro de trabajo y las categorías de obrero y empleado), rama de actividad y gremio, de tal modo que casi no existen sindicatos de grupo o sindicatos interempresas, e inclusive, a veces ni siquiera existen canales de representación colectiva de los trabajadores en tales escenarios.

Algunas excepciones se encuentran especialmente en el sector minero, donde trabajadores de algunas empresas contratistas y subcontratistas que brindan servicios a una determinada empresa principal han constituido sindicatos que los representan a todos, con el objetivo de canalizar sus problemas no solo frente a sus respectivos empleadores sino también frente a la principal.

Otra alternativa explorada por los trabajadores ante el intensivo uso de la subcontratación en el sector minero²¹ ha sido la sindicalización conjunta de los trabajadores de la empresa principal y de las empresas contratistas y subcontratistas. De este modo, se constituyen sindicatos que contemplan esta afiliación conjunta, o los sindicatos que inicialmente solo agrupaban a los trabajadores de la empresa principal, han permitido luego la afiliación de trabajadores de las contratistas y subcontratistas.

Dado que, como se ha señalado anteriormente, la legislación nacional no contempla expresamente ningún tipo de sindicatos interempresas, estas organizaciones sindicales

²⁰ Al respecto, véase la Resolución Directoral General N° 021-2011-MTPE/2/14, del 4 de noviembre de 2011, emitida por la Dirección General de Trabajo. Recuperada de:

http://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/SNIL/normas/RDG_021_2011_MTPE_2.14.pdf

²¹ De acuerdo con un estudio publicado por el diario “Gestión” en abril del 2018, dentro de los sectores económicos que presentan una mayor demanda de servicios de tercerización, el sector minero ocupa el primer lugar con el 50%, seguido por el sector *retail* con el 30%, y por los sectores construcción, manufactura, farmacia, banca, entre otros con el 20%. Al respecto, véase la nota “Outsourcing: 86% de empresas en Perú tercerizan servicios”, disponible en: <https://gestion.pe/economia/outourcing-86-empresas-peru-tercerizan-servicios-232422-noticia/?ref=gesr>

se constituyen formalmente, en sus normas estatutarias, y se registran ante la Autoridad Administrativa de Trabajo como sindicatos de rama de actividad, pese a que, en realidad, el ámbito de sindicación está determinado, no por el hecho de que los empleadores desarrollan sus actividades en el mismo sector económico, sino porque forman parte de una red de subcontratación.

El ámbito de rama de actividad también viene aprovechándose para agrupar a trabajadores que laboran para empresas integrantes de un mismo grupo económico. Uno de estos casos es el del Sindicato Único de Trabajadores del Grupo Económico Cencosud Perú - Sutragrucep, el cual –si bien afilia a trabajadores de las empresas del Grupo Cencosud, como son *Cencosud Retail Perú S.A.* y *E Wong S.A.*– se constituyó como un sindicato de rama de actividad. Con ocasión del pliego de reclamos presentado por la organización sindical, las empresas solicitaron al Ministerio de Trabajo que se pronuncie sobre la denominación del sindicato, señalando que la misma hacía referencia a un “sindicato de grupo económico”.

En atención a ello, la Dirección General de Trabajo emitió una resolución en febrero del 2015, la cual si bien evitó referirse expresamente al tipo de sindicato (grupo de empresas), reiteró el criterio del 2011, señalando que “los trabajadores son libres de afiliarse a aquellas organizaciones que los respalden de mejor manera, con la única exigencia de respetar los estatutos de aquellas” y que “el nivel de negociación es, al momento de la conformación de la organización de trabajadores, una referencia que en todo caso debe considerarse dinámica, pues allí donde exista legitimidad negocial podrá haber una organización de nivel superior (rama de actividad) que pueda entablar una negociación en el nivel de empresa”. Finalmente, decidió desestimar los recursos presentados por las empresas, señalando que el sindicato, al tratarse de una organización sindical de actividad, sí tenía legitimidad para plantear una negociación colectiva en dicho ámbito²².

Estos casos representan, sin embargo, fórmulas aún poco utilizadas por los trabajadores y que, como se ha visto, no están exentas de resistencias y cuestionamientos por parte de los empresarios. Ello se debe no solo a la falta de reconocimiento legal explícito de los grupos de empresas y las redes empresariales como ámbitos de organización

²² Al respecto, véase la Resolución Directoral General N° 012-2015-MTPE/2/14, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 24 de febrero de 2015. Recuperada de:

<https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/declaran-infundados-recursos-de-revision-interpuestos-por-e-resolucion-directoral-n-012-2015-mtpe214-1203773-3/>

sindical, sino también, y fundamentalmente, según veremos a continuación, a las dificultades que se tienen para ejercer los demás derechos colectivos, en especial, el derecho a la negociación colectiva, en dichos escenarios.

Citando a Cruz Villalón (2006), puede afirmarse -para el caso peruano- que “no existe una estrategia definida y articulada por parte de las organizaciones sindicales para dar respuesta a un nuevo escenario como es el propio de una estructura empresarial descentralizada”, sino que más bien, “las organizaciones sindicales tienden a seguir actuando en el ámbito aislado de cada organización productiva, sin llegar a adaptar su propia estructura asociativa a una realidad más compleja, único método a través del cual lograría ofrecer una respuesta coherente a las estructuras de empresas en red” (p. 44).

1.2.1.2. Problemas que plantean las redes empresariales y los grupos de empresas para la negociación colectiva

En teoría, las realidades complejas de las redes empresariales y los grupos de empresas no implican un desconocimiento de la libertad sindical, ni impiden a los trabajadores ejercitar sus derechos colectivos, entre ellos, el de negociación colectiva.

Sin embargo, estas estructuras empresariales sí traen consigo importantes dificultades materiales para el efectivo ejercicio de tales derechos. Esto es así por cuanto, en primer lugar, la descentralización productiva – ya sea por la vía de la filialización o por la sola subcontratación de actividades productivas y servicios– da lugar al empequeñecimiento de las unidades empresariales, de modo tal que, donde antes había una gran empresa que concentraba el conjunto de actividades del proceso productivo y demás actividades internas, ahora existe una pluralidad de unidades económicas de menores dimensiones.

Ello, naturalmente, hace más difícil la constitución de organizaciones sindicales a nivel de empresa, sobre todo en las unidades de menor tamaño. Incluso, si llegan a constituirse sindicatos en algunas de estas empresas, su capacidad de afiliación se verá disminuida, con el consiguiente debilitamiento de su acción reivindicativa y su representatividad. Esto último tiene un impacto directo sobre la negociación colectiva, pues el predominio de las negociaciones a nivel de empresa (como ocurre en el Perú) tiene como efecto que el producto negocial, que antes era de aplicación a todos los trabajadores que intervenían en un proceso productivo (e incluso, en los servicios internos de una empresa), hoy se aplique únicamente al personal de una de las

empresas –por lo general, la empresa principal o la empresa matriz–, dejando fuera a quienes tienen vínculo laboral con el resto de empresas (contratistas, subcontratistas, empresas de servicios, etc.).

Inclusive, tratándose de convenios colectivos celebrados en las empresas auxiliares (contratistas, subcontratistas, empresas de servicios, etc.), estos verían reducida su eficacia como instrumento de regulación de las condiciones de trabajo, debido a que – como se señaló anteriormente– en no pocas ocasiones la organización del trabajo en las empresas colaboradoras está condicionada por los términos y exigencias contractuales que impone la empresa principal, o por las pautas y políticas generales establecidas por la empresa matriz del grupo. Además, en algunos casos las empresas que forman una red o integran un grupo empresarial pertenecen a distintos sectores económicos, con lo cual, un eventual convenio colectivo por rama de actividad no les sería de aplicación.

Ahora bien, no debe perderse de vista que las redes empresariales, en especial, aquellas que son verticales y de estructura piramidal, como por ejemplo las redes de subcontratación²³, y los grupos de empresas que son producto de la descentralización productiva, más allá de la personería jurídica independiente de cada sociedad o empresa que los integra, constituyen estructuras económicas unitarias que también pueden llegar a ser escenarios de conflictos laborales colectivos. Piénsese, por ejemplo, en reclamaciones o demandas sobre condiciones de empleo comunes de los trabajadores de una red de subcontratación o un grupo de empresas, o que correspondiendo a los trabajadores de una de las empresas contratistas y/o subcontratistas o de una de las empresas integrantes del grupo, no dependen únicamente de su empleador, sino también de la empresa principal o la empresa matriz.

Lo señalado en el párrafo anterior ocurre, sobre todo, en los casos donde los trabajadores pese a estar empleados por distintos empresarios que forman una red empresarial, laboran en actividades de un mismo proceso productivo. Inclusive, tal como ocurre en los procesos de *tercerización interna* y en la subcontratación de servicios complementarias o especializados, estos trabajadores pueden coincidir en un mismo

²³ Al respecto, Alcalá (2010) señala que las *redes verticales y de estructura piramidal* son aquellas en las que no existe igualdad entre las empresas que la conforman ya que la empresa principal ejerce un control jerárquico sobre las empresas auxiliares que se sitúan en una relación de dependencia y subordinación respecto de aquella, aunque mantengan su independencia jurídica (p. 106).

centro o lugar de trabajo. Si se tiene en cuenta que de acuerdo con el *principio-deber de prevención* reconocido en la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, el empresario debe garantizar el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de aquellos trabajadores que, si bien no tienen vínculo laboral con él, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores, es perfectamente posible que en casos como los señalados se susciten problemas relacionados con esta materia.

Sin embargo, la posibilidad de negociar un convenio colectivo en los ámbitos de grupo de empresas o red empresarial plantea un primer problema práctico: la identificación de las distintas entidades pertenecientes al grupo de empresas o red empresarial que constituiría la “unidad de negociación” en cada caso concreto; ello, en la medida en que no siempre dichas estructuras empresariales se manifiestan o exteriorizan con suficiente claridad. Obsérvese que, en el caso de los grupos de empresas, puede resultar particularmente difícil determinar cuál de todas las sociedades es la que ejerce la gestión unitaria del grupo.

Al respecto, los diversos mecanismos jurídico-contractuales a través de los cuales las empresas recurren a la tercerización de sus actividades (contratos de locación de servicios o de obra, contratos de gerencia o *management*, etc.), así como la pluralidad de formas de expresión de los grupos económicos (incluidos los *Holdings empresariales* y conglomerados financieros), hacen que muchas veces no se cuente con criterios seguros de identificación de las entidades que integran dichas estructuras empresariales.

Además, la negociación de convenios colectivos para grupos de empresas o redes empresariales suscita algunos problemas jurídicos, debido a la ya mencionada falta de adecuación de la legislación nacional a las nuevas formas de organización empresarial producto de la descentralización productiva.

Una primera cuestión es determinar si la negociación de un convenio colectivo para un grupo de empresas o una red empresarial, siendo la negociación una actividad o proceso bipartito, impone que las empresas que forman parte de dichas estructuras empresariales, pero que no tienen la condición de empleadores de los trabajadores representados en la negociación, tengan que intervenir en la negociación. Piénsese, por ejemplo, en un sindicato que afilia trabajadores de las empresas subsidiarias y que se propone negociar determinados puntos con la empresa matriz del grupo, o en un

sindicato que agrupa trabajadores de empresas contratistas y subcontratistas que desarrollan sus actividades para una misma empresa principal, y que busca negociar ciertas materias con la “cabeza” de la red de subcontratación (por ejemplo, la inclusión de “cláusulas sociales” en los *contratos de tercerización*).

Al respecto, debe verse si la existencia de organizaciones sindicales con capacidad y legitimidad para negociar en los ámbitos de grupo de empresas o red empresarial, hace que el deber de negociar se proyecte sobre el conjunto de estas estructuras empresariales complejas, o si, por el contrario, la inexistencia de vínculo laboral con los trabajadores afiliados constituye una causa válida –en los términos prescritos en el artículo 54 de la LRCT– que habilite a la empresa a no recibir el pliego y, por tanto, negarse a negociar.

Una segunda cuestión que se nos plantea con las negociaciones colectivas a nivel de grupo de empresas o red empresariales es dilucidar quiénes tendrían legitimidad para negociar en representación de los trabajadores. Al respecto, el artículo 47 de la LRCT establece quienes tienen capacidad para negociar colectivamente en representación de los trabajadores, tanto en el ámbito de empresa como en los ámbitos de rama de actividad o de gremio²⁴.

Junto a la *capacidad negociadora*, entendida como la aptitud general que tienen las organizaciones sindicales, o falta de ellas, un conjunto orgánico de trabajadores, para poder negociar colectivamente (Neves, 2016, p. 36), el artículo 9 de la ley confiere la *legitimidad negociadora*, en los supuestos en que hubiera varias organizaciones sindicales en el mismo ámbito, al sindicato que afilie a la mayoría absoluta de trabajadores del ámbito correspondiente. Las reglas del artículo 9 determinan también cuando el convenio colectivo de empresa tiene eficacia personal general o limitada; lo cual debe complementarse, para el caso de los convenios colectivos de rama de actividad o de gremio, con las reglas del artículo 46.

²⁴ El artículo 47 de la LRCT establece que tendrán capacidad para negociar colectivamente en representación de los trabajadores: a) en los convenios colectivos de empresa, el sindicato respectivo o, a falta de éste, los representantes expresamente elegidos por la mayoría absoluta de trabajadores; y b) en los colectivos por rama de actividad o gremio, la organización sindical o conjunto de ellas de la rama o gremio correspondiente.

Aparejado a ello, está el tema de la legitimación para negociar en representación de los empresarios. Sobre el particular, se tiene que el artículo 48 de la LRCT regula la *legitimidad negocial* en representación de los empresarios, tratándose de convenios colectivos de empresa y de convenios sectoriales o de gremio²⁵.

Otro punto importante es el de la entrega de información sobre la situación financiera, económica y social de las empresas comprendidas en la negociación. Este aspecto es especialmente relevante en el caso de los grupos de empresas, pues si lo que se busca es, entre otras cosas, que la información alcanzada sea suficiente para que los trabajadores puedan negociar “con conocimiento de causa”, difícilmente puede sostenerse que la situación real de una sociedad que forma parte de un grupo de empresas esté desligada de la situación de las demás empresas del grupo y, en especial, de la empresa matriz.

Finalmente, otro tema al que debe prestársele atención es el referido a la articulación de negociaciones colectivas de distinto nivel, pues si bien el artículo 45 de la LRCT parece dar preferencia aplicativa a los convenios supraempresariales respecto de los convenios colectivos de empresa²⁶, tendría que definirse cómo se articularían los convenios colectivos de empresa y/o a nivel sectorial o de rama de actividad con los convenios colectivos para un grupo de empresas o una red empresarial.

1.2.1.3. Problemas que plantean las redes empresariales y los grupos de empresas para el ejercicio del derecho de huelga

En lo que respecta a los ámbitos del derecho de huelga, el artículo 76 de la LRCT señala que “la huelga puede comprender a una empresa, a uno o a varios de sus establecimientos, a una rama de actividad o a un gremio”. De este modo, existe una correspondencia con los ámbitos de organización sindical señalados en el artículo 5 y

²⁵ De acuerdo con el artículo 48 de la LRCT, la representación de los empleadores estará a cargo: a) en las negociaciones a nivel de empresa, del propio empresario o las personas que él designe; y, b) en las negociaciones a nivel de rama de actividad o de gremio, de la organización representativa de los empleadores en la respectiva actividad y, de no existir esta, los representantes de los empleadores comprendidos

²⁶ El citado artículo establece que podrán negociarse a nivel de empresa aquellas materias no tratadas en un convenio colectivo de nivel superior, que lo reglamenten o que se refieran a condiciones de trabajo propias y exclusivas de la empresa. Sin embargo, esta prioridad aplicativa de los convenios colectivos de ámbito supraempresarial, en lo que se refiere a las materias objeto de negociación, contrasta con las demás reglas de la LRCT, las cuales favorecen un modelo descentralizado de relaciones colectivas de trabajo y, concretamente, estructuras descentralizadas de negociación colectiva.

con los niveles de negociación colectiva a que se refiere el artículo 44 de ese mismo cuerpo normativo.

Sin embargo, tal como se ha dicho ya para el caso de los tipos de sindicatos y los niveles de la negociación colectiva, los ámbitos de huelga señalados en la ley no constituyen un listado cerrado, sino de un listado enunciativo o ejemplificativo, de modo que no excluye otros escenarios en los que también puede tener lugar el ejercicio del derecho de huelga, como son las estructuras complejas de los grupos de empresas o las redes empresariales.

Ahora bien, el ejercicio del derecho de huelga en contextos de descentralización productiva plantea no pocos problemas. La propia complejidad de fenómenos como los grupos de empresas o las redes empresariales conlleva que tengan que replantearse algunos aspectos claves de la regulación del derecho de huelga.

Piénsese, por ejemplo, en las garantías legales para el ejercicio de la huelga, como la prohibición de reemplazar directa (mediante sustitución interna o externa de trabajadores) o indirectamente (a través de servicios de tercerización o la intermediación laboral) a los trabajadores en conflicto.

Otro tema a analizar es el de los “servicios mínimos” que se establecen para garantizar la continuidad de aquellos servicios que son esenciales para la comunidad (sanitarios, agua y desagüe, transporte y demás señalados en el artículo 83 de la LRCT) o de actividades indispensables, de seguridad y mantenimiento, dentro la empresa; los cuales operan como límites externos del derecho de huelga.

Ciertamente, una comprensión de los servicios mínimos dentro de los grupos de empresas y redes empresariales – que, por ejemplo, considere “la aplicación a las huelgas del personal de las empresas contratistas de la exigencia de mantenimiento de una parte de las tareas que habitualmente realizan en provecho de la principal o las demás empresas del grupo, cada vez que ello resulte necesario para asegurar la prestación de los servicios de seguridad y mantenimiento y de los servicios esenciales de la comunidad” (Sanguinetti, 2020, p. 57)– exige también reglas distintas sobre la determinación de los servicios mínimos por parte de los empresarios, así como sobre el cuestionamiento o divergencia que, sobre el contenido y alcance de dichos servicios, pueden plantear los trabajadores.

Sanguineti (2020) da cuenta de una tercera cuestión: la comunicación previa de la huelga a empresarios distintos del empleador. Al respecto, dice textualmente que: “Si la huelga está en condiciones de afectar legítimamente la actividad de empresarios distintos del empleador formal, debiéndose entender que puede pesar sobre ellos el deber de participar en las negociaciones dirigidas a su solución, parece por completo necesario que el correspondiente preaviso deba ser cursado por los convocantes igualmente a estos y no solo al primero” (p. 56). Si bien el citado autor considera que ello no parece plantear especiales dificultades respecto de la legislación española, es preciso recordar que, en el caso peruano, el literal c) del artículo 73 de la LRCT se refiere únicamente a la comunicación de la huelga “al empleador y a la Autoridad Administrativa de Trabajo”. Esto, claro está, en el marco de una regulación del derecho de huelga que no toma en cuenta las estructuras empresariales derivadas de la descentralización productiva.

1.2.2. Limitaciones o insuficiencias de las actuales garantías de los derechos de negociación colectiva y huelga de cara a las estructuras empresariales complejas

Habiendo constatado la ausencia de normas específicas que regulen los derechos de negociación colectiva y huelga en el marco de los grupos de empresas y las redes empresariales, así como los diversos problemas que presenta el ejercicio de estos derechos en dichos escenarios, corresponde analizar las insuficiencias y límites que presentan las actuales garantías establecidas para la tutela sustantiva de tales derechos.

1.2.2.1. Límites de las actuales garantías sustantivas del derecho de negociación colectiva

En el caso del derecho de negociación colectiva, la LRCT establece básicamente tres garantías sustantivas: la obligación legal del empleador de negociar, la prohibición legal del empleador de realizar cualquier acción que pueda resultar lesiva a los trabajadores durante la negociación, y la obligación del empleador de entregar información sobre la situación económica, financiera y social de la empresa.

Al respecto, de una lectura conjunta de los artículos de la LRCT, se tiene que, la regulación de la negociación colectiva parte de asumir que la misma se desarrolla en el plano contractual, o mejor dicho, que los ámbitos de la negociación surgen a su vez

como proyección de los contornos del contrato de trabajo. Así, en el ámbito de empresa, la negociación la entablarían los trabajadores de una misma empresa con su respectivo empleador, y, en los ámbitos de rama de actividad o de gremio, la negociación se llevaría a cabo entre los trabajadores de dos o más empresas (sea que estas empresas estén inmersas en un mismo sector económico o que los trabajadores pertenezcan a una misma profesión, oficio o especialidad) y sus respectivos empleadores o la institución que los represente.

Asumiendo que la negociación colectiva se lleva a cabo entre los trabajadores y el empresario o empresarios que tienen la posición contractual de empleadores, las garantías legales previstas en el ordenamiento jurídico peruano obligan a que el empleador o empleadores (o la institución representativa de estos) reciban el pliego y den inicio a la negociación, salvo que tengan un motivo válido para no hacerlo (menos de un año de funcionamiento, tener ya un convenio vigente con un sindicato mayoritario, etc.), y, del mismo modo, que proporcionen la información sobre su situación económica, financiera y laboral, que le sea solicitada por los trabajadores o la Autoridad Administrativa de Trabajo, y resulte necesaria para la negociación.

En ese contexto, ¿cómo operarían las garantías sustantivas del derecho a la negociación colectiva en los casos de sindicatos que afilian a trabajadores de empresas subsidiarias del grupo que plantean negociar con la empresa matriz?, de igual modo, ¿qué ocurriría en los casos de sindicatos que agrupan a trabajadores de empresas contratistas y subcontratistas que presentan un pliego a la empresa principal?

En estos casos, pese a que las organizaciones sindicales estarían actuando en representación de los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito (el grupo o la red), cumpliendo así con la función que le reconoce el artículo 8 de la LRCT, la ley no obliga de forma expresa a que aquellas empresas a las cuales se presenta un pliego de reclamos pero que no tienen la posición contractual de empleadores, tengan que recibir el pliego y dar inicio a las reuniones de negociación.

Se tiene entonces que, bajo una lectura dinámica de los artículos 5 y 44 de la LRCT, pueden constituirse sindicatos de grupo de empresas o sindicatos de red empresarial, no existiendo ningún impedimento legal para que estos presenten un pliego de reclamos a la empresa matriz del grupo o a la empresa principal. Sin embargo, dichas empresas no tendrían la obligación legal de recibir el pliego ni de indicar las reuniones de trato directo con la organización sindical. Por tanto, el hecho que estas empresas devuelvan

el pliego o simplemente se nieguen a recibirlo, alegando no tener vínculo laboral con los trabajadores representados en la negociación, no infringiría el deber legal de negociar ni podría calificarse como un acto de mala fe en la negociación.

Al respecto, resulta ilustrativo lo señalado por el Comité de Libertad Sindical de la OIT en la Decisión N° 1414:

“Si bien el empleador o contratista principal puede no estar obligado a negociar con un sindicato que representa a trabajadores contratados por subcontratistas (o con un sindicato que no haya demostrado que alguno de sus miembros trabaja para el contratista principal), nada debería impedirle a ese empleador negociar y celebrar un convenio colectivo en forma voluntaria. Además, el sindicato en cuestión debería también tener la posibilidad de pedirle al empleador de su elección que negocie con él en forma voluntaria, sobre todo porque en casos como el presente sería imposible negociar con cada uno de los subcontratistas. De hecho, debido a la posición dominante del contratista principal en la obra, y a la ausencia general de negociaciones colectivas a nivel del ramo o la industria, la celebración de un convenio colectivo con el contratista principal parece ser la única opción viable para realizar una negociación colectiva eficaz y concertar un convenio colectivo que tenga un ámbito de aplicación suficientemente general con respecto a la obra” (subrayado agregado)²⁷.

Como puede verse, el Comité de Libertad Sindical se pronuncia en contra de cualquier impedimento legal a la negociación colectiva entre la empresa principal y los trabajadores de las empresas contratistas, lo cual, sin embargo, no conlleva que exista una obligación de negociar por parte de dicha empresa.

De igual modo, si antes de la presentación del pliego, la organización sindical solicitase información sobre la situación económica o financiera del grupo o sobre la marcha del negocio global en el que colaboran las respectivas empresas contratistas y subcontratistas, la empresa matriz o empresa principal podría negarse a brindar la información requerida, argumentando que el deber legal solo alcanza al empleador, no así a los empresarios que no están jurídicamente vinculados con los trabajadores.

²⁷ Recopilación de Decisiones del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo (Sexta Edición año 2018).

Repárese que, aun cuando el sindicato solicite información a la empresa matriz o a la empresa principal, es posible que no quiera incluir a esta última en la negociación, la cual se entablaría únicamente con las empresas contratistas y subcontratistas o con alguna de las empresas subsidiarias.

1.2.2.2. Límites de las actuales garantías sustantivas del derecho de huelga

En el caso del derecho de huelga, la garantía establecida en el ordenamiento jurídico nacional para la tutela sustancial de este derecho consiste básicamente en la prohibición legal de sustituir a los trabajadores en huelga y/o de retirar del centro de trabajo las maquinarias, materias primas u otros bienes, salvo circunstancias excepcionales con conocimiento previo de la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Como se señaló anteriormente, la prohibición de reemplazar a los huelguistas ha sido entendida por el RLGIT en términos bastante más amplios que los términos que aparecen textualmente en el Reglamento de la LRCT. Así, el numeral 25.9 del artículo 9 del Reglamento de la sanciona, no solo la contratación directa de trabajadores de reemplazo (lo que ha venido a llamarse “esquirolaje externo”), sino también a través de intermediación laboral o contratación y subcontratación de obras o servicios (conocido como “esquirolaje indirecto”).

Obsérvese que, si bien la norma citada hace referencia a algunos mecanismos de subcontratación, como la tercerización de actividades y la intermediación laboral de servicios complementarios o especializados, la mirada sigue estando puesta sobre el empresario que tiene la posición contractual de empleador. Es a este al que, en tanto dure la huelga, se le prohíbe recurrir a empresas tercerizadoras o empresas de servicios para que sea el personal de estas últimas el que sustituya a los trabajadores en conflicto.

Sin embargo, dichas garantías verdaderamente no toman en cuenta la lógica que caracteriza los procesos de descentralización productiva, en virtud del cual “una empresa – que denominaremos empresa principal – decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales – que llamaremos empresas auxiliares -, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo” (Cruz Villalón, 2006, 2-3).

De este modo, las actuales garantías normativas del derecho de huelga –al pensar la huelga únicamente dentro de la empresa principal y queriendo impedir el posterior uso de los mecanismos de subcontratación para reemplazar a los huelguistas– no alcanzan aquellos casos en los que, ante una huelga por parte de los trabajadores de una de las empresas del grupo que brinda servicios a otras firmas del mismo grupo, estas últimas optan por encargar el servicio a otra empresa, de dentro o fuera del grupo. Cosa similar puede ocurrir tratándose de una huelga en empresas contratistas, subcontratistas o de servicios, ante la cual, la empresa principal o usuaria podría contratar los servicios de otra empresa. En todos estos casos, la decisión es tomada por empresas que no tienen la posición contractual de empleadores de los trabajadores en conflicto puede terminar afectando la eficacia de la huelga. Inclusive, en caso la empresa principal o usuaria decida resolver el contrato que tenía con la empresa contratista, subcontratista o de servicios, esta decisión podría terminar afectando el derecho al trabajo de los huelguistas, si como resultado de la misma se produce la extensión de sus contratos de trabajo.

Con cargo a volver con más detalle sobre este tema, puede decirse que se trata de supuestos de “esquirolaje impropio”, en los que las actividades de los trabajadores comprendidos en la huelga no dejan de ejecutarse, conforme lo dispone el artículo 77 de la LRCT, sino que, al ser dichas actividades parte del proceso productivo o de los servicios internos de otra empresa, es esta última la que decide continuar con ellas. De este modo, si bien la huelga tiene efectos directos e inmediatos sobre el empleador, se termina neutralizando o bloqueando cualquier impacto que esta pudiera tener sobre las otras empresas; ello, pese a que los trabajadores pueden constituir sindicatos de grupo de empresas o sindicatos de red empresarial, y plantear negociaciones colectivas en esos niveles.

Si bien algunos autores consideran que el numeral 25.9 del artículo 25 del RLGIT ha sido diseñado normativamente como una “cláusula de interpretación analógica”, de modo que el mismo comprendería dentro de su ámbito de aplicación a otros supuestos análogos al esquirolaje externo, tales como el esquirolaje interno o incluso el novísimo esquirolaje virtual (Espinoza, 2013, p. 9), un razonamiento analógico de la citada norma no parece ser suficiente para que la misma pueda aplicarse a los supuestos de “esquirolaje impropio” que se mencionan líneas arriba.

1.3. La tutela de los derechos de negociación colectiva y huelga en sede jurisdiccional

De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, es necesario que la normativa laboral en materia de libertad sindical y los derechos que de ella se derivan se adecúe a las transformaciones de las estructuras productivas y las formas de organización empresarial ocurridas en los últimos treinta años.

Esta adecuación supone, en primer lugar, que la ley reconozca de forma expresa la posibilidad de que los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga se ejerzan no solo en los tradicionales ámbitos de empresa, rama de actividad y gremio, sino también en las estructuras empresariales derivadas de la descentralización productiva, como son las estructuras del grupo económico y la red de colaboración empresarial.

A partir de ahí, tendría que construirse un andamiaje normativo que dé respuesta a los problemas que –como se ha visto en los párrafos precedentes– plantea el desarrollo de los derechos colectivos en las estructuras empresariales complejas, pero que sobre todo asegure el buen funcionamiento de las garantías sustantivas con las que se busca proteger la vigencia efectiva de la libertad sindical, hoy ceñidas a los contornos del contrato de trabajo y, por tanto, insuficientes de cara a los fenómenos de descentralización productiva.

Algunos países, como España y Chile, por citar dos ejemplos del derecho iberoamericano, muestran ya avances en esa dirección. En el primer caso, el Estatuto de los Trabajadores, luego de la reforma del año 2011, reconoce expresamente como “unidades de negociación” al grupo de empresas y la red empresarial –esta última entendida en términos de una “pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación”–. Además, dispone que cuando se trate de convenios para un grupo de empresas o una red empresarial, se les aplique las mismas reglas de legitimación previstas para la negociación de los convenios sectoriales, y les confiere la prioridad aplicativa que tienen los convenios de empresa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior.

Por su parte, el Código del Trabajo chileno, tras la modificación de varios de sus artículos en junio del 2014, establece que dos o más empresas serán consideradas como “un

solo empleador para efectos laborales y previsionales”, cuando tengan una “dirección laboral común” y se verifiquen determinadas condiciones (tales como la similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o presten, o la existencia entre ellas de un controlador común). Ello tiene como efecto que los trabajadores de todas las empresas consideradas como un solo empleador puedan constituir uno o más sindicatos que los agrupen, y que puedan negociar colectivamente con todas las empresas que han sido consideradas como un empleador, o bien con cada una de ellas. En estos casos, la presentación y tramitación de los proyectos de contrato colectivo se regirán por el procedimiento de negociación colectiva reglada que establece el mismo Código.

Si bien compete al poder legislativo llevar a cabo las reformas normativas que garanticen el pleno disfrute de los derechos de negociación colectiva y huelga en las estructuras empresariales complejas, cumpliendo así con el deber primordial del Estado de proteger la plena vigencia de los derechos humanos (conforme lo prescribe el artículo 44 de la Constitución), el tiempo que tome la deliberación y adopción de dichos cambios – condicionados, en buena medida, por la correlación de fuerzas sociales y políticas del país y las posturas políticas predominantes en el Congreso de la República²⁸– no significa que, mientras tanto, los derechos de negociación colectiva y huelga hayan de quedar desprovistos de todo instrumento de tutela necesario para asegurar su efectividad en los escenarios de los grupos de empresas y redes empresariales.

En ese contexto, debe tenerse en cuenta que, en el paradigma del Estado constitucional, tanto el juez constitucional como el juez ordinario están llamados a ser *guardianes de la Constitución* y, por tanto, a proteger los derechos y libertades fundamentales, consustanciales al orden democrático. De este modo, al juez le corresponde la aplicación e interpretación en forma vinculante de la Constitución, a efectos de hacer frente a las amenazas y violaciones de los derechos consagrados en las normas constitucionales y tratados internacionales, incluidos la libertad sindical y los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga.

²⁸ Piénsese, por ejemplo, en los 19 años que han transcurridos desde que se elaboró el Anteproyecto de la Ley General del Trabajo, el cual, tras prolongadas discusiones al interior del Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo, y una revisión y actualización del proyecto en el año 2011, hasta ahora no ha sido sancionado por el Pleno del Congreso y nada parece indicar que ello ocurra, al menos en el corto plazo.

De acuerdo con el artículo 37 del Código Procesal Constitucional, la acción de amparo, prevista en el numeral 2 del artículo 200 de la Constitución, es una garantía constitucional que procede contra cualquier hecho u omisión que vulnera o amenaza los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga.

Por su parte, la Nueva Ley Procesal del Trabajo prevé en su artículo 2, numeral 3, que los jueces especializados de trabajo son competentes para conocer, en proceso abreviado laboral, las pretensiones relativas a la vulneración de la libertad sindical, lo cual incluye, lógicamente, el cuestionamiento de los actos u omisiones que se consideren violatorios del derecho de negociación colectiva o del derecho de huelga. En línea con ello, el numeral 9.2 del artículo 9 de esta misma ley señala que cuando se afecten los derechos de libertad sindical, negociación colectiva y huelga, la demanda puede ser presentada por el sindicato, los representantes de los trabajadores, o cualquier trabajador del respectivo ámbito.

No es propósito del presente subcapítulo hacer un análisis de fondo de las dos vías procesales a través de las cuales puede lograrse una tutela de la libertad sindical y de los derechos que la conforman, ni de la relación –no siempre pacífica– que existe entre ambas. Basta con señalar que el ordenamiento jurídico nacional prevé dichos mecanismos de tutela jurisdiccional, y que cualquier organización sindical o trabajador que considere que, bien por acción o bien por omisión, se ha vulnerado el derecho de negociación colectiva o el derecho de huelga, puede acudir a los tribunales para la restitución del derecho lesionado. Mientras tanto, la elaboración, análisis, discusión, revisión y actualización de las propuestas de reforma normativa seguirán su curso.

CAPÍTULO II

CONSTRUCCIONES LEGISLATIVAS Y JURISPRUDENCIALES PARA GARANTIZAR LOS DERECHOS COLECTIVOS EN EL CONTEXTO DE LAS ESTRUCTURAS EMPRESARIALES COMPLEJAS

2.1. ¿Por qué es importante la configuración del sujeto empleador en el desarrollo de los derechos de negociación colectiva y huelga?

Como se expuso en el capítulo 1 de la presente investigación, parte del contenido de los derechos constitucionales a la negociación colectiva y a la huelga es el derecho a acciones normativas de protección de estos derechos por parte del Estado; lo cual, lógicamente, tiene como correlato el deber del Estado de dictar tales normas. Ello se concreta con la emisión de normas estatales que establezcan las obligaciones y prohibiciones legales necesarias para garantizar el efectivo ejercicio del derecho (*garantías primarias o sustantivas*), así como los mecanismos a través de los cuales puede obtenerse la reparación o sanción judicial de las lesiones del derecho (*garantías secundarias o procesales*).

En el capítulo anterior también se dio cuenta de cómo las obligaciones y prohibiciones legales establecidas como *garantías primarias o sustantivas* de los derechos de negociación colectiva y de huelga tienen como “criterio de imputación” la condición de empleador. Es decir, las obligaciones y prohibiciones que la LRCT establece para garantizar el adecuado ejercicio de los derechos negociación colectiva y de huelga son atribuidas a quien ocupa la posición de empleador en el contrato de trabajo.

Así, es el empleador quien, una vez recibido o notificado el pliego, está obligado a negociar con la organización sindical, a la vez que tiene prohibido realizar cualquier acto que pueda resultar lesivo a la contraparte durante la negociación (por ejemplo, despedir u hostilizar dirigentes sindicales o miembros de la comisión negociadora, promover desafiliaciones, etc.). Asimismo, es el empleador quien tiene la obligación legal de proporcionar, tanto a los representantes de los trabajadores como al Ministerio de Trabajo, información sobre la situación económica, financiera y laboral de la empresa.

Otro tanto ocurre con el derecho de huelga, pues ante una huelga que es declarada de acuerdo a los requisitos legales, el empleador está prohibido de reemplazar a los trabajadores comprendidos dentro del ámbito de la huelga, sea mediante la contratación

directa o indirecta de trabajadores, así como a través del desplazamiento interno de personal, así como de retirar las maquinarias, materias primas u otros bienes del centro de trabajo, salvo circunstancias excepcionales con conocimiento previo de la autoridad de trabajo.

Repárese que la noción de empleador, explícita en algunos ordenamientos jurídicos (como los de España, Chile y Colombia, por citar algunos ejemplos) e implícita en otros (como es el caso de Perú), se ha construido sobre la base de los elementos esenciales del contrato, como son: la prestación personal de servicio, el vínculo de subordinación o dependencia y el carácter remunerado del servicio, siendo la subordinación el factor fundamental que permite identificar la existencia de una relación laboral.

Así, por ejemplo, el Estatuto de los Trabajadores español considera empleadores o empresarios a todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciben una prestación de servicios personales, retribuidos por cuenta ajena y dentro de su ámbito de organización y dirección. El Código del Trabajo de Chile, por su parte, define al empleador como “la persona natural o jurídica que utiliza los servicios intelectuales o materiales de una o más personas en virtud de un contrato de trabajo”. De igual modo, el Código Sustantivo del Trabajo de Colombia entiende por empleador a quien recibe un servicio personal, bajo continuada dependencia y subordinación, y lo remunera.

En el caso peruano, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, cuyo Texto Único Ordenado ha sido aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, no contiene una definición de empleador; sin embargo, de una lectura conjunta de sus artículos 4 y 9, puede colegirse que es empleador aquel que recibe una prestación personal de servicios, la misma que se realiza a cambio de una remuneración y bajo relación de subordinación (esto es, en sujeción al poder de dirección del empleador).

El hecho que las *garantías primarias o sustantivas* de los derechos de negociación colectiva y de huelga tengan como “criterio de imputación” la posición contractual de empleador no importa mayores inconvenientes en aquellos casos en los que existe aún una identidad entre, por un lado, quien tiene la condición de empleador y, por otro lado, la persona natural o jurídica que detenta la titularidad de la empresa, entendida esta como una unidad de organización integrada por elementos personales, materiales e inmateriales, dedicada a la producción de bienes o prestación de servicios.

Sin embargo, la posición de empleador como “criterio de imputación” de las garantías de los derechos de negociación colectiva y de huelga (dicho de otro modo, el que sea el contrato de trabajo el eje de estas garantías), sí conlleva algunos problemas cuando se trata de procesos de descentralización productiva, estrategia de gestión empresarial que, como apunta Sanguineti (2008), está basada en la combinación de tres elementos: a) la fragmentación y externalización de las actividades que integran un único ciclo de producción; b) el empleo de empresas especializadas y proveedores externos, normalmente en régimen de subcontratación, para su atención; y c) la coordinación global de las actividades de estos últimos por parte de la empresa principal, que mantiene así el control del entero proceso de producción pese a su disgregación” (p. 4).

En estos casos, pese a que buena parte de las fases o actividades del ciclo productivo han sido externalizadas y desplazadas a otras empresas, legalmente independientes, que las llevan a cabo con su propio personal, normalmente a través de mecanismos de subcontratación o de franquicia, la empresa matriz o principal mantiene -sea a través de vínculos societarios o de técnicas jurídico-contractuales- el control del ciclo productivo, visto de manera global.

Como se vio en el capítulo anterior, las realidades empresariales han experimentado importantes cambios, producto de las transformaciones de los procesos productivos y las nuevas formas de organización empresarial. Sin embargo, la regulación legal de los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, y más específicamente, las garantías sustantivas de estos derechos, siguen tomando como referencia la empresa tradicional, propia de los modelos productivos fordista/taylorista, donde existe una relación de identidad empleador-empresario. De este modo, estas garantías no toman en cuenta fenómenos empresariales como los grupos de empresas y las redes empresariales, lo cual debilita su eficacia protectora, haciéndose bastante difícil el adecuado ejercicio de la autonomía colectiva de los trabajadores en dichos escenarios.

2.2. Intentos de reconstruir los vínculos entre la realidad empresarial y el derecho colectivo de trabajo

En los escenarios surgidos de los procesos de descentralización productiva, muchos trabajadores prestan sus servicios vinculados contractualmente con un empresario que tiene respecto de ellos la condición de empleador, pero dichas prestaciones se insertan en ciclos productivos que, en términos globales, están controlados por otro empresario. De este modo, se está ante actividades productivas que se sustentan en formaciones

reticulares o grupos empresariales, con estructuras bastante más complejas que las de la empresa tradicional, y donde una empresa matriz o principal mantiene una coordinación estrecha con otros empresarios, sea mediante vínculos societarios o técnicas jurídico-contractuales.

En este contexto, puede verse que existe una desconexión entre, por un lado, el derecho colectivo de trabajo y sus instituciones fundamentales: la libertad sindical, la negociación colectiva y el derecho de huelga, y, por otro lado, las realidades empresariales que operan como ámbitos de ejercicio de la autonomía colectiva. Es preciso señalar, sin embargo, que esta desconexión no es exclusiva de las instituciones del derecho sindical o colectivo. Por el contrario, la entera construcción del derecho del trabajo ha estado apoyada sobre el modelo de “empresa tradicional” y, por ende, sobre la clásica relación de empleador-empresario.

Esto ha llevado a que, desde la doctrina y la jurisprudencia, primero, y desde las legislaciones nacionales y normas supranacionales, después, se ensayen distintas respuestas con el objetivo de que tanto las instituciones jurídicas aplicables a las relaciones individuales como las manifestaciones de la autonomía colectiva sigan cumpliendo su función histórica en el nuevo escenario.

Sanguineti (2013) agrupa en dos vías las distintas construcciones o propuestas con las que se ha buscado responder a los desafíos que, para el derecho del trabajo, plantean los nuevos modelos o paradigmas productivos. Así, mientras un primer tipo de respuestas consiste en una “recomposición dogmática de la noción de empleador”, es decir, en reformular la noción misma de empleador, adecuándola a las nuevas realidades generadas por las transformaciones de los procesos productivos y las formas de organización empresarial; otra opción pasa, en cambio, por llevar a cabo una “reconstrucción sistemática” de las instituciones básicas del derecho del trabajo, que altere la forma como éstas han venido siendo concebidas y aplicadas hasta el momento, con el fin de adaptarlas a las nuevas situaciones originadas por la descentralización de las empresas (pp. 236 y 240).

Aunque a través de procedimientos distintos, ambas opciones se encaminan, en última instancia, hacia la consecución del mismo objetivo: “tratar de reconstruir desde una base distinta los vínculos entre el sujeto empleador y la organización que sustenta el desarrollo de la actividad productiva sobre los que ha estado apoyada hasta etapas muy recientes la construcción del Derecho del Trabajo” (2013, p. 252).

2.2.1. Intentos de reformular la noción de empleador

Como se señaló líneas arriba, la figura del empleador está conceptualizada sobre la base del contrato de trabajo. Concretamente, la condición de empleador que se atribuye a un determinado sujeto en el marco del contrato de trabajo, está vinculada con el ejercicio de las facultades propias del poder de dirección, que se presenta a su vez como correlato de la subordinación.

Ahora bien, el desarrollo de estrategias de descentralización productiva y de fórmulas de vinculación y cooperación empresarial como las que se materializan en los grupos de empresas y las redes empresariales, respectivamente, han llevado a que se construyan nuevos conceptos que conllevan replantear el criterio por el cual se atribuye la condición de empleador.

Una de estas construcciones es la del “empleador complejo o incompleto” elaborada por el Tribunal Supremo y los tribunales superiores de justicia españoles a fin de dar respuesta a los problemas que presenta la identificación del empleador real en el seno de las redes empresariales, a partir de los criterios de imputación previstos por el artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores. Al respecto, haciendo un repaso de la jurisprudencia de estos tribunales, Sanguinetti (2018) señala que este concepto parte de considerar que es posible que haya una disociación entre los distintos componentes o atributos propios del poder de dirección, por lo que pueden existir supuestos en los que se registre una distribución o reparto de estos atributos, inherentes a la condición de empleador, entre varios sujetos, reservándose a uno las facultades de ordenación general del desarrollo de la actividad y atribuyéndose a otros las de concreción de su aplicación, derivándose de ello la configuración de una “postura empresarial común de características complejas” (pp. 141-142)..

Un sector de la doctrina española plantea, en cambio, llevar a cabo una reconstrucción o recomposición del concepto de empleador sobre la base, no del ejercicio del poder de dirección, sino del control del proceso productivo global dentro del que se inserta la prestación de servicios del trabajador. Este planteamiento es el que se presenta como la tesis del “empleador indirecto o mediato”; respecto del cual, se subraya la evidente discordancia de esta tesis con la configuración contractual de empleador que consagra el Estatuto de los Trabajadores español (Sanguinetti, 2018, pp. 146-147).

No obstante todo ello, las causas judiciales en las que estas tesis han sido esbozadas han tenido que ver, por lo general, con el pago de créditos laborales y demás obligaciones individuales, de modo que estas construcciones jurisprudenciales aparecen circunscritas al marco de las relaciones individuales de trabajo.

En lo que se refiere al ejercicio de la autonomía colectiva, es posible identificar dos construcciones, una tanto jurisprudencial como legislativa, y otra enteramente jurisprudencial, en las que, manteniendo la figura del empleador como “centro de imputación subjetiva” de las obligaciones y prohibiciones que constituyen las garantías sustantivas de los derechos de negociación colectiva y de huelga, se propone recomponer el concepto de empleador: el concepto de “un solo empleador para efectos laborales” incorporado al Código del Trabajo de Chile y la construcción del “empleador plural” en el derecho laboral uruguayo.

2.2.1.1. El concepto de “un solo empleador para efectos laborales” en el Código del Trabajo chileno

El artículo 3 del Código del Trabajo de Chile, modificado por la Ley N° 20.760, del 4 de Julio de 2014, señala que dos o más empresas serán consideradas como “un solo empleador para efectos laborales y previsionales”, cuando tengan una “dirección laboral común”, y concurren a su respecto condiciones tales como la similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o presten, o la existencia entre ellas de un controlador común. Ello tiene como efecto que los trabajadores de todas las empresas consideradas como un solo empleador podrán constituir uno o más sindicatos que los agrupen y, asimismo, podrán negociar colectivamente con todas las empresas que han sido consideradas como un empleador, siendo obligatorio para el empleador negociar con dichos sindicatos.

a) De la “unidad económica” a la consideración de “un solo empleador para efectos laborales y previsionales:

Desde el año 2000, los tribunales laborales de Chile han desarrollado la doctrina jurisprudencial de la “unidad económica”, según la cual un grupo de empresas se configura en una unidad económica -y, por tanto, es considerado como un solo empleador para efectos del cumplimiento de obligaciones laborales- “en cuanto se constituye en empresas relacionadas que se organizan de tal manera que las hace actuar ante los trabajadores y terceros como una sola empresa, y ello tanto en el plano

de los recursos humanos como en la perspectiva administrativa financiera” (Rojas Miño, 2016, pp. 144-145).

En algunos casos, los juzgados de trabajo han exigido la presencia de los siguientes elementos:

Una organización de personas y de elementos materiales e inmateriales; Una dirección bajo la cual se ordenan estas personas o elementos; La prosecución de una finalidad que puede ser de orden económico, social, cultural o benéfico; Que esta organización esté dotada de una individualidad legal determinada²⁹.

La “unidad económica” aparece definida a partir de las características de una empresa, al menos desde el punto de vista laboral. Ello por cuanto, desde esa perspectiva, la empresa consiste básicamente en *la organización de personas y de elementos materiales e inmateriales, bajo una dirección unitaria, para el logro de objetivos comunes (que pueden ser de orden económico, social, cultural o benéfico), con la concurrencia de una individualidad legal determinada.*

De este modo, los juzgados de trabajo han considerado que se está ante una “unidad económica” cuando se acredita judicialmente la presencia de elementos tales como: a) la existencia de una administración general y común a todas las empresas; b) la prestación de servicios para cualquiera de las empresas de forma indistinta; c) el establecimiento de planes y proyectos de carácter general; d) la existencia de una oficina central, donde se encontraban los sistemas contables, de ventas, comerciales y de inventarios de todas las empresas; e) la existencia de unidad financiera; y, f) la concurrencia a un fin común en cuanto a la producción o prestación de determinados bienes o servicios³⁰.

En otros casos, para declarar la “unidad económica”, los juzgados de trabajo han requerido la acreditación de los siguientes elementos: a) la confusión o identidad de

²⁹ Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago, 16 de marzo de 2010, RIT O-3721 de 2010, acción de nulidad del despido.

Disponible en: <https://laboral.pjud.cl/SITLAPORWEB/InicioAplicacionPortal.do>

³⁰ Primer Juzgado del Trabajo de Santiago, 3 de diciembre de 2010, RIT O 2446 de 2010, acción en juicio de aplicación general por despido injustificado, Considerando Octavo. Disponible en: <https://laboral.pjud.cl/SITLAPORWEB/InicioAplicacionPortal.do>

patrimonios entre sociedades del grupo, b) el compartir representantes, o directores, o ejecutivos; c) la existencia de un domicilio común o funcionamiento en el mismo inmueble; d) la apariencia externa de unidad empresarial; e) la gestión común, dirección o administración de alguna o algunas de las sociedades por otra; f) ejercicio del mismo rubro o giros complementarios; y g) prestación de servicios para cualquiera de las sociedades del grupo en forma sucesiva o simultánea³¹.

Con respecto a la individualidad legal de la que debe estar dotada la “unidad económica”, esta ha sido entendida por los juzgados de trabajo no como la personería jurídica, sino como la unidad jurídico laboral que resulta de la unidad económica (empresarial, comercial, patrimonial, etc.), en base del principio de primacía de la realidad y más allá de la división formal en distintas razones sociales. Es decir, más que un elemento adicional que debe ser también acreditado en juicio, consiste en el empleo de la técnica judicial del “levantamiento del velo societario” .

Si bien las primeras causas resueltas por los tribunales laborales estuvieron referidas al pago de obligaciones individuales de trabajo, la tesis de “unidad económica” sirvió luego para considerar a los grupos de empresas como ámbito de ejercicio de los derechos colectivos. Así, por ejemplo, tras declararse en un caso la existencia de una “unidad económica”, el órgano jurisdiccional determinó que el sindicato demandante quedaba facultado para: “a) Afiliar a cualquier trabajador que preste servicios actualmente, o en el futuro, para alguna de las empresas demandadas. b) Representar a cualquier trabajador en calidad de afiliado o adherente que mantenga relación laboral vigente con cualquiera de las empresas demandadas, al momento de encontrarse su organización sindical en un proceso de negociación colectiva”³².

³¹ Sentencia del Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago, de 26 de julio de 2013, Rit O 1369 de 2013, acción en juicio de aplicación general por despido indirecto, Considerando Vigésimo tercero. Disponible en: <https://laboral.pjud.cl/SITLAPORWEB/InicioAplicacionPortal.do>

³² Sentencia del Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago, de 28 de diciembre de 2011, RIT O-1601-2011, acción de declaración de mera certeza de unidad económica empresarial, parte resolutive. En sentido similar, sentencia del Segundo Juzgado del Trabajo de Santiago, de 7 de septiembre de 2012, RIT O 2017 de 2012, acción de declaración de derechos; y, sentencia del Primer Juzgado del Trabajo de Santiago de 28 de enero de 2013, RIT O-3770- 2011, acción de declaración de empresa. Todas disponibles en: <https://laboral.pjud.cl/SITLAPORWEB/InicioAplicacionPortal.do>

En la última de las sentencias mencionadas, y tras quedar acreditado que entre las sociedades del grupo existía una confusión de altos directivos, un controlador común, el ejercicio de giros complementarios, la prestación de servicios de forma indistinta (mediante la subcontratación de trabajadores), un domicilio común, y la aplicación de modelos de organización y procesos estándar, el tribunal señaló que: “(...) es dable concluir que puede considerarse que un grupo

El 09 de julio de 2014 se publica la Ley N° 20.760, la cual, siguiendo la doctrina jurisprudencial de la “unidad económica”, va a regular la configuración del grupo de empresas como “un solo empleador para efectos laborales y previsionales”. Así, se modifica el artículo 3 del Código del Trabajo, señalando que “(d)os o más empresas serán consideradas como un solo empleador para efectos laborales y previsionales, cuando tengan una *dirección laboral común* [énfasis agregado], y concurren a su respecto condiciones tales como la similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o presten, o la existencia entre ellas de un controlador común”.

La modificatoria también señala que los trabajadores de todas las empresas consideradas como un solo empleador podrán constituir uno o más sindicatos que los agrupen, o mantener sus organizaciones existentes; podrán, asimismo, negociar colectivamente con todas las empresas que han sido consideradas *como un empleador*, o bien con cada una de ellas. Además de ello, establece la obligación del empleador de negociar colectivamente con los sindicatos interempresa (es decir, que afilien a trabajadores de dos o más empresas distintas) que agrupen exclusivamente a trabajadores dependientes de empresas que hayan sido declaradas como un solo empleador.

Si bien existen criterios divergentes en la doctrina respecto del sentido y alcance del concepto de “dirección laboral común”³³, la Dirección de Trabajo del Ministerio de Trabajo de Chile ha señalado que “el principal requisito que debe acreditarse para que dos o más empresas sean consideradas como un solo empleador para efectos laborales y previsionales, está constituido por la “dirección laboral común”, para lo cual debe atenderse a quién ejerce la facultad de organización laboral de cada unidad, con preeminencia de la razón social conforme a la cual cada empresa obtiene su

de empresas relacionadas, nacidas de una división, fusión, filialización o transformación, pertenecientes a un grupo, que actúan entre sí como entidades jurídicamente autónomas e independientes, pero con fuertes lazos de cooperación, *puedan ejercer todas las facultades propias del empleador respecto de sus trabajadores* [énfasis agregado], quien se desempeña para cualquiera de ellas sin perjuicio de estar ligado formalmente –mediante contrato de trabajo escrito- sólo con una, situación que en la práctica le genera incertidumbre respecto de la persona de su empleador, quien muchas veces a través de este carácter difuso busca burlar la percepción de derechos básicos e irrenunciables del dependiente”.

³³ Al respecto, puede verse: Fernández Toledo (2015); Palavecino Cáceres (2016); Rojas Miño (2016).

individualidad jurídica. La dirección laboral común constituye, de esta forma, el elemento obligatorio e imprescindible para determinar la existencia de un solo empleador³⁴.

La “dirección laboral común” -prosigue señalando la Dirección de Trabajo- debe interpretarse armónicamente como un concepto normativo nuevo que se compone, por una parte, de los elementos necesarios para determinar, en la práctica, la relación laboral existente entre un trabajador y un empleador, y por otra, de los elementos propios del avance de la doctrina de la “unidad económica”, desarrollada por los tribunales chilenos.

Para mayor claridad respecto de los dos componentes de la “dirección laboral común” (existencia de un mismo poder de dirección laboral y “unidad económica”), la Dirección de Trabajo cita parte de la sentencia del Primer Tribunal del Trabajo de Santiago, causa RIT O-3770-2011, en la cual se señala que “la unidad económica entendiéndola referida a un proceso productivo similar o complementario (revela) una gestión en común del trabajo y un poder de dirección laboral sobre sus trabajadores con prescindencia de las razones sociales, pues la dirección se realizaba por personas de cualquiera de las demandadas”. En este caso, el juzgado consideró que las empresas demandadas habían actuado como empleadores de una misma trabajadora de manera indistinta, recordando que “el empleador es quien detenta la titularidad del trabajo, comprendiendo las facultades de dirección, organización y aprovechamiento de los servicios”.

De otro lado, lo que la Ley N° 20.760 denomina “condiciones tales como la similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios que elaboren o presten, o la existencia entre ellas de un controlador común”, es entendido por la Dirección de Trabajo -en coincidencia con alguna jurisprudencia- como “elementos indiciarios o meramente indicativos y no taxativos”, en tanto revelan una unidad de propósitos entre las distintas entidades empresariales, a los que podría recurrir el juez al momento de sustentar o robustecer la fundamentación de la “dirección laboral común”.

De este modo, “la dirección laboral común, el elemento determinante, puede verse reforzada mediante la concurrencia de alguno de los elementos indiciarios contenidos en la norma o a través de otros indicios”. Ciertamente, queda excluida la mera circunstancia de participación en la propiedad de las empresas, pues la propia ley señala

³⁴ Dictamen 3406/54, del 03 de setiembre de 2014, de la Dirección de Trabajo del Ministerio de Trabajo de Chile.

que esta situación no configura por sí sola alguno de los elementos o condiciones señalados.

El grupo de empresa como “empresario laboral”

Concepto	Elemento imprescindible	Indicios adicionales
Dos o más empresas consideradas un solo empleador para efectos laborales y previsionales.	Dos o más empresas bajo una “dirección laboral común” : constituyen una “unidad económica” y sus trabajadores están sometidos al mismo poder de dirección .	Similitud o necesaria complementariedad de los productos o servicios elaborados o prestados.
		Existencia de un controlador común.
		Otros indicios: confusión o identidad de patrimonios, domicilio unitario, etc.

Elaboración: propia.

La consideración de dos o más empresas como un solo *empresario laboral* solo aplicaría en determinados supuestos en los que, además de existir un conjunto económico o grupo de empresas, se verifica una gestión común del personal o un funcionamiento integrado de la organización del trabajo (por ejemplo, la prestación de servicios al grupo de forma indiferenciada o a varias empresas del grupo de modo simultáneo o sucesivo,). Además, hay que tener en cuenta que algunos de los indicios considerados por la jurisprudencia no necesariamente son parte de la definición del grupo de empresas, como es el caso de la confusión de patrimonios³⁵.

Además, quedan fuera de esta construcción legislativa un fenómeno de uso cada vez más extendido: las redes empresariales formadas a partir de estrategias de descentralización productiva, sea que de recurra a procesos de subcontratación de

³⁵ El que deban concurrir elementos o indicios adicionales como la confusión de patrimonios, confusión de planillas, etc., no significa que estemos necesariamente ante un grupo de empresas “patológico”, es decir ante un uso fraudulento o ilícito de la figura de los grupos de empresas. Para que ello ocurra, el Código del Trabajo exige que haya una alteración maliciosa de la individualidad del empleador a través del establecimiento de distintas razones sociales, la creación de identidades legales, la división de la empresa o cualquier otro “subterfugio” que signifique una disminución o pérdida de los derechos laborales individuales o colectivos de los trabajadores, incluidos el derecho a sindicalización o a negociar colectivamente, en cuyo caso, además de pronunciarse e individualizar a las empresas que serán consideradas como un solo empleador para efectos laborales y previsionales, el juzgado impondrá a los infractores una multa.

actividades o servicios, contratos de franquicia, entre otras formas de colaboración interempresarial.

b) Aplicación de la tesis al ámbito de los derechos colectivos:

Los cambios introducidos por la Ley N° 20.760 van regular también las consecuencias de la declaración del grupo de empresas como “una sola empresa para efectos laborales y previsionales” en el ejercicio de los derechos colectivos de sindicación y negociación colectiva.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que el Código del Trabajo chileno establece una negociación colectiva reglada, en la cual se reconoce el deber de negociar del empleador y el derecho de huelga de los trabajadores, solo en el ámbito de empresa (Título IV del Libro IV). Además, de acuerdo a las normas generales, los sindicatos interempresa, es decir, aquellos que agrupan a trabajadores de dos o más empleadores distintos, carecen de titularidad para negociar colectivamente en ese ámbito.

Sin embargo, con la Ley N° 20.760 se establece expresamente que los trabajadores de todas las empresas consideradas como un solo empleador podrán constituir uno o más sindicatos que los agrupen, o mantener sus organizaciones existentes. Asimismo, se estipula que los trabajadores de las empresas consideradas como un solo empleador podrán negociar colectivamente con todas estas empresas, o bien con cada una de ellas. Además, prevé que los sindicatos interempresa que afilien exclusivamente a trabajadores dependientes de empresas que hayan sido declaradas como un solo empleador, podrán presentar proyectos de contrato colectivo, siendo obligatorio para el empleador negociar con dichos sindicatos.

De este modo, la presentación y tramitación de los proyectos de contrato colectivo de los sindicatos que afilian trabajadores de empresas consideradas como un solo empleador, incluyendo los sindicatos interempresa que cumplan con estas características, pasan a regirse por las normas de la negociación colectiva reglada, con las consecuencias señaladas anteriormente, es decir, la obligación de negociar del empleador y el derecho de huelga por parte de los trabajadores durante la negociación.

2.2.1.2. La figura del “empleador complejo” en el derecho laboral uruguayo y su aplicación a los derechos colectivos en el trabajo

Como anota Castello (2019), la figura del “empleador complejo” tiene entre sus antecedentes la teoría de la *personalidad laboral del empleador*, creación doctrinaria y jurisprudencial con la que el derecho laboral uruguayo, recurriendo a la autonomía de la del derecho del trabajo y a la aplicación de sus propios principios, buscó responder a aquellos casos dudosos sobre quién es el verdadero empleador, y que consiste en otorgar personería laboral a determinadas realidades y formas de relacionamiento empresarial, sin que esto implique otorgarles personería para todos los efectos jurídicos, pudiendo también privar de efectos, dentro del campo laboral, la personería derivada del derecho civil o comercial (pp. 80-81).

Con el tiempo, la teoría de la *personalidad laboral del empleador* se ha ido aplicando a distintas realidades empresariales, entre ellas, la de las empresas suministradores de mano de obra temporal, la subcontratación de obras y servicios, la empresa multinacional y el grupo económico (Castello, 2019, p. 81). Así, se ha aplicado para imputar responsabilidad patrimonial a personas jurídicas o naturales que no fueron las contratantes del trabajador, pero utilizaron sus servicios o son beneficiarias de los mismos. El ejemplo paradigmático es el de los grupos de empresas o conjuntos económicos que son considerados un único empleador y, como consecuencia de ello, todas las empresas integrantes del grupo son solidariamente responsables por los créditos que adeude cualquiera de ellas (Castello, 2019, pp. 82-83).

En el caso del grupo de empresas, definido por la doctrina laboralista uruguayo como el “conjunto de empresas *aparentemente autónomas* pero sometidas a una *dirección económica única*”, se ha considerado que se trata, en realidad, de una unidad (económica) formada bajo la pluralidad de personas aparentemente distintas, por lo que el grupo se convierte en la verdadera y única empresa subyacente (Plá, 1981, p. 190).

En ese sentido, la justicia laboral uruguayo ha imputado o trasladado deudas laborales a los grupos de empresas, considerándolos un único empleador. Si bien se llega a esta conclusión por la aplicación del principio de primacía de la realidad y del principio protector, se recurre a la *personalidad laboral del empleador* para concluir que es el grupo como conjunto el que se constituye como único empleador pese a la pluralidad de componentes que se expresa, en el plano jurídico, a través de varias personas naturales o jurídicas independientes.

No obstante, el ejemplo de los grupos de empresas planteado por Plá aparece referido a aquellos casos en los que, además de un *único poder de decisión* y una *estructura económica unitaria*, existe una integración de la mano de obra y, como consecuencia de ello, una prestación de servicios simultánea o sucesiva a varias empresas del grupo por parte del mismo personal. Está claro que, en estos casos, más allá de las formalidades jurídicas que reviste a cada sociedad, el grupo constituye un solo empleador a efectos laborales. Por ello, puede afirmarse que se trata de un primer momento en la aplicación de la teoría de la *personalidad laboral del empleador* a las nuevas formas de organización de la producción.

El segundo momento lo representa, precisamente, el concepto de “empleador complejo”, desarrollado por la jurisprudencia uruguaya.

Al respecto, Castello (2019) da cuenta de numerosas resoluciones judiciales que, desde finales de la década de 1980 han considerado que se configura un “empleador complejo” en los casos en que se verifica una relación triangular de trabajo. Así, señala que se aplicó esta figura a una empresa de trabajo temporal que contrató y pagó trabajadores para ponerlos a disposición de una empresa cliente o usuaria, de modo que la primera actuó como empleador formal y la segunda como empleador sustancial (por la subordinación laboral y beneficio económico). También, a una empresa franquiciante que intervino en las políticas laborales y la planilla de trabajadores del franquiciado; otro tanto ha ocurrido en los casos de “contratos de distribución” en los que el fabricante o concedente ha mantenido poderes intensos de contralor sobre el distribuidor, incluyendo la posibilidad de tener decisión sobre aspectos de su plantilla laboral (pp. 86-87).

Como se ve, la figura de “empleador complejo” se ha aplicado frente a los casos de tercerización, franquicia y otros procesos de descentralización productiva, en los que la justicia laboral ha identificado que, junto al empleador formal, concurre otro empresario con una fuerte injerencia o intromisión en el poder de organización laboral del primero, al punto de considerar que existe un ejercicio compartido del *poder de dirección del empleador*³⁶. Se trata, entonces, de situaciones poco comunes, en las que las facultades

³⁶ A partir de estos criterios jurisprudenciales, el 7 de febrero de 2007, se publicó la Ley N° 18.099, cuyo artículo 1 establece la responsabilidad solidaria de todo patrono o empresario que utilice subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra, respecto de las obligaciones laborales de éstos hacia los trabajadores contratados, así como del pago de las contribuciones a la seguridad social, de la prima de accidente de trabajo y enfermedad profesional y de las

o atribuciones derivados del *poder de dirección del empleador* aparecen distribuidos o repartidos entre dos o más empresarios, de allí que se hable también de un “empleador incompleto”³⁷.

Caso distinto es que, en el marco de las distintas técnicas jurídico-contractuales de colaboración interempresarial (subcontratación, franquicia, contrato de distribución, etc.), una empresa adecúe su organización laboral para cumplir los términos o condiciones contractuales acordadas con otra empresa. Así, por ejemplo, la propia lógica organizativa de las franquicias hace altamente probable que se registren niveles relevantes de injerencia del titular del modelo de negocio sobre las actividades del encargado de su puesta en marcha (Sanguineti, 2018, p. 143).

2.2.2. Intentos de reconstruir las instituciones del derecho colectivo del trabajo

Como se señaló anteriormente, un primer camino consiste en la reconstrucción sistemática de las instituciones del derecho del trabajo de cara a la descentralización productiva y las estructuras empresariales complejas que resultan de ella.

En lo que atañe al derecho colectivo del trabajo, esta opción consistiría en adaptar las instituciones de la autonomía colectiva, centralmente, los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, a las nuevas formas de organización empresarial en las que se sustenta el desarrollo de los procesos productivos, básicamente a las estructuras complejas de los grupos de empresas y las redes empresariales, más allá de los contornos del contrato de trabajo que vincula al trabajador con cada empresario jurídicamente independiente.

Al respecto, se identifican dos intentos de pensar el ejercicio de la autonomía colectiva en función a los cambios que ha sufrido la empresa como forma de organización que sustenta el desarrollo de los procesos productivos (en otras palabras, la crisis de la empresa tradicional y de la clásica relación empleador-empresario): el concepto de “Unidad Económica y Social” propio del derecho del trabajo francés y la consideración de los grupos de empresas y las redes empresariales como “unidades de negociación” en el Estatuto de los Trabajadores español.

sanciones y recuperos que se adeuden al Banco de Seguros del Estado en relación a esos trabajadores.

³⁷ Al respecto, véase Sanguineti (2018, pp. 140 y ss.)

Como se verá a continuación, las dos tesis antes mencionadas tienen ya recepción normativa; sin embargo, aún no llegan a reconstruir plenamente los vínculos entre la empresa como realidad económico-productiva y el ejercicio de la autonomía colectiva. Representan más bien avances parciales en el camino de replantear las instituciones del derecho laboral colectivo de cara a los nuevos fenómenos empresariales.

2.2.2.1. El concepto de “unidad económica y social” y el replanteamiento de (algunas) instituciones del derecho del trabajo francés

El concepto de *Unité Economique et Sociale* (UES, por sus siglas en francés), elaborado por la Corte de Casación de Francia a partir de 1970, permite que las estructuras complejas surgidas de los fenómenos de descentralización productiva sean consideradas como estructuras unitarias para el establecimiento de órganos de representación conjunta de los trabajadores, y reconocidos como niveles o ámbitos de negociación colectiva.

Al respecto, el Código del Trabajo digital define la UES de la siguiente manera:

Agrupación en una unidad de varias empresas jurídicamente diferenciadas con estrechos vínculos: actividades comunes o complementarias, unidad de gestión, comunidad de trabajadores con intereses comunes. El reconocimiento de una UES tiene lugar por acuerdo o decisión judicial y conduce al establecimiento de un órgano representativo conjunto del personal³⁸ (subrayado agregado).

La Sala de lo Social de la Corte de Casación francesa, en su resolución del 1 de noviembre de 2018, recurso n° 16-27690, ha señalado que “una unidad económica y social (UES) puede ser reconocida por acuerdo o por decisión judicial entre entidades jurídicamente distintas, tengan o no personalidad jurídica, tan pronto como se distinga entre estas estructuras, por un lado, una concentración de poderes de gestión dentro del perímetro considerado, así como una similitud o complementariedad de las actividades desarrolladas por estas distintas entidades, por otro lado, una comunidad de trabajadores resultante de su estatuto laboral y condiciones laborales similares que

³⁸ Traducido de: <https://code.travail.gouv.fr/glossaire/unite-economique-et-sociale>

pueden traducirse en la práctica por un cierta mutabilidad de los empleados”³⁹. De este modo, el concepto de la UES, recogido luego por el legislador francés en el Código del Trabajo, descansa en dos pilares básicos: la “unidad económica” y la “unidad laboral”⁴⁰.

Componentes del concepto de “unidad económica y social”

	Unidad económica	Unidad laboral
“Unidad económica y social”	<ul style="list-style-type: none"> • Dirección o gestión unitaria. • Similitud o complementariedad de las actividades desarrolladas por las diversas empresas. 	<ul style="list-style-type: none"> • Comunidad de trabajo: condiciones de trabajo similares, estatutos de trabajo análogos, permutabilidad del personal.

Elaboración: propia.

Como señala Gallardo (2018), las condiciones mencionadas son las que debe reunir una pluralidad de empresas para ser considerada como una estructura unitaria que integra a una comunidad de trabajadores subordinados (propios y ajenos) a los que faculta para construir un órgano de representación conjunto, a la vez que reconoce tal ámbito como nuevo nivel de negociación” (p. 241).

De este modo, cuando por acuerdo o decisión judicial, se verifica la existencia de un conjunto de empresas con las características mencionadas líneas arriba, se les toma como una unidad a efectos de que, por ejemplo, los trabajadores puedan constituir un órgano común de representación. Así, el Artículo L2313-8 del Código del Trabajo dispone que “Cuando una unidad económica y social compuesta por al menos once empleados es reconocida por convenio colectivo o por decisión judicial entre varias empresas legalmente distintas, se constituye un comité social y económico común”. La UES se aplica también para recomponer el ámbito donde tiene lugar la obligación de negociar la participación de los trabajadores en los resultados de la empresa, la organización del servicio de salud en el trabajo, la evaluación de la validez de los llamados “planes de protección del empleo”, las obligaciones empresariales en caso de despidos económicos, la obligación de negociar o establecer un plan de acción contra las dificultades en la empresa, entre otros aspectos de las relaciones laborales.

³⁹ Traducido de: <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/unite-economique-et-sociale-ues.php>

⁴⁰ Al respecto, puede verse: Gallardo (2018, pp. 240-241).

Cabe precisar, como lo ha hecho ya la Corte de Casación en la *Cassazione sociale* del 20 de octubre de 1999, N° 98-60398 (P), que "la noción de unidad económica y social y la de un comité de grupo son incompatibles", en el sentido que un conjunto de empresas que constituyen un grupo económico no puede, a su vez, ser reconocido como "unidad económica y social". Se trata, ciertamente, de ámbitos distintos de representación, ambos reconocidos como tales en el Código del Trabajo francés, por lo que, como señala la *Cassazione sociale* del 30 de mayo de 2001, N° 00-60111 (P), "la existencia de un comité de grupo que englobe a todas las empresas del grupo al que pertenezcan las dos personas jurídicas entre las que se solicita reconocer la existencia de una unidad económica y social no excluye la constitución de un comité de empresa central común a estas dos empresas".

Centrándonos en la representación de los trabajadores en la empresa, materia que tiene una regulación legal específica en el ordenamiento jurídico francés (por cuanto los "comités económicos y sociales" se configuran como uno de los canales a través de los cuales se articula la representación colectiva de los trabajadores; el otro canal, claro está, es de las organizaciones sindicales), se ve que la figura de la UES permite reconstruir o recomponer los ámbitos de representación colectiva de los trabajadores, de cara a los escenarios o fenómenos empresariales complejos. Aun cuando los componentes de la UES son similares a los elementos que definen la "dirección laboral común" del derecho del trabajo chileno (pues ambas construcciones exigen la existencia de una "unidad económica" y una gestión, más o menos unitaria, de las organizaciones de trabajo), en el caso francés se optó, no por la *reidentificación* del empleador, sino por un replanteamiento de la institución del derecho a la representación colectiva. Ello, probablemente, se deba a que, mientras la "dirección laboral común" se planteó inicialmente para la garantía de las obligaciones laborales y previsionales enmarcadas en una relación individual de trabajo, el concepto de la UES "ha dado una respuesta operativa para reconstruir las relaciones colectivas de trabajo en los escenarios de los empresarios complejos "(Gallardo, 2018, p. 241).

2.2.2.2. Los grupos de empresas y las redes empresariales como "unidades de negociación" en el Estatuto de los Trabajadores español

En España, a partir de los cambios introducidos por el Real Decreto Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, el Estatuto de los Trabajadores (ET) reconocen como niveles de negociación, además de los tradicionales ámbitos empresarial y sectorial, el de grupo de empresas y la "pluralidad

de empresas *vinculadas por razones organizativas o productivas* [énfasis agregado] y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación”.

Como anota el apartado V de su exposición de motivos del Real Decreto Ley 7/2011, esta norma trajo entre sus principales novedades, “la adaptación de la regulación a las nuevas realidades empresariales susceptibles de negociar convenios colectivos, como son los grupos de empresas o las denominadas empresas en red surgidas en el marco de procesos de descentralización productiva, a las que la norma se refiere como pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas”.

No obstante, es preciso aclarar que ya antes de esta reforma, el Tribunal Supremo español reconocía el “grupo de empresas” como unidad de negociación en la que era posible celebrar convenios colectivos, pese a no estar expresamente previsto en la relación de unidades de negociación del Título III del Estatuto de los Trabajadores.

En la primera de estas sentencias, que data de 1993, el Tribunal Supremo tuvo en cuenta la existencia de organizaciones de estructura compleja en las que la *unidad de dirección económica o administrativa* se proyecta sobre varias unidades productivas o de gestión, y consideró que este criterio de la “unidad de dirección” era el que debía utilizarse para trazar la línea divisoria entre convenios colectivos de empresa y de sector. De este modo, concluyó que las reglas sobre legitimación negocial aplicables en los denominados “grupos de Administraciones públicas” eran las normas sobre los convenios empresa⁴¹.

En la sentencia del 28 de octubre de 1999, el Tribunal Supremo fundamentó el reconocimiento de los convenios colectivos de grupo de empresas sobre la base del principio de libertad de elección del nivel de la negociación. Así, dejó sentado:

La razón principal en que puede apoyarse esta posición reiterada de la jurisprudencia es el principio o norma general de libertad de elección de la unidad de negociación de convenios de eficacia general que reconoce el art. 83.1 del ET. Es cierto que este principio (“Los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden”) puede estar sometido a

⁴¹ Sentencia del 15 de febrero de 1993 (Rec. 1972/1991), Considerando tercero. Disponible en: <https://vlex.es/vid/conflicto-colectivo-convenio-87-17758236>

algunas limitaciones legales y convencionales (...). Pero también parece claro que la libertad de elección conjunta de la unidad de negociación de los convenios estatutarios debe comprender, entre las opciones de las partes legitimadas para negociar una realidad de la vida económica objetivamente delimitada de tanta trascendencia en las relaciones de trabajo en la época actual como es el 'grupo de empresa'.⁴²

En la sentencia citada, el Tribunal consideró además que, ante la laguna legal sobre la legitimación para negociar en el caso del grupo de empresas, la normativa aplicable sería el reconocimiento directo de legitimación a las organizaciones sindicales representativas en dicho ámbito.

En la sentencia del 21 de diciembre de 1999, el Tribunal nuevamente reconoce la posibilidad de que la negociación colectiva se desarrolle en los supuestos de unidades empresariales complejas, en las que no negocia un único empresario, como persona física o jurídica también única, sino un conjunto empresarial dotado de un cierta unidad de dirección o de actuación, pero integrado por distintas personas que, aunque puedan constituir un grupo con homogeneidad en su actuación en el ámbito laboral, siguen siendo formalmente centros de imputación jurídica distintos, como sucede con los denominados grupos de empresa o en las Administraciones Públicas con los fenómenos de descentralización a través de entes instrumentales sometidos a la tutela de un centro directivo. La cuestión pasaba más bien por elegir la regla aplicable para determinar la legitimación negocial en estos casos⁴³.

En esta sentencia el Tribunal Supremo estableció un criterio mixto para determinar la legitimación negocial en los casos de estructuras complejas de dirección unitaria. En virtud de este criterio jurisprudencial, consolidado en posteriores pronunciamientos, hay que "diferenciar las reglas de legitimación en función de las partes de que se trate, aplicando la regla del artículo 87.1 del Estatuto de los Trabajadores (propias de los convenios de empresa) a la parte empresarial y la del número 2 y concordantes de ese mismo artículo (propias de los convenios de ámbito supraempresarial) a la de los trabajadores" [paréntesis agregado].

⁴² Sentencia del 28 de octubre de 1999 (Rec. 3441/1998), Considerando segundo. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/vid/-17763248>

⁴³ Sentencia del 21 de diciembre de 1999 (Rec. 4295/1998), Cuarto considerando. Disponible en: <https://supremo.vlex.es/vid/-17762692>

El Real Decreto Ley 7/2011 va a recoger este criterio jurisprudencial y extendiéndolo también a las redes empresariales, va a establecer -modificando los numerales 1 y 3 del artículo 87 del ET- que, cuando se trate de convenios colectivos para grupo de empresas, así como de convenios que afecten a una “pluralidad de empresas vinculadas”, la legitimación para negociar en representación de los trabajadores es la que se establece para los convenios sectoriales (es decir, se atribuye dicha legitimación a los sindicatos que tengan la consideración de más representativos, así como a los sindicatos con un cierto grado de representatividad); mientras que, estarán legitimados para negociar en representación de los empresarios, la representación de las empresas del grupo o de las empresas vinculadas.

Asimismo, con la reforma, el artículo 84 del ET dispone que los convenios colectivos para un grupo de empresas o una “pluralidad de empresas vinculadas” tendrán, en determinadas materias⁴⁴, igual prioridad aplicativa que el convenio colectivo de empresa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior.

El reconocimiento del grupo de empresas y la red empresarial como ámbitos de negociación conlleva que no sea necesario analizar ningún otro elemento, como la “unidad económica”, la “unidad laboral” o la existencia de una “*dirección laboral común*”. Basta que dos o más empresas o entidades conformen un grupo económico o que estén vinculadas por razones organizativas o productivas, para que sean consideradas como un ámbito unitario a efectos de la negociación colectiva.

No obstante, esta fórmula no está exenta de interrogantes. Así, cabe preguntarse: ¿basta la sola vinculación económica y productiva entre dos o más empresas o es necesario que estemos ante una vinculación estable o regular?

Al respecto, como se señaló anteriormente, la propia exposición de motivos del Real Decreto Ley 7/2011 dejó establecido que la nueva regulación buscaba adaptarse a las nuevas realidades empresariales de los grupos de empresas y las denominadas “empresas en red” surgidas en el marco de procesos de descentralización productiva,

⁴⁴ Materias tales como la cuantía del salario base y de los complementos salariales; el abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos; el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones; la adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores; las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal; entre otros señalas por el numeral 2 del artículo 84 del ET.

identificando estas últimas con lo que la norma denomina “una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas”.

López Cerdán describe la red empresarial como “una alianza estratégica *permanente* [énfasis agregado] entre un grupo limitado y claramente definido de empresas independientes, que colaboran para alcanzar objetivos comunes de mediano y largo plazo, orientados hacia el desarrollo de la competitividad de los distintos participantes”. A partir de ello, el autor señala que la red empresarial es un mecanismo de cooperación entre empresas, con afiliación voluntaria, donde cada participante mantiene independencia jurídica y autonomía gerencial, y buscan obtener beneficios individuales mediante la acción conjunta (2003).

Sin entrar a precisar los distintos mecanismos o técnicas jurídico-contractuales a través de las cuales se establecen vínculos de cooperación entre dos o más empresas legalmente distintas (subcontratación, franquicia, entre otros), es claro que, para hablar de “empresas en red” o de una “red empresarial”, dicha cooperación debe ser más o menos estable o permanente en el tiempo, quedando excluidas -por tanto- aquellas vinculaciones esporádicas u ocasionales. Sin embargo, el Real Decreto Ley 7/2011 nada dice al respecto.

De otro lado, si bien, a efectos de la negociación colectiva, el Real Decreto Ley 7/2011 equipara las redes empresariales con los grupos de empresas, esto también plantea algunos problemas o dificultades aplicativas debido sobre todo a las características diferenciadas de cada fenómeno. Así, mientras la representación del grupo empresarial podría recaer bien en la empresa matriz, definir esta representación será mucho más difícil en el caso de las empresas vinculadas.

Como anota López Cumbre (2015), pueden surgir incógnitas sobre la forma de distribuir la representación empresarial de manera proporcional (por el número de trabajadores de cada empresa, por el volumen de facturación, por el número de representantes unitarios, etc.) o debido a la posibilidad de que no todas las empresas lleguen a estar representadas, dado el número limitado de representantes de cada parte negociadora.

Esto viene a ratificar lo que se señaló líneas arriba, en el sentido que el solo reconocimiento de los grupos de empresas y las redes empresariales como unidades de negociación representan un avance, aún parcial, en el camino de replantear las

instituciones jurídico-laborales sobre la base de la empresa como realidad económico-productiva.

Repárese además en que pese a que el Estatuto de los Trabajadores reconocer la posibilidad de que se negocie colectivamente a nivel de grupo o de red empresarial, el Real Decreto-Ley 17/1977, sobre Relaciones de Trabajo, no hace mención a dichas estructuras como ámbitos del derecho de huelga. Si bien ello no supone, de modo alguno, que la huelga no pueda exceder el ámbito de la empresa, máxime si la huelga es entendida como acción de apoyo a reivindicaciones colectivas laborales (que, por lo general, tiene su cauce en la negociación colectiva), la omisión señalada sí implica, por ejemplo, que no se establezcan garantías específicas para el adecuado ejercicio de este derecho en los ámbitos de grupos de empresas y redes empresariales.

2.2.3. La tesis del empleador putativo o instrumental

2.2.3.1. Planteamiento de la tesis

Otra de las opciones que se ha planteado para lograr la tutela o protección de los derechos laborales frente a los problemas derivados de los procesos de descentralización productiva (y la consiguiente fragmentación empresarial), es la elaboración, desde bases tanto legislativas como puramente jurisprudenciales, de una noción de empleador de carácter meramente instrumental, con un ámbito y un contenido específicos; o mejor dicho, de “(una) suerte de *empleador instrumental, artificial o putativo*, en tanto que no siéndolo es tratado como tal a un concreto efecto” (Sanguinetti, 2018, p. 148). La creación de este *empleador putativo o instrumental* tendría lugar cada vez que, en relación con un particular efecto jurídico y una situación concreta, resulta necesario, por razones de coherencia sistemática y garantía de los derechos de carácter fundamental asociados a la tutela del trabajador subordinado, extender su aplicación a un sujeto diferente del empleador formal, aunque intensamente relacionado con él (Sanguinetti, 2018, p. 148).

Como señala Arce (2019), con la técnica del empleador putativo o instrumental “ya no es necesario probar el ejercicio de un poder de dirección para convertirse en centro de imputación de obligaciones laborales” (p. 96).

Sin embargo, la tesis del empleador putativo o instrumental no sigue el mismo camino que las construcciones jurisprudenciales o legislativas que proponen una redefinición de

la noción de empleador (es decir, las tesis de “empleador complejo” y de “empleador indirecto o inmediato”), pues la figura de un empleador meramente putativo, instrumental a la protección de un determinado derecho fundamental del trabajador, realmente no plantea un concepto de empleador distinto al que se maneja hoy en día.

Lo que se propone con la tesis del “empleador putativo o instrumental” no es una reformulación de la noción de empleador, definida sobre la base del contrato de trabajo y, más concretamente, en función a la recepción de la prestación laboral y al ejercicio del poder de dirección. Lo que plantea, en cambio, es atribuir a un empresario distinto del empleador determinadas obligaciones y prohibiciones que la ley impone al empleador como garantías de un derecho fundamental laboral.

En ese sentido, cabe preguntarse si no se está acaso ante un replanteamiento de una institución jurídico-laboral (en estos casos, el derecho fundamental laboral cuya garantía se extiende más allá de las fronteras del contrato de trabajo).

Repárese, sin embargo, que con la tesis del “empleador putativo o instrumental” no se llega a rediseñar la configuración legal del derecho fundamental. En el caso de la negociación colectiva, este replanteamiento tendría que abarcar, por ejemplo, no solo la extensión del deber de negociar y de la obligación de brindar información económico-financiera, sino también toda la regulación referida a los sujetos legitimados para intervenir en la negociación, los niveles, los contenidos y el procedimiento de la negociación, entre otros aspectos. Igual ocurre con el derecho a la huelga, pues un replanteamiento de esta institución de cara a los nuevos fenómenos empresariales no solo conllevaría el reconocimiento de las estructuras empresariales complejas como ámbitos materiales para el ejercicio de este derecho, y la extensión del “deber de soportar” las consecuencias o efectos de la huelga (cuya concreción legal, en el Perú, consiste básicamente en la prohibición de reemplazar a los huelguistas), sino también una redefinición de las reglas que regulan el ejercicio y los límites de este derecho; por ejemplo, la comunicación previa de la medida de huelga y la cobertura de los servicios mínimos en caso de servicios esenciales y actividades indispensables.

Sin duda, cuando se asume la tesis del “empleador putativo o instrumental” y se extienden las garantías de un derecho fundamental laboral más allá de los contornos del contrato de trabajo se está dando un primer e importante paso hacia el replanteamiento sistemático de dicha institución. No obstante, en tanto se transcurre por

este camino, se busca asegurar que el derecho no quede privado de las garantías básicas para su efectivo ejercicio.

El empleador, definido así sobre la base del ejercicio del poder de dirección, sigue siendo tal. Empero, desde un enfoque más pragmático, algunas obligaciones o prohibiciones con las que se busca garantizar un determinado derecho constitucional, y que recaen sobre el empleador, se extienden a otros sujetos que no tienen, y quedan sin tener, dicha condición. Es decir, estos otros sujetos son tratados, en algunos casos por el legislador y en otros por la jurisprudencia, como si fuesen empleadores, pero de manera artificiosa, a efectos exclusivamente de atribuirles ciertas obligaciones o prohibiciones.

En ese sentido, y contrariamente a las semejanzas planteadas por Sanguinetti, se considera pertinente diferenciar entre, por un lado, la tesis del *empleador putativo o instrumental* y, por otro lado, el concepto “funcional” de empleador (“functional concept of employer”, en inglés) propuesto por Jeremías Prassl (como se citó en Collins, 2015), el cual consiste en definir al empleador no en términos de las partes del contrato de trabajo, sino más bien por referencia a una lista de funciones propias del empleador, que van desde la contratación y el despido, la gestión de personal, el pago y el control de la empresa en general; de modo que un trabajador puede tener múltiples empleadores y un sujeto puede ser un empleador para algunos propósitos y no para otros, según la función que desempeñe en la relación laboral. Así, posible que la entidad A sea el empleador a efectos de salarios e impuestos, otra entidad B sea el empleador a los efectos de la ley de discriminación, y una combinación de A + B sea el empleador para los efectos de la ley de despido improcedente.

Lo propuesto por Prassl consiste en un nuevo planteamiento conceptual, únicamente para los aspectos individuales de la relación laboral, no así, para lo referido al ejercicio de los derechos colectivos, en el que las obligaciones legales derivadas del contrato se atribuyen a varios sujetos o entidades que, mediante el ejercicio de determinadas funciones, llegan a tener un control directo sobre algunos aspectos de la relación laboral. Presenta, por tanto, más similitudes con las construcciones de “empleador complejo o incompleto” y de “empleador indirecto o inmediato”, que con la tesis de “empleador putativo o instrumental”.

Ahora bien, como ejemplo de los pasos que viene dando la justicia española en la creación de un “empleador instrumental o putativo”, menciona Sanguinetti (2018) la

extensión. del *deber de soportar los efectos del ejercicio de la huelga*, del empresario empleador directamente afectado por la paralización a aquellos que mantienen con él vínculos económicos y organizativos de suficiente intensidad como para considerar que su intervención resulta decisiva para la solución del conflicto (pp. 148-149). Concretamente, se mencionan los pronunciamientos del Tribunal Supremo español que consideran que sí es posible la vulneración de los derechos de libertad sindical y de huelga por empresas que no tienen relación laboral directa con los trabajadores huelguistas, cuando aquellas y el empleador pertenecen al mismo grupo económico y los trabajadores prestan servicios en actividades contratadas a su empleador por las otras empresas del grupo⁴⁵. Teniendo en cuenta que este *deber de soportar* se establece como una garantía sustantiva del derecho de huelga, su extensión a empresarios distintos al empleador constituye entonces una suerte de “garantía extracontractual del derecho de huelga”.

2.2.3.2. Expresiones del empleador putativo o instrumental en la legislación y jurisprudencia nacional

Estudiando el uso de la figura del “empleador putativo o instrumental” en el ordenamiento jurídico nacional, se encuentra que la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, en su artículo 9 establece lo siguiente:

La empresa principal que contrate la realización de obras o servicios con desplazamiento de personal de la empresa tercerizadora es *solidariamente responsable por el pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social* [énfasis agregado] devengados por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado. Dicha responsabilidad se extiende por un año posterior a la culminación de su desplazamiento. La empresa tercerizadora mantiene su responsabilidad por el plazo establecido para la prescripción laboral.

De este modo, cuando se está ante una tercerización de actividades especializadas u obras en la que una empresa (contratista) desplaza personal de manera continua al centro de trabajo u ámbito de operaciones de otra (empresa principal), la

⁴⁵ Véase la Sentencia del 11 de febrero de 2015 (Rec. 95/2014. Caso Prisa o Caso Pressprint); la Sentencia del 20 de abril de 2015 (Rec. 354/2014. Caso Coca Cola); la Sentencia del 16 de noviembre de 2016 (Rec. 591/2016. Caso Altrad); y las Sentencias del 3 de octubre de 2018 (Recs. 3365/2016 y 1147/2017. Casos Grupo Zeta y ABC Sevilla).

responsabilidad por las obligaciones laborales y de seguridad social de la primera se extiende también a la segunda⁴⁶.

Al respecto, se ha dicho que “la ‘carga de solidaridad’ se impone a la principal por recibir servicios permanentes en sus instalaciones de la contratista, por no realizar estas actividades directamente; y, de otro lado, por la realidad económica: controlar los donde el contratista no paga los beneficios sociales de su personal y usualmente es quien está en mejores condiciones de asumir el pago de beneficios sociales” (Toyama, 2008, p. 183).

Otro ejemplo en el cual se ha recurrido a la tesis del empleador putativo o instrumental, esta vez desde la jurisprudencia, se encuentra en la imposición de la responsabilidad solidaria por obligaciones laborales en el ámbito del grupo de empresa.

Recuérdese que el ordenamiento jurídico peruano no regula los efectos laborales de los grupos de empresas y que el artículo 1183 del Código Civil señala que “La solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa”. No obstante, los jueces laborales reunidos en el I Pleno Jurisdiccional llevado a cabo el año 2008, acordaron que existía solidaridad en las obligaciones laborales no solamente al configurarse los supuestos contenidos en el artículo 1183 del Código Civil ya citado sino, además, “en los casos en los que exista vinculación económica, grupo de empresas o se evidencie la existencia de fraude con el objeto de burlar los derechos laborales de los trabajadores”.

Posteriormente, en la Casación N° 3069-2009-LA LIBERTAD, del 26 de mayo de 2010, la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema ratificó que se establezca la responsabilidad solidaria entre dos empresas al considerar que se había acreditado que eran parte del mismo grupo empresarial, dada la presencia de apoderados o directivos comunes, la existencia de un mismo domicilio social y la publicación de anuncios periodísticos donde ambas empresas se presentaban como grupo económico.

⁴⁶ Mediante el Decreto Legislativo N° 1038, publicado apenas el día siguiente de la publicación de la Ley N° 29245, se establece que la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 9 es aplicable solo a aquellas empresas tercerizadoras que realizan sus actividades con desplazamiento continuo de personal a las instalaciones de la principal, no así a los supuestos de tercerización sin desplazamiento ni a las que lo hagan en forma eventual o esporádica. Además, se contrae dicha responsabilidad únicamente a las obligaciones laborales y de seguridad social establecidas por norma legal, y no a las de origen convencional o unilateral.

Independientemente de las críticas que pueda merecer esta fórmula y de los criterios divergentes asumidos por la Corte Suprema sobre el mismo tema, el I Pleno Jurisdiccional y algunas casaciones laborales han considerado que la comunicación de responsabilidad por deudas laborales al conjunto del grupo, recurriendo a la técnica de la responsabilidad solidaria, se justifica por la sola existencia de vinculación económica o del grupo, sin necesidad de que se verifique el fraude para eludir las obligaciones laborales, la circulación de trabajadores o la prestación de servicios al grupo de forma indistinta, entre otros elementos.

Como se señaló anteriormente, la figura del *empleador putativo o instrumental* se usa con relación a un particular efecto jurídico, en este caso, la extensión de responsabilidad por las deudas laborales, y a fin de garantizar los derechos fundamentales del trabajador. No obstante, para justificar que se imputen obligaciones y/o prohibiciones a un empresario que no tiene vínculo jurídico con el trabajador, se requiere de un fundamento adicional.

Al respecto, Arce (2019) considera que el uso de la tesis del *empleador putativo o instrumental* se fundamentaría, tanto en la protección de los derechos fundamentales del trabajador, como en la utilidad patrimonial obtenida por la *red* en su conjunto, pues si bien en las formas, el trabajador labora para un concreto empleador, en los hechos labora para una *red* que se beneficia económicamente en su conjunto (p. 97).

Si bien la comunicación de responsabilidad por obligaciones laborales de contenido económico en el ámbito de la tercerización o los grupos de empresas puede tener como fundamento la *utilidad patrimonial* o la obtención de beneficio económico por la *red* o el grupo en su conjunto, este mismo criterio puede resultar insuficiente para justificar el uso de la figura de *empleador putativo o instrumental* cuando se busca proteger o garantizar otros derechos fundamentales laborales como el derecho a la negociación colectiva y el derecho a la huelga.

CAPÍTULO III

APLICACIÓN DE LA TESIS DEL “EMPLEADOR PUTATIVO O INSTRUMENTAL” PARA UNA RECONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LAS GARANTÍAS SUSTANTIVAS DE LOS DERECHOS DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y HUELGA EN LAS REDES EMPRESARIALES Y LOS GRUPOS DE EMPRESAS

3.1. Posibilidades y límites de la aplicación del “empleador putativo o instrumental” desde la jurisprudencia nacional

3.1.1. La necesaria “reinterpretación” de las garantías sustantivas de los derechos de negociación colectiva y huelga

Como se señaló anteriormente, el legislador ha establecido básicamente dos garantías sustantivas para el derecho a la negociación colectiva: la obligación de negociar y la obligación de brindar información sobre la situación económica, financiera y laboral de la empresa.

Así, de una lectura conjunta de las disposiciones de la LRCT, especialmente de sus artículos 41, 54 y 57, se desprende que en el ordenamiento jurídico peruano se establece la obligación de negociar del empleador que recibe un pliego de reclamos, salvo que exista una causa legal o convencional objetivamente demostrable que lo exima de tal obligación (por ejemplo, ser una empresa con menos de un año de funcionamiento). Cabe agregar que el empleador no solo está obligado a negociar, sino que debe hacerlo de buena fe, estando prohibido de realizar cualquier acción que pueda resultar lesiva a la parte laboral durante la negociación.

De igual modo, con el objetivo de garantizar el ejercicio del derecho de los trabajadores a la negociación colectiva, los artículos 55 y 56 de la LRCT también prevén la obligación de los empleadores de entregar, tanto a los representantes de los trabajadores como al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, información sobre la situación económica, financiera y laboral de la empresa.

En lo que respecta al derecho a la huelga, el ordenamiento jurídico peruano establece expresamente algunas prohibiciones con el propósito de impedir que los empleadores

puedan neutralizar o bloquear los efectos del ejercicio legítimo de del derecho de huelga por parte de los trabajadores.

Así, el artículo 77 de la LRCT, desarrollado por el artículo 70 de su reglamento, establece que cuando la huelga se declara observando los requisitos legales de fondo y forma, ello trae por consecuencia la abstención total de las actividades de los trabajadores comprendidos en el respectivo ámbito, con excepción del personal de dirección, el personal confianza, y el personal que cubre servicios mínimos; y, por lo tanto, el empleador está prohibido de contratar personal de reemplazo para realizar las actividades de los trabajadores en huelga. En consonancia con ello, el numeral 25.9 del artículo 9 del RLGIT tipifica como infracción muy grave la sustitución de trabajadores en huelga, sea bajo contratación directa de personal o a través de la intermediación laboral o la contratación y subcontratación de obras o servicios (tercerización).

Asimismo, el mencionado artículo 77 de la LRCT establece que el empleador está impedido de retirar las maquinarias, materias primas u otros bienes del centro de labores, salvo circunstancias excepcionales y con previo conocimiento de la autoridad administrativa de trabajo.

Ahora bien, en el acápite 2.2 del Capítulo I del presente trabajo, se ha dado cuenta de las deficiencias y limitaciones que presentan tanto las garantías sustantivas del derecho de negociación colectiva como la garantía del derecho de huelga, de cara a las estructuras empresariales complejas que surgen como resultado de los procesos de descentralización productiva.

De este modo, ante una negociación colectiva planteada por los trabajadores de las empresas subsidiarias del grupo o por los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, la norma, en su interpretación literal, no impone a la empresa matriz o empresa principal, según sea el caso, la obligación de recibir el pliego y dar inicio a las reuniones de negociación, dado que dichas empresas no tienen la condición de empleadores de los trabajadores.

Asimismo, si antes de la presentación del pliego, cualquiera de los sindicatos mencionados solicitase información sobre la situación económica o financiera del grupo o sobre la marcha del negocio global en el que colaboran las respectivas empresas contratistas y subcontratistas, nuevamente bajo una lectura literal de las disposiciones

legales vigentes, la empresa matriz o empresa principal no estaría legalmente obligada a brindar dicha información.

En el caso del derecho de huelga, una interpretación literal de la prohibición de sustituir a los trabajadores en huelga, así como de retirar las maquinarias, materias primas u otros bienes del centro de trabajo, haría que esta garantía no aplique a aquellos casos en los que, ante una huelga por parte de los trabajadores de una de las empresas del grupo que brinda servicios a otras firmas del mismo grupo, estas últimas opten por trasladar el encargo a otra empresa, de dentro o fuera del grupo, o en los que, ante una huelga en empresas contristas, subcontratistas o de servicios, la empresa principal o usuaria decida contratar los servicios de otra empresa.

En ese contexto, le toca a la jurisprudencia resolver los conflictos que se presentan en la sociedad. Al respecto, el inciso 8 del artículo 139 de la Constitución consagra como uno de los principios de la función jurisdiccional el de “no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley”. Complementariamente, el Código Civil, en el artículo de su Título Preliminar, establece que “Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley”. Como bien señala Rubio (2020), esta deficiencia de la ley puede dar lugar bien a una interpretación extensiva, bien a una situación que requiere de la integración jurídica (p. 286).

Tratándose de las reglas que establecen garantías sustantivas o primarias de los derechos de negociación y de huelga, no se trata de un problema de vacío o laguna del derecho, pues no se está ante la ausencia de norma aplicable para el caso, sino más bien, ante la necesidad de una lectura correctora que supere las deficiencias que resultan de una interpretación literal de la norma. Recuérdese que, interpretadas de forma literal, las actuales garantías se muestran insuficientes para hacer frente a los casos que se presentan en la realidad, sobre todo en realidades complejas que surgen producto de los procesos de descentralización productiva.

Dicho esto, resulta conveniente establecer de entrada, como orientación general, que las normas legales deben interpretarse conforme a los principios y preceptos constitucionales. De acuerdo con De Castro (2004), en la interpretación de las leyes y demás normas del ordenamiento jurídico ha de darse preferencia al sentido o significado que mejor se ajuste al contenido de los principios y reglas constitucionales, tanto en su proyección negativa como en la positiva. De este modo, la interpretación jurídica conforme a la Constitución impide que, en el proceso de interpretación, se atribuya a las

normas un significado que se oponga de forma insuperable a los principios y reglas constitucionales; a su vez, obliga a primar aquel significado de las normas que sea el más acorde con los principios y reglas constitucionales, al menos en cuanto lo permita la previa concreción de valores llevada a cabo por los órganos que tienen el encargo constitucional de legislar (De Castro, 2004, p. 325).

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en su sentencia de fecha 27 de setiembre de 2005, ha tenido oportunidad de señalar que la Constitución -al ubicarse en el vértice del ordenamiento jurídico- “exige no sólo que no se cree legislación contraria a sus disposiciones, sino que la aplicación de tal legislación se realice en armonía con ella misma (interpretación conforme con la Constitución)”⁴⁷.

La interpretación de las normas conforme a la Constitución ha sido recogida por el legislador en el Nuevo Código Procesal Constitucional, cuyo artículo VII de su Título Preliminar establece lo siguiente:

Artículo VII. Control difuso e interpretación constitucional

Quando exista incompatibilidad entre la Constitución y otra norma de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional (subrayado agregado).

Por su parte, el artículo IV del Título Preliminar de la Nueva Ley Procesal del Trabajo señala:

Artículo IV.- Interpretación y aplicación de las normas en la resolución de los conflictos de la justicia laboral

⁴⁷ Fundamento 19 de la sentencia recaída en el expediente N° 0020-2005-PI/TC, 0021-2005-PI/TC (Acumulados), de fecha 27 de setiembre de 2005. Recuperada de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00020-2005-AI%2000021-2005-AI.pdf>

Los jueces laborales, bajo responsabilidad, imparten justicia con arreglo a la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley. Interpretan y aplican toda norma jurídica, incluyendo los convenios colectivos, según los principios y preceptos constitucionales, así como los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República (subrayado agregado).

Ahora bien, las normas legales que prevén garantías de los derechos fundamentales laborales consagrados en la Constitución deben ser interpretadas no solo conforme a los principios y reglas consagrados en el texto constitucional, sino también a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos que conforman el ordenamiento jurídico nacional⁴⁸. Al respecto, resulta pertinente traer a colación lo señalado por el Tribunal Constitucional en su sentencia del 12 de mayo del 2003, emitida en el expediente N° 2209-2002-AA/TC:

5. En esa perspectiva, el Tribunal Constitucional considera necesario advertir que, en materia de interpretación de los derechos constitucionales, el operador judicial no puede olvidar que, de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la comprensión de las cláusulas que reconocen (o limitan) derechos en ella previstos, deben interpretarse en armonía con lo que sobre ellas hayan realizado los tratados internacionales en materia de derechos humanos y, en particular, con la jurisprudencia de los tribunales internacionales de justicia con competencia en materia de derechos humanos.

De ahí que, en materia de derechos fundamentales, el operador judicial no pueda sustentar sus decisiones amparándose únicamente en una interpretación literal de uno o más preceptos constitucionales es, ya que rara vez la solución de una controversia en este ámbito puede resolverse apelándose a este criterio de interpretación. Requiere, por el contrario, de

⁴⁸ Al respecto, en la famosa sentencia del expediente N° 03561-2009-PA/TC (caso Portuarios), el Tribunal Constitucional dejó sentado que los convenios de la OIT que versan sobre negociación colectiva forman parte del llamado “bloque de constitucionalidad”, al señalar:

“Teniendo presente que los Convenios núms. 98 , 151 y 154 desarrollan y complementan el derecho de negociación colectiva para que su ejercicio sea real y efectivo, este Tribunal considera que dichos convenios forman parte del bloque de constitucionalidad del artículo 28° de la Constitución, razón por la cual pueden ser entendidos como normas interpuestas al momento de evaluar los supuestos vicios de inconstitucionalidad de una ley sometida a control concreto o abstracto”.

un esfuerzo de comprensión del contenido constitucionalmente protegido de cada uno de los derechos, principios o bienes constitucionales comprometidos, para, después de ello, realizar una ponderación de bienes.

El Nuevo Código Procesal Constitucional reconoce la importancia, como parámetro interpretativo, de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, así como de la jurisprudencia internacional sobre dicha materia. Así, el artículo VIII de su Título Preliminar señala:

Artículo VIII. Interpretación de los derechos humanos y tratados internacionales

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

En caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos (subrayado agregado).

Por su parte, la Décima Disposición Complementaria de la Nueva Ley Procesal del Trabajo contiene la siguiente disposición complementaria:

DÉCIMA.- Conforme a lo establecido en la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política del Perú, los derechos laborales, individuales o colectivos se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por el Perú, sin perjuicio de consultar los pronunciamientos de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y los criterios o decisiones adoptados por los tribunales internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte (subrayado agregado).

En este contexto, se tiene que el reconocimiento constitucional de los derechos de negociación colectiva y huelga conlleva la obligación del Estado no solo de establecer un marco normativo que facilite el pleno desarrollo de tales derechos, sino también a

protegerlos frente a intervenciones de terceros dirigidas a impedir u obstaculizar su ejercicio. Ello se refuerza con el mandato de “garantizar la libertad sindical” enunciado en el numeral 1 del artículo 28, teniendo en cuenta que los derechos de negociación colectiva y huelga constituyen manifestaciones esenciales de la libertad sindical.

A nivel de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), el artículo 4 del Convenio N° 98, Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, establece la obligación de los Estados de adoptar las medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.

Por su parte, el Convenio N° 154, Convenio sobre la negociación colectiva, señala en su artículo 5.2 que las medidas que se adopten para el fomento de la negociación colectiva, deberán tener por objeto que: a) la negociación colectiva sea posibilitada a todos los empleadores y a todas las categorías de trabajadores de las ramas de actividad a que se aplique el Convenio; b) la negociación colectiva sea progresivamente extendida a todas las materias a que se refieren los apartados a), b) y c) del artículo 2 del Convenio; c) sea fomentado el establecimiento de reglas de procedimiento convenidas entre las organizaciones de los empleadores y las organizaciones de los trabajadores; d) la negociación colectiva no resulte obstaculizada por la inexistencia de reglas que rijan su desarrollo o la insuficiencia o el carácter impropio de tales reglas; e) los órganos y procedimientos de solución de los conflictos laborales estén concebidos de tal manera que contribuyan a fomentar la negociación colectiva.

En lo que al derecho de huelga se refiere, pese a que ninguno de los convenios de la OIT lo menciona expresamente, los órganos de control, como son la Comisión de Expertos en la Aplicación y Convenios y Recomendaciones (CEACR) y el Comité de Libertad Sindical, han establecido que dicho derecho se encuentra reconocido en el Convenio N° 87, Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, como parte integral del *derecho de las organizaciones de trabajadores de organizar sus actividades y formular su programa de acción*, debido a que es un mecanismo de autotutela para defender los intereses de sus miembros.

En ese sentido, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que el derecho de huelga es corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el Convenio N° 87⁴⁹, añadiendo que es uno de los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus organizaciones únicamente en la medida en que constituya un medio de defensa de sus intereses económicos⁵⁰, y en otras palabras, que el derecho de huelga es un derecho legítimo al que pueden recurrir los trabajadores y sus organizaciones en defensa de sus intereses económicos y sociales⁵¹. La huelga aparece entonces como mecanismo de presión por excelencia, sin el cual la libertad sindical no puede ejercerse de manera efectiva.

Aunado a ello, y sin perjuicio de la importancia que tienen la OIT y el sistema de normas internacionales de trabajo, es necesario también tener en cuenta la normativa internacional en materia de derechos humanos, pues la misma aporta un estándar de protección de los derechos colectivos, en especial del derecho de huelga.

Así, en lo que respecta al derecho internacional de los derechos humanos, el derecho a la huelga está consagrado expresamente, en el sistema universal, por el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC)⁵², y en el sistema interamericano, por la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA)⁵³, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales⁵⁴ y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como “Protocolo de San Salvador”. De este modo, aun cuando a la fecha ninguno de los órganos que conforma los sistemas

⁴⁹ Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical, 6º edición (revisada), 2018, párrafo 754.

⁵⁰ Óp. Cit., párrafo 751.

⁵¹ Óp. Cit., párrafo 752.

⁵² De acuerdo con el artículo 45, inciso c), de la Carta de la OEA, “los empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva”

⁵³ La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales señala en su artículo 27 que “Los trabajadores tienen derecho a la huelga. La Ley regula este derecho en cuanto a sus condiciones y ejercicio”.

⁵⁴ Conforme al inciso d) del párrafo 1 del artículo 8 del PIDESC, los Estados Partes se comprometen a garantizar el derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país. Casi en iguales términos, el “Protocolo de San Salvador” en el inciso b) del párrafo 1 de su artículo 8.

universal e interamericano de derechos humanos ha desarrollado una doctrina o jurisprudencia sobre los alcances del derecho a la huelga en sus respectivos sistemas de protección, este derecho se encuentra reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos y, por lo tanto, es merecedor de igual protección que los demás derechos reconocidos en los instrumentos internacionales.

Dicho todo esto, también debe tenerse en cuenta que la *interpretación conforme a la Constitución y a los tratados internacionales*, sobre todo tratándose de normas de garantía de derechos constitucionales, guarda concordancia con el criterio de interpretación finalista o teleológica de las normas, según el cual, la interpretación de las normas debe realizarse de modo que la aplicación de las mismas permita alcanzar los objetivos y finalidades sociales que persiguen. De este modo, para captar el significado de las normas es necesario conocer los fines u objetivos que tales preceptos persiguen en la sociedad (De Castro, 2004, p. 319).

Es esta orientación metodológica la que habría de guiar a los operadores judiciales en su labor interpretativa, siéndoles de gran ayuda al momento de elegir el método o los métodos de interpretación más adecuados para aclarar el sentido de las normas jurídicas en materia de derechos humanos.

De este modo, vistos en la tarea de interpretar la norma conforme a la Constitución y los tratados internacionales, los jueces deben elegir y utilizar los métodos de interpretación jurídica que les permitan alcanzar dicho objetivo, aun prescindiendo de una lectura literal de la norma. Así, podrán recurrir sobre todo al método de la *ratio legis* y al método sociológico.

En el método de la *ratio legis*, también conocido como método lógico, "(...) el "qué quiere decir" de la norma se obtiene desentrañando su razón de ser intrínseca, la que puede extraerse de su propio texto. En efecto, el lenguaje suele denotar y connotar a la vez. El método de la *ratio legis* busca esclarecer la norma en base a lo connotado. (...) La *ratio legis* debe fluir del texto mismo de la norma o grupo normativo que le es correspondiente. No supone una investigación que vaya a documentos y fuentes distintas del propio texto de la norma sometida a interpretación" (Rubio, 2020, 248-249). De este modo, a una determinada regla jurídica se le otorga el significado o sentido que resulta de desentrañar su finalidad o sus finalidades internas.

Por su parte, el método sociológico se funda en el criterio sociologista de interpretación, según el cual, “el intérprete asume que la interpretación debe ser realizada de manera que, en la medida de lo posible, la aplicación de la norma jurídica sea adecuada a las características sociales de la realidad normada” (Rubio, 2020, p. 244). Para este método, la interpretación de la norma debe realizarse tomando en cuenta las variables sociales del más diverso tipo, del grupo social en el que va a producirse la aplicación de la norma (Rubio, 2020, p. 258).

Pues bien, la exigencia de interpretar las actuales garantías sustantivas o primarias de los derechos de negociación colectiva y huelga conforme a la Constitución y a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, y a partir de ello, optar por el uso de algunos de los principales métodos interpretativos postulados por la teoría general del derecho, que permitan desentrañar la finalidad interna de la norma e interpretar está a la luz de la evolución de la realidad social que busca regular, trae como resultado una interpretación extensiva de las normas que establecen dichas garantía, en concreto, de los artículos pertinentes de la LRCT.

Como señala Rubio (2020), “la interpretación es extensiva cuando la conclusión interpretativa final es aquella en la que la norma interpretada aplica a más casos que los que su tenor literal estricto parecería sugerir. La interpretación extensiva no implica integración jurídica, sino solo una extensión interpretativa de la frontera fáctica a la cual se aplica el supuesto de la norma para permitir que se produzca la necesidad lógico-jurídica de la consecuencia” (p. 265).

Postulado metodológico:

Interpretación conforme a la Constitución y los tratados internacionales.



Métodos de interpretación jurídica:

- Método lógico o ratio legis.
- Método sociológico.



Interpretación extensiva.

De este modo, las disposiciones de la LRCT que establecen garantías sustantivas o primarias para la efectividad de los derechos de negociación colectiva y huelga tendrían un sentido o un significado jurídico distinto al que se desprende de la propia literalidad de dichas disposiciones. En otras palabras, las garantías sustantivas o primarias de los

mencionados derechos serían aplicables a más casos que los que sugiere el sentido literal o riguroso de la ley.

3.1.2. La aplicación de la tesis del “empleador putativo o instrumental” para la “reinterpretación” de las garantías sustantivas de los derechos de negociación colectiva y huelga

Tal y como se ha expuesto en el acápite anterior, la interpretación de las actuales garantías sustantivas o primarias de los derechos de negociación colectiva y huelga conforme al artículo 28 de la Constitución y las normas internacionales que versan sobre la materia, implica desarrollar un ejercicio interpretativo que lleve a una extensión de tales garantías a supuestos que van más allá de los que sugiere la propia literalidad de la ley. De lo que se trata entonces es de “recomponer” -desde la jurisprudencia- las actuales garantías sustantivas o primarias de los derechos de negociación colectiva y huelga.

La extensión, desde la jurisprudencia, de las actuales garantías sustantivas o primarias de los derechos de negociación colectiva y huelga coloca a los operadores jurídicos frente a la aplicación de la tesis del “empleador putativo o instrumental” a la que se hace mención líneas arriba y que consiste precisamente en crear una suerte de *empleador artificial*, tratándolo como tal únicamente a efectos de imputarle una obligación o prohibición, con la finalidad de tutelar un derecho laboral fundamental. Desde la teoría general del derecho, ello implica “reinterpretar” la norma positiva que establece dicha obligación o prohibición a cargo del empleador, para incorporar dentro de su ámbito de aplicación precisamente a aquel *empresario artificial*.

Ahora bien, la aplicación del “empleador putativo o instrumental” requiere de un doble sustento: por un lado, la necesidad ya mencionada de garantizar un derecho fundamental laboral y, por otro lado, la existencia de un factor de atribución, es decir, de una razón suficiente por la cual se justifica que una obligación o prohibición a cargo del empleador se extienda también a otro empresario. Así, por ejemplo, la responsabilidad solidaria por obligaciones laborales de contenido económico en el ámbito de la tercerización o los grupos de empresas ha tenido por fundamento, junto a la protección del *derecho a la remuneración*, la utilidad patrimonial o el beneficio económico conjunto de la red empresarial o el grupo de empresas.

En ese sentido, se considera importante desarrollar un método para la aplicación de la tesis del “empleador putativo o instrumental”, tratándose sobre todo de la tutela de la libertad sindical y los derechos fundamentales colectivos de los trabajadores, y que pueda ser utilizado por los operadores jurídicos, en especial por los jueces. Al respecto, se plantean cuatro pasos:

PRIMER PASO: Planteado el caso concreto, identificar el problema que se plantea al ejercicio del derecho. La tesis del empleador putativo o instrumental aparece como una respuesta ante un problema de eficacia de los derechos fundamentales de los trabajadores, en este caso, de los derechos de negociación colectiva y de huelga.

Por ejemplo, la negativa de la empresa matriz o la empresa principal a recibir el pliego de reclamos presentado por un sindicato que agrupa trabajadores de empresas filiales o empresas contratistas, así como a entablar negociaciones con miras a resolver dicho pliego.

SEGUNDO PASO: Identificar la garantía sustantiva aplicable. No solo se trata de identificar cuál es la obligación o prohibición jurídica específica que se ha establecido para garantizar el efectivo ejercicio del derecho fundamental. Además, debe verse cuáles son los elementos esenciales de esta obligación o prohibición legal: quienes son los sujetos “vinculados” por la obligación o prohibición; cuál es el objeto de la obligación o prohibición, es decir, la acción u omisión exigible al sujeto activo a fin de satisfacer el interés del titular del derecho; y, por qué se le atribuye al sujeto activo la obligación o prohibición, lo que se conoce como “factor de atribución”.

Siguiendo con el ejemplo planteado, desde la legislación (en concreto, la LRCT) se establece la obligación del empleador de negociar, así como de entregar información sobre la situación económica, financiera y laboral de la empresa. De este modo, el sujeto activo es el empleador, mientras que el sujeto pasivo, tratándose de garantías sustantivas de un derecho fundamental, es el titular del derecho; en este caso, los trabajadores que están ejerciendo su derecho a la negociación colectiva. Para identificar el factor de atribución, cabe preguntarse ¿por qué es el empleador o cualquier otro empresario quien tiene la obligación de negociar? La respuesta es bastante obvia: siendo que la negociación colectiva tiene por objeto fijar las condiciones de trabajo y empleo; regular las relaciones

entre empleadores y trabajadores; y/o regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, será el empresario que tiene la condición jurídico-contractual de empleador -y, como tal, tiene la decisión sobre la organización de trabajo en la empresa- quien esté obligado a entablar dichas negociaciones, independientemente de si se arriba o no a un acuerdo.

TERCER PASO: Determinar si el actual sentido interpretativo de la garantía sustantiva resulta o no adecuado y suficiente para el cumplimiento de su finalidad constitucional. Ello a fin de establecer si es necesario optar por una interpretación extensiva de la norma positiva.

En el ejemplo que se plantea, queda claro que si la obligación legal de negociar recae únicamente sobre el empresario que tiene la condición de empleador, la sola negativa de la empresa matriz o de la empresa principal, según sea el caso, a recibir el pliego y/o a convocar reuniones de negociación, impediría que los trabajadores de las empresas filiales o empresas contratistas desarrollen plenamente su derecho a la negociación colectiva, el cual quedaría constreñido únicamente a sus respectivos empleadores.

CUARTO PASO: “Reinterpretar” el contenido normativo de la garantía sustantiva. Para ello, debe ampliarse el concepto de “empleador” en tanto sujeto activo de la obligación o prohibición jurídica. Toda vez que esta ampliación se justifica no solo por la necesidad de garantizar el derecho, sino además por razones de coherencia sistemática, el factor de atribución juega aquí un papel central.

Por ejemplo, para ampliar el concepto de “empleador” que está obligado legalmente a negociar, a fin de incluir en el mismo a la empresa matriz o la empresa principal, previamente tienen que responderse las siguientes interrogantes: ¿por qué esta empresa estaría obligada a negociar con trabajadores con los que no tiene vínculo contractual alguna? Tratándose de no de la creación de una nueva regla sino de la interpretación extensiva de una regla ya existente, el factor de atribución no puede ser otro que la capacidad material que tiene la empresa matriz o la empresa principal para decidir o, cuando menos, incidir fuertemente, en la organización de trabajo del empleador.

3.1.3. Límites a la aplicación jurisprudencial del “empleador putativo o instrumental”

La aplicación de la tesis del “empleador putativo o instrumental” para una recomposición jurisprudencial de las actuales garantías sustantivas de los derechos de negociación colectiva y de huelga tiene una doble limitación.

La primera limitación tiene ver con el respeto del derecho fundamental al debido proceso, que en su dimensión procesal comprende, entre otros, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y, en su dimensión sustantiva, supone que toda decisión judicial debe ser razonable y proporcional⁵⁵.

Al respecto, interesa traer a colación lo señalado por el Tribunal Constitucional, en su sentencia de fecha 18 de marzo del 2014, recaída en el expediente N° 03433-2013-PA/TC:

4.4.3) El derecho a la debida motivación de las resoluciones importa pues que los órganos judiciales expresen las razones o justificaciones objetivas que la llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, por lo demás, pueden y deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso.

4.4.4) A mayor abundamiento, este Tribunal, en distintos pronunciamientos, ha establecido que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso.

En ese sentido, es necesario que los órganos judiciales, al momento de aplicar la tesis del “empleador putativo o instrumental”, expongan suficientemente las razones que justifican dicha decisión, máxime si se tiene en cuenta que extender una obligación o prohibición a cargo del empleador a empresarios que jurídicamente no tienen tal

⁵⁵ Fundamento 3.3.3 de la sentencia del expediente N° 03433-2013-PA/TC y fundamento 4 de la sentencia del expediente N° 3186-2014-AA.

condición, no es un tema menor. Por ello, es necesario que la interpretación extensiva de las actuales garantías sustantivas de los derechos de negociación colectiva y huelga sea resultado de un proceso de argumentación lógica, en el cual el juez se cuide de no crear nuevas reglas, pues eso lo colocaría frente a la arbitrariedad judicial.

Precisamente, el método planteado en el acápite anterior tiene por propósito coadyuvar a una correcta aplicación de la tesis del “empleador putativo o instrumental” por parte de los órganos jurisdiccionales, evitando la arbitrariedad en sus decisiones.

El segundo límite que se plantea a la aplicación de la tesis del “empleador putativo o instrumental” está dado por cuanto la creación de una posición instrumental de empleador a los efectos de garantizar adecuadamente el derecho fundamental no llega a ser aún una reconstrucción sistemática de esta institución del derecho laboral. Tratándose de los derechos de negociación colectiva y de huelga, una reconstrucción sistemática de estas instituciones no solo implicaría una proyección de las obligaciones o prohibiciones a cargo del empleador -a las que se hace referencia a lo largo de este trabajo-, sino también un replanteamiento de otros tópicos de la regulación del derecho, de modo que este se aplique, no en términos de quien es el sujeto empleador, sino del ciclo productivo que desarrolla o lleva a cabo la empresa.

Por ejemplo, de acuerdo con el literal c) del artículo 73 de la LRCT, la declaración de huelga debe ser comunicada “al empleador y a la Autoridad de Trabajo, por lo menos con cinco (5) días útiles de antelación o con diez (10) tratándose de servicios públicos esenciales, acompañando copia del acta de votación”. Por su parte, el artículo 82 de la LRCT establece que cuando la huelga afecte los servicios públicos esenciales (sanitarios y de salubridad; de limpieza y saneamiento; de electricidad, agua y desagüe, gas y combustible; de transporte, entre otros) o se requiera garantizar el cumplimiento de actividades indispensables en la empresa, los trabajadores en conflicto deben garantizar la permanencia del personal necesario para impedir su interrupción total y asegurar la continuidad de los servicios y actividades que así lo exijan (lo que se conoce como “servicios mínimos”). La “recomposición” jurisprudencial de la garantía sustantiva del derecho de huelga, en concreto, del “deber de soportar” los efectos o consecuencias de la huelga, no implica adecuar los otros aspectos que se mencionan en este párrafo.

3.2. Aplicación del “empleador putativo o instrumental” para garantizar el derecho de negociación colectiva en las redes empresariales y los grupos de empresas

3.2.1. Proyección de la obligación de negociar dentro de la red empresarial o el grupo de empresas

En el marco de los procesos de descentralización productiva, es posible que las empresas encarguen buena parte de su ciclo productivo a otras empresas, contratistas o subcontratistas, tal como ocurre por ejemplo en el sector minero.

De acuerdo a un estudio realizado en el 2018 por la consultora Global Research Marketing, dentro de los sectores económicos que presentan una mayor demanda de servicios de tercerización, el sector minero ocupaba el primer lugar con el 50%, seguido por el sector *retail* con el 30%, y por los sectores construcción, manufactura, farmacia, banca, entre otros con el 20% (Gestión, 2018).

Como anotan Toyama y Vargas (2019), en el sector minero, es común que el titular de la actividad minera encargue la prestación integral de las etapas de exploración (determinación de las dimensiones y valores de la unidad minera), explotación (la propia extracción de minerales), desarrollo (actividades de soporte de la explotación) y beneficio (procesos para la extracción o concentración de minerales) a empresas especializadas registradas previamente ante la autoridad pertinente, y que se denominan “contratas mineras”⁵⁶. Lógicamente, estas actividades se desarrollan dentro de la unidad minera del titular o cesionario de ser el caso, por lo que, en la mayoría de los casos, tomando en cuenta factores como la ubicación de la unidad minera, la geografía de la localidad, etc., se brinda habitación y servicios básicos a los trabajadores de las contratas mineras y, en ciertas situaciones, también a sus familias. Junto a ello, el titular de la actividad minera también se puede tercerizar las actividades de gestión y administración, comedores y mercantil, medio ambiente, transporte de minerales y personal, geología minera, etc. (p. 150).

⁵⁶ El artículo 37.11 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92- EM, prevé que los titulares de concesiones gozan del atributo de contratar con empresas especializadas inscritas en la Dirección General de Minería (contratas mineras) la ejecución de los trabajos de exploración, desarrollo, explotación y beneficio.

De otro lado, es frecuente que, en los grupos de empresas creados a partir de procesos de filialización, la empresa matriz contrate con las demás empresas la realización de obras o servicios. Inclusive, en un primer momento, es posible que dichas actividades sean realizadas por personal que ha sido transferido de la matriz a las empresas creadas como filiales. Así ocurre, por ejemplo, en el sector telecomunicaciones, donde el grupo se articula en torno a una sociedad matriz, constituida como filial de una empresa multinacional, y un conjunto de empresas subsidiarias que brindan toda clase de servicios a nivel nacional, tales como telefonía fija, telefonía móvil, Internet, televisión pagada, manejo de datos, entre otros. Además, otras subsidiarias se dedican a prestar servicios a las otras empresas del grupo, tales como gestión de proyectos, servicios logísticos (transporte, almacenaje, entre otros), cobranza y recaudación, comercialización de productos, etc.

Asimismo, a partir del éxito logrado por algunas marcas de *retail* en la región, se han creado *Holdings* o grupos empresariales de base financiera, donde la sociedad matriz se dedica a realizar inversiones de toda naturaleza en las demás empresas que integran el grupo, las cuales tienen como giro principal dedicarse a actividades diversas, no necesariamente relacionadas, como el comercio al por menor (cadenas de supermercados y tiendas por departamento), el otorgamiento de créditos y otros servicios financieros, la administración de centros comerciales, entre otras.

En cualquiera de estos casos, es posible que los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, o de empresas subsidiarias deseen negociar de manera conjunta, tanto con sus empleadores como con la empresa principal o la empresa matriz que, a partir de su posición contractual o accionarial, se coloca a la cabeza de la red empresarial o del grupo.

Al respecto, podría plantearse que los trabajadores entablen una negociación a nivel de rama de actividad, para así incluir a las empresas empleadoras, juntamente con la empresa principal o la empresa matriz. Si bien, debido a la falta de reconocimiento expreso de otros tipos de sindicatos en la legislación peruana, en algunos casos se ha utilizado el ámbito de rama de actividad para agrupar a trabajadores que laboran para empresas integrantes de un mismo grupo económico (uno de estos casos, como lo explicamos anteriormente, es precisamente el de un Holding del sector *retail*), también es probable que, en otros casos, el grupo esté integrado por empresas que se

desenvuelven en diferentes sectores económicos (comercio, finanzas, actividades inmobiliarias, etc.)⁵⁷.

El problema está en que, si se opta por una interpretación literal de los artículos de la LRCT -de los que se desprende el deber legal de negociar-, esto lleva a concluir que en el ordenamiento jurídico peruano no existe previsión legal para que haya una negociación conjunta en las redes empresariales o los grupos de empresas. Es decir, que la empresa principal o la empresa matriz no estaría legalmente obligada a negociar con los trabajadores de las empresas contratistas o de las empresas subsidiarias, según sea el caso.

Muestra de ello es que, hace algunos años, los trabajadores de las contratistas de una empresa minera iniciaron una medida de fuerza, pidiendo que el próximo convenio colectivo se negocie de forma conjunta, esto es, que la mesa de negociación esté formada por la empresa principal y las contratistas, la empresa principal accedió a dicho pedido, pero, al momento de firmar el convenio colectivo, cada contratista firmó un convenio por separado con sus trabajadores, aunque las mismas cláusulas se repetían en todos, y la empresa principal quedó sin firmar convenio alguno (Arce, 2019, p. 100).

En ese contexto, resulta necesario que la justicia laboral desarrolle una interpretación extensiva de los artículos de la LRCT de los que se colige la obligación empresarial de negociar, de modo que se entienda que este deber jurídico recae también sobre la empresa principal que se ubica en la “cabeza” de la red empresarial o sobre la empresa matriz del grupo. Ello por cuanto, como se expuso en el primer capítulo de la presente investigación, el derecho constitucional a la negociación colectiva consiste en: (i) la libertad jurídica de los trabajadores a negociar; (ii) el derecho de estos mismos a que ni el Estado ni los particulares impidan u obstaculicen el ejercicio de esta libertad; y, (iii) el derecho de los trabajadores a acciones normativas de protección de la libertad a negociar.

En concordancia con ello, una de las garantías sustantivas, quizás la principal, que el ordenamiento jurídico ha establecido con la finalidad de asegurar la eficacia del derecho

⁵⁷ Huelga recordar además que, conforme al artículo 46 de la LRCT, para que el convenio que resulta de una negociación colectiva por rama de actividad tenga efectos generales, esto es, que comprenda a para todos los trabajadores del ámbito, se requiere que la organización sindical u organizaciones sindicales representen a la mayoría de las empresas y trabajadores de la actividad respectiva, y que sean convocadas, directa o indirectamente, todas las empresas respectivas.

a la negociación colectiva es la obligación de negociar de aquel o aquellos empresarios que tienen la posibilidad, fáctica y jurídica, de tomar decisiones sobre aquello que es precisamente el objeto de la negociación colectiva, en especial, fijar las condiciones de trabajo y empleo. Recuérdese que, tanto en las redes de subcontratación como en los grupos empresariales, algunas de las decisiones estratégicas de planificación, dirección, organización y control que tome la empresa principal o la empresa matriz pueden tener incidencia directa sobre las organizaciones de trabajo del resto de empresas. Así, por ejemplo, varias de las grandes empresas que tercerizan sus actividades cuentan con una política de contratación de proveedores que les exige a estos últimos cumplir con sus obligaciones laborales, promover un entorno de trabajo seguro y saludable, y mantener buenas relaciones laborales; todo lo cual hace que aquella pueda intervenir frente a eventuales denuncias, reclamaciones o conflictos. Por su parte, los grupos empresariales suelen tener estrategias generales de gestión del personal no solo a nivel nacional sino para toda la región, que incluye procesos de reclutamiento interno, contratación, capacitación, gestión del clima laboral, del desempeño.

Entonces, si la libertad de los trabajadores de negociar o no negociar es una libertad jurídicamente protegida y, por ello, el legislador ha establecido la obligación de negociar de la contraparte empresarial, la labor interpretativa del juez no podría desconocer que, en los procesos de descentralización productiva, las decisiones que puedan tomar las empresas contratistas o las empresas subsidiarias, sobre las condiciones de trabajo o de empleo de sus respectivos trabajadores, están condicionadas, en mayor o menor medida, por las estrategias, políticas o decisiones de la sociedad principal o matriz.

De este modo, una “recomposición” jurisprudencial de la garantía de la obligación de negociar pasaría por entender que, frente al derecho constitucional de los trabajadores a negociar, existe la obligación jurídica de negociar, independientemente de si finalmente se arriba o no a un acuerdo, de aquellos empresarios que tienen poder de decisión, directo o indirecto, sobre las condiciones de trabajo o de empleo de dichos trabajadores. Así, la empresa principal o la empresa matriz estarían legalmente obligadas a recibir el pliego de reclamos e iniciar las reuniones de negociación directa, pese a no tener la condición de empleadoras.

Claro está que la extensión de la obligación de negociar solo tendría lugar en aquellos casos en los que la vinculación contractual o económica entre las empresas sea estable o continua, de modo que, a partir de este nexo, se consolide una posición hegemónica

de la principal respecto de las contratistas. En otras palabras, la sola existencia de un contrato de obra o servicio entre dos empresas no justificaría que se le extienda a la contratante el deber de negociar con los trabajadores de la contratista.

3.2.2. Proyección de la obligación de brindar información económica y financiera dentro de la red empresarial o el grupo de empresas

Para que haya una negociación efectiva las partes han de disponer de las informaciones necesarias para poder negociar con conocimiento de causa. Así lo señala la Recomendación 163 de la OIT, Recomendación sobre la negociación colectiva.

De lo que se trata es que los trabajadores puedan contar con las informaciones acerca de la situación económica y social de la unidad de negociación y de la empresa en su conjunto que les permitan negociar con conocimiento de causa, formulando propuestas y contrapropuestas y tomando decisiones informadas a lo largo de la negociación. Para ello, los trabajadores deberían poder acceder a información acerca de la estructura empresarial, las características de la empresa en cuanto a producción y personal, información financiera y acerca de las condiciones de empleo (OIT, 2016, p. 51). Esto, claro está, conlleva el compromiso de la organización sindical de mantener el carácter reservado de la información que tenga tal condición.

Ahora bien, con respecto a la obligación legal de proporcionar las informaciones acerca de la situación económica, financiera y laboral de la empresa, puedan plantearse dos situaciones que vale la pena distinguir. La primera, a la que se hace referencia en el acápite anterior, es que los trabajadores de las empresas contratistas o empresas subsidiarias quieran negociar conjuntamente con sus empleadores y con la empresa principal o la empresa matriz. La segunda, que los trabajadores de las empresas contratistas o subsidiarias, queriendo negociar únicamente con su respectivo empleador, soliciten información acerca de la situación económica y social de la red empresarial o del grupo en su conjunto.

En el primer caso, la obligación de proporcionar información seguiría la suerte de la obligación de negociar. Así, al haberse extendido esta última a la empresa principal o a la empresa matriz, también tendría lugar una proyección de la obligación de entregar información sobre la situación económica, financiera y laboral.

En el segundo supuesto, el empleador sigue siendo la contraparte de la negociación, pero para poder negociar con conocimiento de causa, los trabajadores pueden necesitar conocer, por ejemplo, los procesos y niveles de la toma de decisiones en la red o en el grupo, la situación financiera del grupo, la estructura salarial, las modalidades de contratación, etc., información que obra en poder de la empresa principal o de la empresa matriz, según sea el caso. Sin embargo, la empresa principal o empresa matriz bien podría negarse a entregar la información requerida, argumentando que el deber legal solo alcanza al empleador, no así a los empresarios que no están jurídicamente vinculados con los trabajadores, más aún si estos ni siquiera han sido comprendidos en la negociación.

Así las cosas, resulta razonable sostener, en aras de que el derecho de información de los trabajadores no termine vaciado de contenido en los contextos de descentralización productiva, que la obligación de proporcionar la información debe alcanzar también a la empresa principal o a la empresa matriz, cuando esta cuente con informaciones necesarias para los trabajadores puedan negociar con conocimiento de causa y que, de este modo, el derecho constitucional a la negociación colectiva sea efectivo.

3.3. Aplicación del “empleador putativo o instrumental” para garantizar el derecho de huelga en las redes empresariales y los grupos de empresas

3.3.1. Proyección del “deber de soportar” los efectos de huelga hacia la red empresarial o el grupo de empresas

El artículo 72 de la LRCT define la huelga como “la suspensión colectiva del trabajo acordada mayoritariamente y realizada en forma voluntaria y pacífica por los trabajadores, con abandono del centro de trabajo”. Esta definición, sin embargo, ha sido objeto de numerosas críticas, siendo que la posición mayoritaria de la doctrina caracteriza la huelga como la “omisión, reducción o alteración colectiva y transitoria de trabajo, con una finalidad de reclamo o protesta” (Ermida, 2014, p. 15).

Ahora bien, cualquiera que sea la definición de huelga que se adopte, es claro que la misma se caracteriza por una alteración de la producción de bienes o la prestación de servicios. Al respecto, no se debe perder de vista que la huelga tiene un carácter

instrumental, pues a través de esta medida los trabajadores buscan lograr la atención de un reclamo o protesta para la satisfacción de sus intereses económicos o sociales⁵⁸.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de señalar que: “(...), a través del derecho a la huelga, los trabajadores se encuentran facultados para desligarse de manera temporal de sus obligaciones jurídico contractuales, a efectos de lograr la obtención de algún tipo de mejora por parte de sus empleadores, en relación a ciertas condiciones socioeconómicas o laborales. La huelga no tiene una finalidad en sí misma, sino que es un medio para la realización de determinados fines ligados a las expectativas e intereses de los trabajadores, y se ejerce cuando se ha agotado previamente la negociación directa con el empleador” (subrayado agregado)⁵⁹.

Para entender mejor el carácter instrumental de la huelga, debe repararse en el daño o perjuicio que esta medida produce sobre terceros, ya sea el perjuicio económico que produce al titular de la empresa o, tratándose de huelgas que afectan servicios públicos, el impacto negativo que produce sobre la comunidad o sobre los usuarios del respectivo servicio.

Así las cosas, cuando los trabajadores optan por ejercer su derecho de huelga lo hacen con la expectativa de que, para evitar el daño, el empleador o los poderes públicos van a decidir atender sus demandas o reclamaciones. Si la atención de estas reclamaciones fuese voluntaria, la huelga –o cuando menos su reconocimiento como derecho– carecería de sentido. Por ejemplo, cuando la huelga se plantea en el marco de un conflicto colectivo de intereses, también denominado conflicto económico, el ejercicio del derecho de huelga supone que los trabajadores han agotado la negociación directa

⁵⁸ A mayor abundamiento, podemos citar lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Informe de Fondo N° 157/19 Caso 12.432, Ex trabajadores del organismo judicial. Guatemala*:

“Teniendo en cuenta que el ejercicio del derecho a la huelga consiste en la suspensión colectiva de la actividad laboral en forma voluntaria y pacífica, por lo general a efectos de lograr la obtención de algún tipo de mejora relacionada a ciertas condiciones socioeconómicas o laborales, la CIDH subraya el componente instrumental del mismo para la consecución de otros derechos fundamentales dentro del ámbito laboral, el equilibrio en las relaciones entre empleadores y trabajadores, la resolución de conflictos colectivos laborales y la materialización del respeto de la dignidad humana y los derechos laborales, es decir se convierte en cauce del principio democrático participativo dentro de la esfera del trabajo”.

Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2019/12432FondoEs.pdf>

⁵⁹ Fundamento 12 de la sentencia del Tribunal Constitucional del 28 de octubre de 2010, recaída en el expediente N° 02211-2009-PA/TC. Recuperada de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/02211-2009-AA.html>

con la empresa para la solución del pliego de reclamos. De igual modo, cuando la huelga tiene por objeto un conflicto colectivo de derecho, también denominado conflicto jurídico, se ejercita ante la afectación de derechos, de origen legal o convencional, por parte del empleador, lo cual denota la ausencia de voluntad de este último de cumplir la normativa sociolaboral.

Si bien el derecho de huelga implica el poder jurídico o la facultad de los trabajadores de infligir un daño a los intereses empresariales, se trata de un daño legítimo y, por tanto, jurídica y socialmente aceptado. En tal sentido, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que, desde una perspectiva doctrinaria, la huelga debe ser convocada tomando en consideración “(l)a existencia de proporcionalidad y carácter recíproco de las privaciones y daño económico para las partes en conflicto”⁶⁰.

En la jurisprudencia nacional, una de las pocas referencias al carácter instrumental del derecho de huelga, se encuentra en la Casación Previsional N° 3480-2014-LIMA, en la que se establece:

e) Al tratarse de un derecho que se ejerce en el marco de un conflicto legítimo, su finalidad se encuentra relacionada a generar un perjuicio en los intereses de la parte empleadora, allí radica la efectividad del derecho. De lo contrario, la sola suspensión del contrato de trabajo no tendría ninguna incidencia en el ejercicio de este derecho fundamental

f) Siendo ello así, la protección del derecho no puede ser otra que la prohibición de cualquier tipo de actuación empresarial que tenga como finalidad privar de efectividad a la huelga.

Para mayor ilustración de lo expuesto, se puede citar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, que en su Sentencia 11/1981 del 8 de abril de 1981, se ha referido a la huelga como “un instrumento de presión en el proceso de producción de bienes o servicios”, y posteriormente, en la Sentencia 123/1992, del 28 de setiembre de 1992, ha señalado que “(la) paralización parcial o total del proceso productivo se convierte así en un instrumento de presión respecto de la empresa, para equilibrar en

⁶⁰ Fundamento 41 de la sentencia del Tribunal Constitucional del 12 de agosto de 2005, recaída en el expediente N° 008-2005-PI/TC. Recuperada de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00008-2005-AI.html>

situaciones límite las fuerzas en oposición, cuya desigualdad real es notoria”⁶¹, añadiendo que “(l)a finalidad última de tal arma que se pone en manos de la clase trabajadora, es el mejoramiento de la defensa de sus intereses”⁶².

Dicho todo esto, no queda duda de que una tutela sustancial, no meramente formal, del derecho de huelga no solo implica garantizar la libertad que tienen los trabajadores de ejercitar o no la huelga (lo que comprende la facultad de establecer el petitorio de reivindicaciones, de adoptar las medidas necesarias para su desarrollo, de determinar el plazo de la huelga, entre otras atribuciones), sino también proteger este derecho ante cualquier acto que tienda a privarlo de eficacia.

De allí que deba prestarse especial atención a los actos o comportamientos empresariales que estén dirigidos a bloquear o neutralizar los efectos de la huelga, la cual -como se señaló al inicio del presente acápite- se caracteriza por interrumpir o alterar la producción de bienes y servicios.

En ese sentido, el artículo 77 de la LRCT señala que la huelga, entre otros efectos, determina la abstención total de las actividades de los trabajadores en ella comprendidos, con excepción del personal de dirección o de confianza y del personal que cubre los servicios mínimos, e impide retirar del centro de trabajo las maquinarias, materias primas u otros bienes, salvo circunstancias excepcionales con conocimiento previo de la Autoridad de Trabajo. Con ello se busca asegurar los efectos perturbadores de la huelga sobre la producción de bienes y servicios.

En concordancia con ello, el artículo 70 del Reglamento de la LRCT establece que el empleador no podrá contratar personal de reemplazo para realizar las actividades de los trabajadores en huelga, a lo que el numeral 25.9 del artículo 25 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo agrega que esta prohibición aplica ya sea que se trate de personal contratado de manera directa por el empleador o a través de intermediación laboral o la contratación y subcontratación de obras o servicios.

⁶¹ Sentencia publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE), el 25 de abril de 1981. Recuperada de:

<https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/11>

⁶² Sentencia publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE), el 28 de setiembre de 1992. Recuperada de:

<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2010>

Del artículo 77 de la LRCT se colige también la prohibición del denominado “esquirolaje interno”, entendido este como la sustitución de los huelguistas por otros trabajadores de la propia empresa, no huelguistas, a los que se les modifica las condiciones de lugar, tiempo y/o modo del trabajo. En ese sentido, se ha señalado que el numeral 25.9 del artículo 25 del Reglamento de la LRCT “ha sido diseñado normativamente como una “cláusula de interpretación analógica”, de modo que el mismo comprendería dentro de su ámbito de aplicación a otros supuestos análogos al esquirolaje externo, tales como el esquirolaje interno o incluso el novísimo esquirolaje virtual” (Espinoza, 2013, p. 9). En ese mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación Previsional N° 3480-2014 LIMA al señalar lo siguiente:

Noveno: Siendo la huelga un instrumento de presión por el cual los trabajadores buscan provocar una afectación a los intereses de su empleador ante la existencia de un conflicto de intereses, queda claro que la sustitución de los trabajadores en huelga, ya sea con personal interno, contratado o de terceros, disminuirá sus efectos. Por tanto, toda medida que busque reducir o eliminar los efectos de una huelga legítima deviene en prohibida; asimismo la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo contiene las normas que prohíben el esquirolaje en situaciones de huelga, debiendo entenderse que se encuentra incluida en esta prohibición, no solo el esquirolaje externo sino también el interno.

(...)

Décimo Primero: Que, la infracción relacionada con la realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga, comprende también el caso en que el empleador efectúe movilizaciones internas de su propio personal para ejecutar las labores de los trabajadores en huelga, y en general, cualquier otro comportamiento del mismo que esté destinado a restarle efectividad a cualquier medida de acción iniciado por los trabajadores en huelga⁶³.

Sin embargo, esta actual construcción legislativa y jurisprudencial de la garantía sustantiva del derecho de huelga requiere ser repensada cuando la huelga se presenta

⁶³ A mayor abundamiento, véase el Informe N° 76-2021-MTPE/2/16.3 de la Dirección General de Políticas para la Promoción de la Formalización Laboral e Inspección del Trabajo. Disponible en: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/09/Informe-76-2021-MTPE-2-16.3-LPDerecho.pdf>

en los ámbitos complejos de las redes empresariales y los grupos de empresa. En ese punto interesa distinguir, cuando menos, dos escenarios.

El primero es cuando el conflicto colectivo de trabajo que involucra tanto a los trabajadores de las empresas contratistas o empresas subsidiarias, como a los trabajadores de la empresa principal o empresa matriz del grupo. En este caso, la articulación de intereses plurales o colectivos entre los trabajadores de la red o del grupo, independientemente del empleador de cada uno de ellos, da lugar a nuevos ámbitos de la acción y la autotutela colectiva, más allá de los tradicionales niveles de empresa y rama de actividad. De allí que los grupos de empresas y las redes empresariales, a la par que constituyen formas complejas de organización empresarial en un contexto de descentralización productiva, también puedan aparecer como ámbitos para el ejercicio de la huelga; máxime si reconocemos, como lo planteó tiempo atrás De la Jara, que “el objeto de la huelga puede estar en todos los campos o ámbitos donde se tomen decisiones que afecten los intereses de los trabajadores” (De la Jara, 1986, p. 197).

Puede ocurrir, por ejemplo, que los trabajadores de las empresas contratistas o empresas subsidiarias quieran negociar un pliego de reclamos de forma conjunta con sus empleadores y con la empresa matriz o empresa principal (situación a la que se hace referencia en los acápites anteriores), o inclusive que se planteen reclamaciones por supuestos incumplimientos laborales o en materia de seguridad y salud en el trabajo, que involucren a todas o varias empresas de la red o del mismo grupo empresarial. Recuérdese que, de acuerdo con el principio-deber de prevención reconocido en la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, el empresario debe garantizar el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de aquellos trabajadores que, si bien no tienen vínculo laboral con él, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores. Este sería el caso de los trabajadores desplazados a su centro de labores en el marco de una tercerización interna.

Por su parte, el segundo escenario es cuando la huelga la declaran los trabajadores de una o más empresas integrantes de una misma red empresarial o grupo económico, pero sus efectos pueden terminar afectando a todas las sociedades de la red o del grupo.

En este caso, la empresa principal o la empresa matriz, así como las demás empresas contratistas o empresas del grupo, según corresponda, están fuera del concreto ámbito

del conflicto, pero la huelga termina teniendo un impacto sobre el ciclo productivo en su conjunto.

El denominador común en ambos escenarios es que los efectos de la huelga no solo alcanzan la actividad del empleador, sino que impactan sobre el ciclo productivo global que es controlado por la empresa principal o la empresa matriz.

En ese contexto, ante una huelga convocada en una de las empresas contratistas o empresas de servicios, es posible que la empresa principal o empresa usuaria -para evitar la interrupción del servicio- opte por encargar la actividad especializada o el servicio a otra empresa, sea que se trate de un nuevo proveedor o de uno con el que mantiene una vinculación previa. Cosa similar puede ocurrir tratándose de una huelga convocada por los trabajadores de una de las empresas subsidiarias del grupo, ante lo cual se decide que las demás empresas a las que aquella les presta servicios, encarguen el mismo a otra empresa, perteneciente o no al grupo.

De este modo, las actividades que estaban a cargo de los trabajadores huelguistas no dejan de ejecutarse, sino que, al ser dichas actividades parte del ciclo productivo o de los servicios internos de otra empresa, es esta última la que decide continuar con ellas, trasladándola hacia otros sujetos. En estos casos, se está ante lo que podría denominarse “esquirolaje impropio”, pues si bien la decisión es tomada por un empresario que no tiene la posición contractual de empleador respecto de los trabajadores en conflicto, con esta decisión se logra mantener la producción de bienes y servicios, neutralizando así los efectos de la huelga.

En un caso extremo, esto incluso podría terminar afectando el derecho al trabajo de los huelguistas, pues si la empresa principal o empresa usuaria decide resolver el contrato con la contratista o empresa de servicios, ello podría conllevar también la extinción de los contratos de trabajo. Recuérdese que, en el Perú, la mayor parte de los trabajadores que laboran en régimen de tercerización o intermediación laboral, son contratados a plazo determinado, bajo la modalidad de “obra determina o servicio específico”, por lo que la duración de sus contratos suele depender de la vigencia del contrato civil o comercial que su empleador tiene con la empresa principal.

De optarse por una interpretación literal del artículo 77 de la LRCT, así como del artículo 70 de su Reglamento y del numeral 25.9 del artículo 25 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, se concluiría que el llamado “deber de soportar” los

efectos de la huelga solo alcanza al empleador de los trabajadores huelguistas, no así a los otros sujetos empresariales vinculados con él. Con ello, el ordenamiento jurídico no podría dar respuesta a la problemática descrita precedentemente.

En ese contexto, es necesario que la justicia laboral desarrolle una interpretación extensiva del artículo 77 LRCT y de sus normas reglamentarias, de modo que se entienda que el “deber de soportar” los efectos de la huelga no solo recae sobre el empleador de los trabajadores huelguistas, sino también sobre aquellos otros empresarios que están en condiciones de bloquear o neutralizar dichos efectos.

Precisamente, como ejemplo de la construcción de un “empleador instrumental o putativo”, Sanguinetti menciona la extensión realizada por el Tribunal Supremo español del deber de soportar los efectos del ejercicio del derecho de huelga, “del empresario directamente afectado por la medida a aquellos que mantienen con él vínculos económicos y organizativos de suficiente intensidad como para considerar que su intervención resulta decisiva para la solución del conflicto, estando por tanto al menos tan interesados como el primero en esquivar las consecuencias negativas de ese ejercicio sobre sus procesos productivos” (Sanguinetti, 2018, pp. 148-149)⁶⁴.

La primera de las sentencias en las que se planteó una proyección del “deber de soportar” hacia otros empresarios que no tenían la condición de empleadores respecto de los trabajadores en huelga fue la del 11 de febrero de 2015 (Rec. 95/2014. Caso Prisa o Caso Pressprint), la cual se ocupó de un supuesto de sustitución de la prestación de una empresa afectada por una huelga, que se encargaba de la impresión de las publicaciones de un grupo editorial del que formaba parte, por la de un contratista externo, llegando a declarar el Tribunal Supremo, “en aplicación de la doctrina contenida en la STC 75/2010”, que este comportamiento, adoptado por las demás empresas del grupo, provocó “un vaciamiento del contenido del derecho de huelga”, al haber conseguido con la normal aparición de las mismas “presentar una apariencia de normalidad” que privó a la huelga de los trabajadores de la contratista de “repercusión apreciable”, despojándola de “su finalidad de medio de presión” (Sanguinetti, 2020, p. 33).

⁶⁴ Al respecto, Sanguinetti (2020, p. 27) señala que esta construcción jurisprudencial tiene como punto de partida la concepción instrumental del derecho de huelga, afirmada por el Tribunal Constitucional español en dos destacadas sentencias: la STC 11/1981, del 8 de abril de 1981, y la STC 123/1992, del 28 de septiembre de 1992, ambas recuperadas de: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES>

Luego de ello, vino la sentencia del 20 de abril de 2015 (Rec. 354/2014. Caso Coca Cola), que trató de un supuesto de afectación de la efectividad de la huelga por el recurso, no a un contratista externo para suplir las tareas de que realizaba una de las empresas del grupo en provecho de las demás, sino a las demás plantas propiedad de las restantes empresas del mismo, que ejecutaban tareas de abastecimiento similares a las de la afectada por la huelga en otros territorios, con el fin de satisfacer la demanda no atendida por la primera debido a la huelga, cosa que nunca había ocurrido antes. Ante ello, el Tribunal Supremo no dudará en calificar la situación creada como constitutiva de un supuesto de “esquirolaje impropio” prohibido por la Constitución, en la medida en que la “minimización o eliminación de los efectos nocivos que el desabastecimiento de productos había de producir” supuso una “vulneración del derecho de huelga”, que privó además “de cualquier eficacia o fuerza a la posición que en la mesa pudieran tener los representantes de los trabajadores durante el período de consultas” (Sanguinetti, 2020, p. 35).

En tercer lugar, se tiene la sentencia del 16 de noviembre de 2016 (Rec. 591/2016. Caso Altrad). En ella, el Tribunal Supremo desestimó la demanda por vulneración del derecho de huelga del personal de una empresa dedicada a las actividades auxiliares de montaje, desmontaje y alquiler de andamios, la cual habría sido realizada por la misma al haber comunicado a sus clientes la imposibilidad de prestarles los servicios contratados durante los días de huelga; circunstancia ante la cual estos optaron por recurrir a otras empresas dedicadas a la misma actividad. La demanda es rechazada por entender el Tribunal Supremo que “no existe vinculación que justifique” responsabilizar a la empresa afectada por la huelga “de una conducta en la que no ha participado”, siendo que la “condición de clientes” de las referidas empresas no determina “ninguna vinculación especial” con la primera “que pueda condicionar la decisión” de aquellas “de contratar trabajos con otras empresas de la competencia durante la huelga”. Consideración a la que se suma, otra vez a mayor abundamiento, el hecho de que las mismas tampoco “forman un grupo de empresas” con la demandada. Todo lo cual determina que se trate de “un caso bien distinto” al contemplado en la primera sentencia de la serie, donde se sostuvo la existencia de una “especial vinculación” entre las sociedades participantes en la vulneración, todas las cuales fueron demandadas (Sanguinetti, 2020, p. 36).

Las últimas de la serie son dos sentencias del 3 de octubre de 2018 (Recs. 3365/2016 y 1147/2017. Casos Grupo Zeta y ABC Sevilla, respectivamente). En ambas sentencias,

de textos muy similares, el Tribunal Supremo español parte de apreciar la existencia de una doble vinculación –orgánica y funcional– entre las empresas concernidas, en la medida en que todas forman parte de un mismo grupo empresarial en el que “opera” además un “fenómeno de descentralización productiva” con arreglo al cual los bienes y servicios que colocaban en el mercado “son el producto de la coordinación de tareas entre las diversas empresas” que lo componen. Esta es una constatación que le permite traer a colación un argumento presente ya en la STC 75/2010 y que resulta decisivo para la solución de la controversia: dado que existe una “cierta fragmentación de la actividad empresarial”, la “actuación coordinada” de las demás empresas del grupo “puede repercutir sobre algunos derechos de los trabajadores de cualquiera de las empresas” que lo componen. De ello deduce la existencia, en estos casos, de “una obligación conjunta de respeto de los derechos de los trabajadores, singularmente de los colectivos” y, en particular, del derecho de huelga. En concreto, afirma, que “en empresas vinculadas por fenómenos de descentralización productiva”, “pesa sobre el grupo que funciona como una organización productiva y/o comercial”, “el deber de respeto y no injerencia en el derecho fundamental que ejerza cualquier colectivo de trabajadores de empresas pertenecientes al grupo” (Sanguinetti, 2020, p. 37).

En resumen, el Tribunal Supremo español ha considerado que sí es posible la vulneración de los derechos de libertad sindical y de huelga por empresas que no tienen relación laboral directa con los trabajadores huelguistas, cuando aquellas y el empleador pertenecen al mismo grupo económico y los trabajadores prestan servicios en actividades contratadas a su empleador por las otras empresas del grupo, y en base a ello, ha extendido a estas empresas el “deber de soportar” los efectos de la medida de fuerza.

Ahora bien, si de lo que se trata es de proteger el derecho de huelga de cualquier acto o comportamiento de terceros tendiente a privarlo de eficacia, resulta razonable que la garantía sustantiva que se ha diseñado para tal finalidad -esto es, el “deber de soportar” los efectos de la huelga- comprenda a todos aquellos sujetos que están en la capacidad de bloquear o neutralizar los efectos de la huelga. En otras palabras, la extensión del “deber de soportar” los efectos de la huelga hacia otros empresarios que no tienen la condición jurídica de empleador respecto de los trabajadores en conflicto, estaría sustentada en la capacidad de dichos empresarios de neutralizar la eficacia de la huelga.

Así las cosas, cabe preguntarse ¿en qué casos terceras empresas, no empleadoras de los trabajadores huelguistas, tendrían la capacidad de privar a la huelga de sus efectos?

Un primer supuesto se presenta en los grupos de empresas en cuyo interior se establecen fórmulas de colaboración interempresarial, generalmente a través de la tercerización de actividades especializadas.

Este es el caso de los grupos formados a partir de estrategias de descentralización productiva, es decir, a partir de la segregación de actividades productivas que antes se concentraban en una sola empresa pero que ahora son asumidos por otras empresas del mismo grupo. De este modo, las distintas empresas que conforman el grupo no solo aparecen vinculadas bajo una dirección económica unitaria, con vínculos accionariales o societarios entre sí, sino que además las actividades de las empresas subsidiarias aparecen integradas dentro del ciclo productivo global bajo control de la empresa matriz.

Así ocurriría, por ejemplo, en los grupos empresariales de los sectores telecomunicaciones y *retail*, donde algunas empresas subsidiarias brindan servicios a otras empresas del grupo bajo el modelo de tercerización, tales como, servicios de gestión de proyectos, servicios logísticos de transporte y almacenaje, cobranza y recaudación, comercialización de productos, entre otros.

El hecho de que al interior del grupo empresarial se recurra a formas de subcontratación o tercerización de actividades, no da lugar a situaciones de confusión patrimonial (definida en la jurisprudencia comparada a partir de indicios como, por ejemplo, el uso de oficinas o almacenes comunes), o a un funcionamiento integrado de la organización del trabajo entre las respectivas empresas del grupo o “confusión de planillas”. Por tanto, la vinculación funcional que existiría en estos casos significa que estamos ante un uso patológico de la figura del grupo de empresas, de modo que bajo la teoría del “levantamiento del velo societario” se concluya la existencia de un grupo de empresas ficticio o fraudulento.

Precisamente, los casos en los que el Tribunal Supremo español ha proyectado el “deber de soportar” los efectos de la huelga hacia otros sujetos empresariales son aquellos en los que se ha verificado la existencia de procesos de tercerización intragrupo.

No obstante, este no sería el único supuesto en el que otros sujetos empresariales, no empleadores de los trabajadores huelguistas, tendrían la capacidad de neutralizar los efectos de la huelga. Piénsese, por ejemplo, en las redes empresariales, y en particular, en aquellas redes diseñadas de forma vertical o jerárquica, en las que es posible identificar relaciones de dominio o dependencia. Recuérdese que, como señala Dini (2010), la red jerárquica es aquella en la que el líder de la red, es decir, la empresa central, concentra en si todas las relaciones y tiene, además, la facultad de integrar nuevos socios o excluir los actuales (p. 18).

Esta definición se aproxima a las características de lo que otros autores denominan redes empresariales verticales, las cuales “presentan una estructura piramidal en la que la empresa principal impone las condiciones de la producción del bien o prestación del servicio o, en su caso, de su distribución a las empresas auxiliares (...) lo que permite concluir que estas mantienen su independencia y autonomía jurídica, desde todas las perspectivas, pero de facto dependen funcionalmente y, por tanto, económicamente de aquella” (Alcalá, 2010, p. 107).

Ciertamente, este supuesto reviste mayor complejidad pues, a diferencia de los grupos de empresas, las empresas que conforman una red no tienen vínculos societarios o accionariales entre sí, sino que, suelen vincularse a través de técnicas jurídico-contractuales como la tercerización, la franquicia, los contratos de distribución, etc.

En estos casos, es necesario que, entre las actividades de los trabajadores huelguistas y el proceso productivo de la empresa principal exista una vinculación lo suficientemente intensa como para concluir que esta última está en condiciones de bloquear o neutralizar los efectos de la huelga. Para ello, se debe ir más allá de los vínculos contractuales entre las empresas que conforman la red, e identificar -al igual que como ocurre con los grupos de empresas en cuyo interior operan fenómenos de descentralización productiva- una integración de las actividades de las empresas contratistas dentro del proceso productivo de la empresa principal. Es decir, no debe tratarse solo de una relación de coordinación y control, sobre la base de los contratos de tercerización, sino más bien, un funcionamiento integrado de las actividades empresariales como si se tratase de una estructura productiva o comercial unitaria.

Lo señalado en el párrafo anterior presupone que la empresa principal y las empresas contratistas tengan una vinculación contractual de largo plazo, persistente en el tiempo; excluyéndose aquellos casos en los que existe una cooperación meramente esporádica

u ocasional, en los que ni siquiera es posible hablar de una red empresarial propiamente dicha.

Sin embargo, tampoco sería suficiente que haya una relación contractual más o menos habitual o regular entre una empresa principal y sus proveedores, para concluir que se trata de un funcionamiento integrado de sus actividades. Como señala Sanguinetti, la clave en estos casos se encuentra en la falta de autonomía económica y de decisión del empresario afectado por la huelga, que se ve constreñido a actuar como una pieza de una estrategia empresarial y productiva decidida por otro (2019, p. 15).

En tal sentido, Sanguinetti (2019) plantea algunos indicios a partir de los cuales podría inferirse la existencia de una “especial vinculación” de los trabajadores de las empresas contratistas con el proceso productivo global liderado por la empresa principal:

a) la presencia de una vinculación económica y productiva estable o regular, y no meramente esporádica u ocasional; b) la integración de su actividad como una parte, fase o etapa del ciclo productivo globalmente controlado por el comitente; c) la existencia de una situación de monocomitencia o la importancia crucial para la empresa colaboradora de la actividad contratada; o d) el hecho de que la huelga afecte de manera principal o nuclear a la actividad de la empresa principal. (p. 15)

De este modo, tratándose de redes verticales de subcontratación, es posible identificar la existencia de una vinculación económica y productiva estable y regular entre empresas que se ubican en diferentes eslabones de la cadena de producción, existiendo una relación de jerarquía entre la empresa principal, ubicada a la cabeza de la red, y las empresas contratistas y subcontratistas que integran la red; de modo que la principal es quien controla globalmente el ciclo productivo y, por tanto, fija las condiciones de funcionamiento de la red, teniendo incluso, en los términos de los respectivos contratos civiles o comerciales, la facultad de integrar nuevas empresas o de desvincular a las actuales.

Las características enunciadas precedentemente exigirían que la subcontratación sea estable o regular, que la actividad externalizada sea parte integrante (entiéndase, una etapa o fase) del proceso productivo de la principal, que exista una situación de

“monocomitencia” o dependencia económica de la contratista respecto de la empresa principal y que la huelga de los trabajadores afecte de modo sustancial la actividad de la empresa principal. Todas estas características bien pueden encontrarse, por ejemplo, en las redes empresariales formadas en el sector minero, en las que -como explicamos precedentemente- una gran empresa recurre a un conjunto de “contratas mineras” para encargarles la prestación integral de las etapas de exploración, explotación y beneficio, así como a otras empresas contratistas para que estas se hagan cargo de actividades de gestión y administración, comedores y mercantil, medio ambiente, transporte de minerales y personal, geología minera, etc.

Al igual que como ocurre en los grupos de empresas, la existencia de vínculos intensos entre las actividades de las empresas que integran la red no conlleva, necesariamente, que estemos ante tercerizaciones fraudulentas que encubren una mera provisión o cesión de mano de obra. El hecho que la vinculación entre la empresa principal y las contratistas no sea ocasional o esporádica, sino que se trate de una colaboración estable o regular bajo el liderazgo de la empresa cliente, no implica que las contratistas dejen de ejecutar las actividades externalizadas por cuenta propia (es decir, contratando su propio personal y con sus propios recursos financieros, materiales y tecnológicos) y tomando los riesgos del mercado, actuando con cierto nivel de autonomía y de decisión conforme lo exigen la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038.

Pues bien, tanto en el caso de la tercerización intragrupo como en el de las redes empresariales verticales, además de la vinculación económica o contractual entre las empresas, existe una vinculación más o menos intensa entre, por un lado, los trabajadores de las empresas subsidiarias o las empresas contratista y, por otro lado, la actividad productiva de las demás empresas del grupo o el ciclo productivo de la empresa principal, de modo que un eventual ejercicio del derecho de huelga por parte de dichos trabajadores no solo afectaría a sus respectivos empleadores, sino que se extendería sobre el proceso productivo en su conjunto. En ese sentido, las otras empresas del grupo o la empresa principal, lejos de permanecer como terceros ajenos al conflicto, tienen interés en la resolución del mismo, que ponga fin a la huelga, o cuando menos, en que se neutralicen o aminoren los efectos de esta medida.

Conclusiones

Los procesos de descentralización productiva no deberían conllevar un desconocimiento de la libertad sindical ni impedir que los trabajadores ejerzan sus derechos colectivos. Sin embargo, en la realidad, el ejercicio de estos derechos, incluyendo los derechos de negociación colectiva y huelga, sí se ve fuertemente impactado por las estrategias de descentralización, las cuales inciden sobre el sistema de relaciones laborales en su conjunto.

De este modo, las complejas formas de organización empresarial que resultan de los procesos de descentralización productiva, como son las redes empresariales y los grupos de empresas, plantean no pocas dificultades para el efectivo ejercicio de la libertad sindical, en general, y de los derechos de negociación colectiva y de huelga, en particular. Ello, debido al empequeñecimiento de las unidades empresariales, la existencia de distintas empresas que intervienen en un mismo ciclo de producción (e incluso, en los servicios internos de otras empresas), el condicionamiento de la organización del trabajo en algunas unidades a los términos y exigencias contractuales que imponen otras empresas, entre otros factores.

La regulación nacional en materia de negociación colectiva y de huelga, contenida en la LRCT, que data del año 1992, asume que el ámbito de las relaciones colectivas es una proyección de los contornos del contrato de trabajo. Producto de ello, las garantías sustantivas previstas en el ordenamiento jurídico para proteger los derechos de negociación colectiva y de huelga tienen como “criterio de imputación” la condición contractual de empleador. Es decir, las obligaciones y prohibiciones que la LRCT establece para garantizar dichos derechos constitucionales son atribuidas a quien ocupa la posición de empleador en el contrato de trabajo.

El hecho que las obligaciones y prohibiciones legales que se establecen para garantizar los derechos de negociación colectiva y de huelga tengan como “criterio de imputación” la posición contractual de empleador no presenta mayores inconvenientes en aquellos casos en los que aún existe una identidad entre el sujeto empleador y el titular de la estructura empresarial. Sin embargo, sí conlleva importantes problemas cuando se está ante procesos de descentralización productiva.

Con respecto al derecho de negociación colectiva, de una lectura conjunta de los artículos 41, 54 y 57 de la LRCT, se desprende que el empleador está legalmente

obligado a negociar colectivamente una vez que recibe el pliego de reclamos; además, debe hacerlo de buena fe, por lo que está prohibido de realizar cualquier acción que pueda resultar lesiva a los trabajadores durante la negociación. Por su parte, los artículos 55 y 56 de la LRCT establecen la obligación del empleador de entregar, tanto a los representantes de los trabajadores como al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, información sobre la situación económica, financiera y laboral de la empresa.

No obstante, una lectura literal de las disposiciones citadas precedentemente resulta insuficiente de cara a las estructuras empresariales complejas que resultan de la descentralización productiva. Así, aun cuando pueden constituirse sindicatos de grupos de empresas o sindicatos de redes empresariales de subcontratación, los cuales podrían presentar un pliego de reclamos a la empresa matriz del grupo o a la empresa principal, según sea el caso, estas últimas no tendrían la obligación legal de recibir el pliego e iniciar las negociaciones. De igual modo, si estas organizaciones sindicales solicitasen información sobre la situación económica o financiera del grupo o sobre la marcha del negocio global en el que participan las distintas empresas contratistas y subcontratistas, la empresa matriz o empresa principal podría negarse a brindar la información, argumentando que la obligación legal solo alcanza al empleador, no así a los empresarios que contractualmente no tienen dicha condición.

En cuanto al derecho de huelga, la principal garantía sustantiva que la LRCT establece para este derecho es la prohibición del empleador de contratar personal de reemplazo para realizar las actividades de los trabajadores en huelga, ya sea de manera directa o a través de intermediación laboral o contratación y subcontratación de obras o servicios, así como de retirar bienes de la empresa sin autorización de la Autoridad Administrativa de Trabajo. De este modo, en el artículo 77 de la LRCT y el artículo 70 de su reglamento se encuentra la recepción normativa de lo que se conoce como “el deber de soportar” las consecuencias o efectos del ejercicio del derecho de huelga, en tanto este derecho conlleva reconocer a los trabajadores el poder jurídico, no solo de incumplir temporalmente sus obligaciones contractuales, sino de producir con ello un daño - jurídicamente admitido- al titular de la empresa.

Sin embargo, una interpretación literal de la LRCT en este punto deja fuera aquellos casos en los que la decisión que puede afectar la eficacia de la huelga proviene no del empleador, sino de otra empresa. Por ejemplo, cuando ante una huelga de trabajadores de una empresa que brinda servicios a otras firmas de su mismo grupo empresarial, estas últimas optan por encargar el servicio a otra empresa, o cuando ante una huelga

de trabajadores de empresas contratistas, subcontratistas o de servicios, la empresa principal o usuaria contrata los servicios de otra empresa; decisión que incluso podría afectar la continuidad de los contratos de trabajo de los huelguistas.

Al tratarse los derechos de negociación colectiva y de huelga de derechos constitucionales, cuyos fundamentos jurídicos los encontramos en el principio fundamental de dignidad humana y en la fórmula de *Estado social y democrático de Derecho* consagrados en la misma Constitución, el Estado tiene un “deber de protección” respecto de ellos, no solo frente a un individuo en particular sino frente a la totalidad de los ciudadanos. Esta protección pasa básicamente por emitir normas que establezcan obligaciones y prohibiciones legales que sean indispensables para garantizar el ejercicio de los derechos (las llamadas “garantías primarias”), así como por el establecimiento de mecanismos a través de los cuales puede obtenerse la reparación o sanción judicial de las lesiones de los derechos (las llamadas “garantías secundarias”).

Existiendo reglas que establecen obligaciones y prohibiciones concretas para garantizar los derechos de negociación colectiva y de huelga, pero que, interpretadas de forma literal, se muestran insuficientes para hacer frente a los casos que se presentan en la realidad, existe la necesidad de una lectura correctora que supere las deficiencias que resultan de esta interpretación literal. Esta lectura correctora pasa interpretar las actuales garantías conforme a la Constitución y a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, y a partir de ello, optar por dos de los principales métodos interpretativos postulados por la teoría general del derecho, el método lógico o *ratio legis*, que permite desentrañar la finalidad interna de la norma, y el método sociológico, que permite interpretarla a la luz de la evolución de la realidad social que se busca regular.

Ello trae como resultado una interpretación extensiva de las normas de la LRCT que establecen obligaciones y prohibiciones para garantizar los derechos de negociación colectiva y de huelga, de modo que las garantías sustantivas o primarias de los mencionados derechos sean aplicables a más casos que los que sugiere el sentido literal o riguroso de la ley.

Esto coloca a los jueces frente a la aplicación de la tesis del “empleador putativo o instrumental”, la cual permite reconstruir, desde la jurisprudencia, las actuales garantías sustantivas de los derechos de negociación colectiva y huelga. Esta tesis consiste en crear una posición de empleador de manera artificiosa y con un carácter meramente

instrumental, por razones de garantía de los derechos fundamentales laborales. De este modo, la aplicación de determinadas obligaciones o prohibiciones impuestas por la ley al empleador formal, como garantías sustantivas de un derecho fundamental del trabajador, se extiende a un sujeto diferente del empleador. Se trata de un empleador artificial o instrumental, en tanto que, no siendo formalmente el empleador, es tratado como tal en una situación concreta y para un efecto particular.

La aplicación del “empleador putativo o instrumental” requiere de un doble sustento: por un lado, la necesidad ya mencionada de garantizar un derecho fundamental laboral y, por otro lado, la existencia de un factor de atribución, es decir, de una razón suficiente por la cual se justifica que una obligación o prohibición a cargo del empleador se extienda también a otro empresario.

En ese sentido, un método para la aplicación de esta tesis, que pueda ser utilizado por los operadores jurídicos, en especial por los jueces, puede considerar cuatro pasos: 1) planteado el caso concreto, identificar el problema que se plantea al ejercicio del derecho; 2) identificar la garantía sustantiva, es decir, la obligación o prohibición, aplicable; 3) determinar si el actual sentido interpretativo de la garantía sustantiva resulta o no adecuado y suficiente para el cumplimiento de su finalidad constitucional; y finalmente, 4) “reinterpretar” el contenido normativo de la garantía sustantiva. En este último paso, debe ampliarse el concepto de “empleador” en tanto sujeto activo de la obligación o prohibición jurídica, y toda vez que esta ampliación se justifica no solo por la necesidad de garantizar el derecho, sino además por razones de coherencia sistemática, el factor de atribución juega aquí un papel central.

Una “recomposición” jurisprudencial de la obligación legal de negociar del empleador pasaría por entender que, frente al derecho constitucional de los trabajadores a negociar colectivamente, existe la obligación jurídica de negociar, independientemente de si finalmente se arriba o no a un acuerdo, de aquellos empresarios que tienen poder de decisión, directo o indirecto, sobre las condiciones de trabajo o de empleo de dichos trabajadores.

Si la libertad de los trabajadores de *negociar* o *no negociar* es una libertad jurídicamente protegida y, por ello, el legislador ha establecido la obligación de negociar de la contraparte empresarial, la labor interpretativa del juez no podría desconocer que, en los procesos de descentralización productiva, las decisiones que puedan tomar las empresas contratistas o las empresas subsidiarias, sobre las condiciones de trabajo o

de empleo de sus respectivos trabajadores, están condicionadas, en mayor o menor medida, por las estrategias, políticas o decisiones de la sociedad principal o matriz.

Así, la empresa principal o la empresa matriz estarían legalmente obligadas a recibir el pliego de reclamos e iniciar las reuniones de negociación directa, pese a no tener la condición de empleadoras. Claro está que la extensión de la obligación de negociar solo tendría lugar en aquellos casos en los que la vinculación contractual o económica entre las empresas sea estable o continua, de modo que, a partir de este nexo, se consolide una posición hegemónica de la principal respecto de las contratistas.

Con respecto a la obligación legal de proporcionar las informaciones acerca de la situación económica, financiera y laboral de la empresa, puede ser que los trabajadores de las empresas contratistas o subsidiarias, queriendo negociar únicamente con su respectivo empleador, soliciten información acerca de la situación económica y social de la red empresarial o del grupo en su conjunto.

En este caso, el empleador sigue siendo la contraparte de la negociación, pero para poder negociar con conocimiento de causa, los trabajadores pueden necesitar conocer, por ejemplo, los procesos y niveles de la toma de decisiones en la red o en el grupo, la situación financiera del grupo, la estructura salarial, las modalidades de contratación, etc., información que obra en poder de la empresa principal o de la empresa matriz, según sea el caso. Así las cosas, resulta razonable sostener, en aras de que el derecho de información de los trabajadores no termine vaciado de contenido en los contextos de descentralización productiva, que la obligación de proporcionar la información debe alcanzar también a la empresa principal o a la empresa matriz, cuando esta cuente con informaciones necesarias para los trabajadores puedan negociar con conocimiento de causa y que, de este modo, el derecho constitucional a la negociación colectiva sea efectivo.

En lo que respecta al derecho de huelga, también es necesario que la justicia laboral desarrolle una interpretación extensiva del artículo 77 LRCT y de las normas reglamentarias de desarrollo, de modo que se entienda que el “deber de soportar” los efectos de la huelga no solo recae sobre el empleador de los trabajadores huelguistas, sino también sobre aquellos otros empresarios que están en condiciones de bloquear o neutralizar dichos efectos.

Si de lo que se trata es de proteger el derecho de huelga de cualquier acto o comportamiento de terceros tendiente a privarlo de eficacia, resulta razonable que la garantía sustantiva que se ha diseñado para tal finalidad -esto es, el “deber de soportar” los efectos de la huelga- comprenda a todos aquellos empresarios que, pese a no tener la condición de empleador respecto de los huelguistas, están en la capacidad de bloquear o neutralizar los efectos de la huelga.

Ello ocurre cuando, entre las actividades de los trabajadores huelguistas y el proceso productivo global existe una vinculación lo suficientemente intensa como para concluir que esta última está en condiciones de bloquear o neutralizar los efectos de la huelga. Un primer supuesto se presenta en los grupos de empresas en cuyo interior se establecen fórmulas de colaboración interempresarial, generalmente a través de la tercerización de actividades especializadas. Otro supuesto es el de las redes empresariales diseñadas de forma vertical o jerárquica, como es el caso de las redes de subcontratación en las que es posible identificar la existencia de una vinculación económica y productiva estable y regular entre empresas que se ubican en diferentes eslabones de la cadena de producción, existiendo una relación de jerarquía entre la empresa principal, ubicada a la cabeza de la red, y las empresas contratistas y subcontratistas que integran la red.

En ambos supuestos existe una vinculación más o menos intensa entre, por un lado, los trabajadores de las empresas subsidiarias o las empresas contratista y, por otro lado, la actividad productiva de las demás empresas del grupo o el ciclo productivo de la empresa principal, de modo que un eventual ejercicio del derecho de huelga por parte de dichos trabajadores no solo afectaría a sus respectivos empleadores, sino que se extendería sobre el proceso productivo en su conjunto. De este modo, las otras empresas del grupo o la empresa principal, lejos de permanecer como terceros ajenos al conflicto, tienen interés en la resolución del mismo, que ponga fin a la huelga, o cuando menos, en que se neutralicen o aminoren los efectos de esta medida.

Ciertamente, con la tesis del “empleador putativo o instrumental” no se llega a rediseñar la configuración legal de aquellos derechos fundamentales laborales cuya regulación requiere ser puesta en sintonía con los nuevos tiempos. En los casos específicos de la negociación colectiva y la huelga, la aplicación de esta tesis deja sin resolver otros aspectos, tales como la legitimación de los sujetos que intervienen en la negociación, los niveles, los contenidos y el procedimiento de la negociación, o como la comunicación

previa de la huelga y la cobertura de los servicios mínimos en caso de servicios esenciales y actividades indispensables.



Referencias bibliográficas:

- Alcalá Díaz, M. A. (2010). Técnicas jurídico-contractuales de descentralización empresarial. En Gaeta, L. y Rosario G. (Ed.). *Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo* (pp. 95-159). Ed. Bomarzo.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Arce Ortiz, E. (2003a). Grupo de empresas y Derecho Laboral. *IUS ET VERITAS*, 13(26), 245-258.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16246>
- Arce Ortiz, E. (2003b). *La circulación de trabajadores en el grupo de empresas*. Mergablum.
- Arce Ortiz, E. (2006). *Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*. Palestra Editores.
- Arce Ortiz, E. (2008). Imputación de cargas laborales en la subcontratación. ¿Persiguiendo un gigante o un molino de viento? En *III Congreso Nacional de Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Alcances y eficacia del Derecho del Trabajo: tercerización, inspección y derechos colectivos* (pp. 21-50). Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Arce Ortiz, E. (2019). La crisis del concepto de empleador en las redes empresariales. Análisis de casos sobre el empleador putativo o instrumental en Perú. En Sanguinetti, W. y J. B. Vivero Serrano (Eds.), *La construcción del derecho del trabajo de las redes empresariales* (pp. 93-102). Ed. Comares.
- Baz Rodríguez, J. (2002). *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*. Granada: Ed. Comares.
- Canessa Montejo, M. (2013). *La negociación colectiva en el contexto de la descentralización productiva peruana*. Nueva Serie de Cuadernos de trabajo.
<http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/46729>

Castello, A. (2019). El empleador complejo. En Sanguinetti, W. y J. B. Vivero Serrano (Eds.), *La construcción del derecho del trabajo de las redes empresariales* (pp. 77-92). Ed. Comares.

Collins, H. (10 de noviembre de 2015). A Review of The Concept of The Employer by Dr Jeremias Prassl. University of Oxford. Faculty of Law.
<https://www.law.ox.ac.uk/content/labour-law-0/blog/2015/11/review-concept-employer-dr-jeremias-prassl>

Cruz Villalón, J. (2006). *Derecho del trabajo (en sus dimensiones individuales y colectivas) y descentralización productiva*. XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad.
<https://islssl.org/wp-content/uploads/2013/01/SpainSpanish-Villalon.pdf>

De Castro Cid, B. (2004). El debate sobre los métodos de interpretación. En De Castro Cid, B. (Coord.), *Manual de teoría del derecho*. Editorial Universitas.

De la Jara, E. (1986). *Derecho de Huelga en el Perú, dos modelos normativos en debate*. Instituto de Defensa Legal.

Dini, M. (2010). *Competitividad, redes de empresas y cooperación empresarial*. CEPAL.
<https://www.cepal.org/es/publicaciones/7328-competitividad-redes-empresas-cooperacion-empresaria>

Espinoza, F. (2012). ¿La sustitución de trabajadores en huelga mediante el esquirolaje interno constituye una infracción administrativa? *Boletín del Viceministerio de Trabajo N° 22: Derecho de huelga*.
http://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/boletin_22/doc_boletin_22_02.pdf

Fernández Toledo, R. (2015). Empleador único (unidad económica): requisitos de configuración, alcance de la exigencia de la dirección laboral común y procedencia de la acción de subterfugio. Comentario a la sentencia de nulidad de la Corte de Apelaciones de Concepción. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 6(11), 195-202.
<https://doi.org/10.5354/0719-7551.2016.42579>

Ferrajoli, L. (2007). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trotta.

Gallardo Moya, R. (2010). La articulación de los derechos colectivos y del sujeto sindical en los empresarios complejos. En Gaeta, L. y R. Gallardo (Ed.), *Los empresarios complejos: un reto para el Derecho del Trabajo* (pp. 225-247). Ed. Bomarzo.

García-Perrote Escartín, I. (2011). La reforma de la negociación colectiva (el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes). *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, (Extra 1), 108-115.

<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/3198/documento/art14.pdf?id=3343>

Gestión (2018). "Outsourcing: 86% de empresas en Perú tercerizan servicios". Gestión. Lima, 27 de abril. Consulta: 24 de junio de 2020.

<https://gestion.pe/economia/outsourcing-86-empresas-peru-tercerizan-servicios-232422-noticia/?ref=gesr>

Goerlich Peset, J. M. (2018). Ejercicio del derecho de huelga en el contexto de la descentralización productiva. En *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 175-198). Cinca. <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2018/05/3-1-JMGoerlich-derecho-de-huelga-en-descentralizacion-productiva.pdf>

Hohfeld, W.N. (2009). *Conceptos jurídicos fundamentales*. Distribuciones Fontarama.

[http://www.circulodoxa.org/documentos/W.H.%20Hohfeld%20\(XII\).pdf](http://www.circulodoxa.org/documentos/W.H.%20Hohfeld%20(XII).pdf)

López Cumbre, L. (2015). Empresas en red. *Análisis GA&P*, julio 2015.

<https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/empresas-en-red.pdf>

Organización Internacional del Trabajo (2016). *Negociación colectiva: guía de políticas*. OIT.

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_528312.pdf

Palavecino Cáceres, C. (2016). Configuración del requisito de la dirección laboral común para la declaración de empleador único (Segundo Juzgado de Letras del Trabajo

de Santiago). *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 7(13), 189-192.

<https://doi.org/10.5354/0719-7551.2016.42509>

Pasco Cosmópolis, M. (1995). La autonomía colectiva: concepto y premisas. *IUS ET VERITAS*, 5(10), 65-71.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15476>

Plá Rodríguez, A. (1981). Los grupos de empresas. *Revista Civitas*,(6), abril-junio 1981, pp. 187-192).

Riveros Pardo, D. (2010). Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos subjetivos: una visión estructural. *Revista Derecho del Estado*,(24), 2010, 29-43.

<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337630234002>

Rojas Miño, I. (2016). La evolución de los grupos de empresas en el derecho del trabajo en Chile: desde su irrelevancia hasta la Ley N° 20.760 de 2014. *Revista Chilena de Derecho*, 43(1), 137-164.

<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372016000100007>

Rubio Correa, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Fondo Editorial PUCP, tomos I, II, III, IV, V y VI.

Rubio Correa, M. (2020). *El sistema jurídico*. Fondo Editorial PUCP.

Sanguinetti Raymond, W. (2013). *Derecho del trabajo. Tendencias contemporáneas*. Grijley.

Sanguinetti Raymond, W. (2016). La tutela sustancial del derecho de huelga en las estructuras empresariales complejas. *Revista de derecho social*,(74), 11-36.

Sanguinetti Raymond, W. (2018). El empleador plural, el empleador complejo y el empleador instrumental en las redes empresariales. En Sanguinetti, W. y J. B. Vivero Serrano (Eds.), *Impacto laboral de las redes empresariales* (pp. 115-149). Ed. Comares. <https://wilfredosanguinetti.files.wordpress.com/2019/09/articulo-el->

[empleador-plural-el-empleador-complejo-y-el-empleador-instrumental-wsanguineti.pdf](#)

Sanguineti Raymond, W. (2020). La garantía extracontractual del derecho de huelga: una reconstrucción sistemática. *Laborem Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, (22), 19-57.

Toyama Miyagusuku, J. (2008). *El contrato de trabajo y otras instituciones del derecho laboral*. Soluciones Laborales.

Toyama Miyagusuku, J. y A. VARGAS (2009). Las contratas mineras: aspectos laborales. *Revista de Derecho Administrativo*, número 08, pp. 149-169.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13991/14613>

Villavicencio Ríos, A. (2010). *La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*. PLADES.

