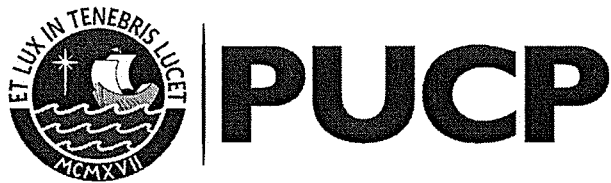


Pontificia Universidad Católica del Perú
Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

**TITULO: “LA NEGOCIACION COLECTIVA EN LOS SINDICATOS MINORITARIOS Y
LA EXTENSION DE SUS BENEFICIOS A LOS NO AFILIADOS”**

**Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho del
Trabajo y de la Seguridad Social**

Autor: Mónica Patricia Ganoza Gerónimo

Asesor: Marlene Molero Suárez

Código de alumno: 2009-2923

2017

RESUMEN

A criterio nuestro nos pareció importante desarrollar como tema de nuestra investigación el relativo a las consecuencias de la extensión unilateral de los beneficios obtenidos por un sindicato minoritario mediante negociación colectiva a los trabajadores no afiliados al sindicato con la finalidad de desalentar las afiliaciones y alentar las desafiliaciones, esa decisión unilateral del empleador aparentemente neutra conlleva una vulneración al derecho a la libertad sindical, orientada a la extinción de los sindicatos. En esa misma línea los pronunciamientos del Poder Judicial que establecen que los beneficios obtenidos por sindicato minoritario, corresponden a todos los trabajadores en virtud del Principio de Igualdad, también ponen en riesgo la existencia de los sindicatos; en tanto, también desalienta las afiliaciones.

En esa línea tenemos que con las últimas resoluciones judiciales el Estado también está contribuyendo con la extinción de los sindicatos y con ello poniendo en riesgo el sindicalismo en nuestro país. Porque al desconocer la regulación nacional e internacional sobre libertad sindical, y resolver que en virtud del "Principio de Igualdad" los beneficios obtenidos por un sindicato minoritario deben extenderse a todos los trabajadores, solo puede transmitir un mensaje negativo sobre la constitución de sindicatos y la afiliación de trabajadores, en buena cuenta un mensaje negativo sobre el sindicalismo en nuestro país, restándole importancia al proceso conocido como negociación colectiva y al producto denominado convenio colectivo, tan importantes en la creación de nuevos derechos para los trabajadores, la única herramienta que tienen los trabajadores para participar en la creación de derechos.

Sobre la extensión de beneficios obtenidos por un sindicato minoritario mediante una negociación colectiva o laudo arbitral se ha pronunciado la Corte Suprema, en sentencias no vinculantes, en el siguiente sentido:

La Casación Laboral N°2884-2009-Lima establece que los convenios colectivos suscritos con sindicatos minoritarios deben aplicarse también a los trabajadores no afiliados ya que de no hacerlo se estaría afectando el principio de igualdad y no discriminación.

En ese sentido, en la Casación Laboral N° 602-2010-Lima, la Corte Suprema ha reiterado que los Convenios Colectivos suscritos o laudos resultantes de los procedimientos de

negociación colectiva, llevados a cabo por sindicatos minoritarios, se extienden también a los trabajadores no afiliados a dichas organizaciones.

También la Casación Laboral 11477-2013-Callao ha ratificado los criterios antes descritos, precisando que los laudos arbitrales que resuelven las negociaciones colectivas entre la empresa y un sindicato minoritario se deben extender a los trabajadores no sindicalizados.

La posición de la Autoridad Administrativa de Trabajo difiere de lo resuelto por la Corte Suprema, en tanto ese tipo de fallos ponen en riesgo el sindicalismo en nuestro país. Mediante Informe N° 039-2012-MTPE/2/14 del 12 de octubre 2012 la Dirección General de Trabajo absuelve una consulta formulada por un sindicato, sobre la aplicación de un convenio colectivo de eficacia limitada a los trabajadores no sindicalizados.

Luego de un análisis sobre el contenido del convenio colectivo, la eficacia personal del convenio colectivo y la libertad sindical positiva, concluye señalando que la extensión de los beneficios de un convenio colectivo de eficacia limitada a los trabajadores no sindicalizados constituiría una vulneración al derecho a la libertad sindical, específicamente, a la libre afiliación.



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ

MAESTRIA EN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Programa de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Curso: Seminario de Trabajo Académico 2

2015-II

Docente Asesor: Marlene Molero Suárez

VERSION FINAL

**TEMA: “LA NEGOCIACION COLECTIVA EN LOS SINDICATOS MINORITARIOS Y
LA EXTENSION DE SUS BENEFICIOS A LOS NO AFILIADOS”**

Alumna: Mónica Patricia Ganoza Gerónimo

Código: 2009-2923

Lima – 2015

INTRODUCCION

El tema de investigación que abordaremos está inmerso en la ciencia social del Derecho, específicamente en el campo del Derecho del Trabajo y dentro de ella, en el área que corresponde al Derecho Colectivo del Trabajo, con gran trascendencia en cuanto a derechos fundamentales en el trabajo, partiremos de aquellos enunciados propios de la especialidad laboral, pero siempre orientando sus aplicativos al tema que motiva nuestra investigación.

Dicho esto, pasaremos a establecer cuál es la problemática que nosotros hemos identificado, así diremos en primer lugar que hemos podido verificar en nuestra realidad nacional que existen varios temas que sugieren una problemática vinculada al respeto del derecho a la libertad sindical, tanto en el ámbito individual como en el ámbito colectivo. Sabemos que la sindicalización nunca ha sido bien vista por el sector empleador, y la tendencia creciente del sector empresarial es realizar los actos necesarios que determinen la extinción de los sindicatos. Esa es la razón principal por la que existen tantas vulneraciones al derecho de libertad sindical que han podido ser constatadas por la Autoridad Administrativa de Trabajo y por el Poder Judicial, tanto en lo que concierne al derecho a la libertad sindical en el ámbito individual como la que concierne al derecho a la libertad sindical en el ámbito colectivo. Inclusive, habiéndose identificado la existencia de violaciones al derecho a la libertad sindical por parte de los empleadores, y otorgándoseles la posibilidad de cumplir en un plazo determinado mediante la adopción de medidas de orden sociolaboral por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo, es frecuente la resistencia al cumplimiento, prefiriéndose el pago de multas administrativas antes que el cumplimiento del derecho. En cuanto a la afectación de los derechos colectivos son recurrentes las denuncias presentadas ante la Autoridad Administrativa de Trabajo por afectación a la libertad sindical individual y colectiva, injerencia, incumplimiento de convenios colectivos y discriminación por actividad o afiliación sindical. Todos ellos relevantes en mayor o menor medida, sin embargo a criterio nuestro nos pareció importante desarrollar como tema de nuestra investigación el relativo a las consecuencias de la extensión unilateral de los beneficios obtenidos por un sindicato minoritario mediante negociación colectiva a los trabajadores no afiliados al sindicato con la finalidad de desalentar las afiliaciones y alentar las desafiliaciones, esa decisión unilateral del empleador aparentemente neutra conlleva una vulneración al derecho a la libertad sindical, orientada a la extinción de los sindicatos. En esa misma línea los

pronunciamientos del Poder Judicial que establecen que los beneficios obtenidos por sindicato minoritario, corresponden a todos los trabajadores en virtud del Principio de Igualdad, también ponen en riesgo la existencia de los sindicatos; en tanto, también desalienta las afiliaciones.

En esa línea tenemos que con las últimas resoluciones judiciales el Estado también está contribuyendo con la extinción de los sindicatos y con ello poniendo en riesgo el sindicalismo en nuestro país. Porque al desconocer la regulación nacional e internacional sobre libertad sindical, y resolver que en virtud del “Principio de Igualdad” los beneficios obtenidos por un sindicato minoritario deben extenderse a todos los trabajadores, solo puede transmitir un mensaje negativo sobre la constitución de sindicatos y la afiliación de trabajadores, en buena cuenta un mensaje negativo sobre el sindicalismo en nuestro país, restándole importancia al proceso conocido como negociación colectiva y al producto denominado convenio colectivo, tan importantes en la creación de nuevos derechos para los trabajadores, la única herramienta que tienen los trabajadores para participar en la creación de derechos.

Sobre la extensión de beneficios obtenidos por un sindicato minoritario mediante una negociación colectiva o laudo arbitral se ha pronunciado la Corte Suprema, en sentencias no vinculantes, en el siguiente sentido:

La Casación Laboral N°2884-2009-Lima establece que los convenios colectivos suscritos con sindicatos minoritarios deben aplicarse también a los trabajadores no afiliados ya que de no hacerlo se estaría afectando el principio de igualdad y no discriminación.

En ese sentido, en la Casación Laboral N° 602-2010-Lima, la Corte Suprema ha reiterado que los Convenios Colectivos suscritos o laudos resultantes de los procedimientos de negociación colectiva, llevados a cabo por sindicatos minoritarios, se extienden también a los trabajadores no afiliados a dichas organizaciones.

También la Casación Laboral 11477-2013-Callao ha ratificado los criterios antes descritos, precisando que los laudos arbitrales que resuelven las negociaciones colectivas entre la empresa y un sindicato minoritario se deben extender a los trabajadores no sindicalizados.

La posición de la Autoridad Administrativa de Trabajo difiere de lo resuelto por la Corte Suprema, en tanto ese tipo de fallos ponen en riesgo el sindicalismo en nuestro país. Mediante Informe N° 039-2012-MTPE/2/14 del 12 de octubre 2012 la Dirección General de Trabajo absuelve una consulta formulada por un sindicato, sobre la aplicación de un convenio colectivo de eficacia limitada a los trabajadores no sindicalizados.

Luego de un análisis sobre el contenido del convenio colectivo, la eficacia personal del convenio colectivo y la libertad sindical positiva, concluye señalando que la extensión de los beneficios de un convenio colectivo de eficacia limitada a los trabajadores no sindicalizados constituiría una vulneración al derecho a la libertad sindical, específicamente, a la libre afiliación.

Asimismo, se señala en el mencionado informe que, de aceptarse tal extensión operaría como un desincentivo a la afiliación de otros trabajadores e incluso podría operar como un incentivo a la desafiliación de trabajadores del sindicato pactante. Razonablemente, un trabajador que trabaja organizadamente para mejorar sus remuneraciones y condiciones de trabajo, se desanimaría al saber que otro trabajador sin hacer ningún esfuerzo recibe los mismos beneficios obtenidos como resultado de la lucha sindical.

Aceptar que lo resuelto por la Corte Suprema, sobre extender los beneficios sociales obtenidos por un sindicato minoritario a un trabajador no afiliado al sindicato, a través de la interpretación, desestabilizaría el sistema de negociación colectiva, porque se estarían cambiando vía interpretación el sistema recogido no solo por la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, sino por lo regulado por la Organización Internacional del Trabajo a través de los convenios y recomendaciones elaborados sobre la materia. Además de ello, y más grave aún, estos fallos desalientan la constitución de sindicatos y consecuentemente ponen en riesgo el sindicalismo en nuestro país.

Por otro lado, los argumentos esgrimidos por la Corte Suprema dan cabida a las empresas, quienes tienen el ánimo de desestabilizar las organizaciones sindicales, para que extiendan unilateralmente los beneficios obtenidos por sindicato minoritario y así desincentivar las afiliaciones, logrando que los sindicatos pequeños no crezcan y en muchos casos realizando otras acciones para disolverlos.

CAPITULO 1: EL CONVENIO COLECTIVO Y LA REPRESENTATIVIDAD SINDICAL

1.1 EL CONVENIO COLECTIVO

Como punto de partida, analizaremos el convenio colectivo como fuente del Derecho del Trabajo, para responder la interrogante que nos planteamos en relación a la Casación Laboral N°2884-2009-Lima de fecha 28 de abril de 2010, en la cual la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, le otorga beneficios económicos establecidos en el laudo arbitral correspondiente al período 1994 y la convención colectiva de trabajo suscrita para el año 1995 a un trabajador que no se encuentra afiliado al sindicato único minoritario que suscribiera dichos acuerdos. Valdría entonces preguntarnos, con vista al quinto considerando de la sentencia¹: ¿si en virtud al Principio de Igualdad es posible extender los efectos del convenio colectivo suscrito por un sindicato minoritario a un trabajador de la empresa que no es afiliado al mismo? Criterio que ha sido desarrollado también en la Casación Laboral N°602-2010-Lima y Casación Laboral N° 11477-2013-Lima.

1.1.1 DEFINICION DE CONVENIO COLECTIVO

El Convenio Colectivo constituye un acuerdo escrito², celebrado entre una representación de trabajadores y el empresario o una representación empresarial, que permite crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones referidas a remuneraciones, condiciones de trabajo y productividad y demás aspectos concernientes a las relaciones laborales³.

¹ Casación Laboral N°2864-2009-Lima (28/04/2010), quinto considerando: “(...)la presente litis deberá centrarse en analizar, si corresponde la extensión y pago de los beneficios económicos otorgados por las convenciones colectivas de trabajo correspondientes a los períodos 1994 y 1995 a aquellos trabajadores no afiliados al sindicato minoritario suscribiente de los citados acuerdos, ello tomando en consideración lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 9 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, así como en los artículos 42 y 70 del citado cuerpo normativo”.

² Se regula así en el D.S.N°010-2003-TR de 05 de Octubre de 2003 que aprueba el TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, art.43, f): “Debe formalizarse por escrito en tres (3) ejemplares, uno para cada parte y el tercero para su presentación a la Autoridad de Trabajo con el objeto de su registro y archivo”.

³ Cfr. D.S.N°010-2003-TR de 05 de Octubre de 2003 que aprueba el TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, art.41: “Convención colectiva de trabajo es el acuerdo destinado a regular las remuneraciones, las condiciones de trabajo y productividad y demás, concernientes a las relaciones entre trabajadores y empleadores, 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 (...)”.

La OIT ha definido el contrato colectivo, manifestando que “comprende todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en su ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados,

El convenio colectivo es definido como el conjunto de acuerdos tomados entre los trabajadores y sus empleadores, mediante los cuales se busca poner fin a los conflictos surgidos de la relación laboral, sea por carencias o violaciones a pactos realizados con anterioridad y que forman parte de los derechos de cada trabajador.

Este tipo de actos jurídicos tiene una naturaleza dual, es decir, son actos jurídicos que nacen de la voluntad de las partes, pero tienen una connotación normativa, pues tiene como función fundamental regular y mejorar la situación laboral del trabajador, a través del mejoramiento de los deberes y derechos concedidos por la norma laboral imperativa.

En esa línea, la Constitución vigente le otorga al convenio colectivo un carácter vinculante en el ámbito de lo concertado (art. 28 Const.) lo cual implica que los alcances del convenio colectivo se aplican automáticamente sobre las relaciones individuales comprendidas en su ámbito, sin la necesidad de una posterior recepción en los contratos individuales. De este modo existe una preminencia de los convenios respecto de la autonomía privada, la que solo puede disponer mejoras pero no la disminución de los beneficios pactados. Asimismo, la fuerza vinculante supone que son de obligatorio cumplimiento para las partes que los pactaron, y a los trabajadores que se incorporaron con posterioridad a las empresas pactantes, con excepción de quienes ocupen puestos de dirección o desempeñen cargos de confianza.

En ese esquema, la normativa vigente otorga un ámbito de aplicación a los convenios que pueden ser de carácter general (erga omnes) cuando se aplica a todos los trabajadores, sean sindicalizados o no; o también puede ser limitada, y solo tener como ámbito de aplicación a los trabajadores del sindicato que negoció el convenio. Para que estemos ante el primer supuesto es necesario que el sindicato represente a la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa;

debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional". Recomendación 91 (1951), II Definición de los convenios colectivos, 2.1). En el año de 1981, la OIT complementó dicho concepto mediante el Convenio 154, sobre el fomento de la negociación colectiva, señalando que forman parte del contenido del convenio colectivo: (i) la fijación de las condiciones de trabajo y empleo, (ii) la regulación de las relaciones entre empleadores y trabajadores y (iii) la regulación de las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.

mientras que en el segundo supuesto implica básicamente que la eficacia de lo pactado solo tenga como ámbito de aplicación a los miembros del sindicato minoritario.

Así, en el caso de la empresa, si el sindicato afiliara a la mayoría de los trabajadores, este podría suscribir un convenio que sería aplicable a todos los trabajadores de la empresa, incluso si en la empresa hubiera sindicatos minoritarios; pero si la organización sindical es minoritaria lo haría solo para sus afiliados, con lo cual se entendería que los beneficios alcanzados por un sindicato minoritario no se puede aplicar a los no afiliados, es decir, no se podría otorgar eficacia general al convenio colectivo suscrito por el sindicato.

En referencia a este tema, un sector de la doctrina nacional afirma que otorgarle eficacia general al convenio colectivo suscrito por el sindicato minoritario podría ser catalogada como antisindical, si atendemos al hecho de que la adopción de una medida como esta tendría un efecto desincentivador en la afiliación sindical, pues permitiría que el trabajador que no dese afiliarse a un sindicato minoritario, se vea beneficiado con los alcances de un convenio colectivo, fruto de la participación, directa o indirecta, de los trabajadores afiliados⁴.

1.1.2 CONTENIDO DEL CONVENIO COLECTIVO

Según se señala en el Informe N°039-2012-MTPE/2/14⁵. El fundamento principal de la existencia de la negociación colectiva como proceso y del convenio colectivo como producto del mismo, es la necesidad de equilibrar la situación dispar existente entre los trabajadores y el empleador. En ese sentido, podemos señalar como principales materias reguladas por el convenio colectivo, las siguientes: “(a) la relación de cambio entre trabajo y salario: los contenidos propios del terreno de la distribución (salario, jornada, descansos, premios, indemnizaciones, etc.), b) el área de las relaciones de producción, principalmente, la organización del proceso productivo (...), (c) las relaciones colectivas entre empresarios y trabajadores: dirigidas a regular las relaciones entre sujetos colectivos, (d) la actuación de la empresa como sujeto económico: no

⁴ Sobre el particular, en una entrevista, el exministro de Trabajo Neves Mujica, opinó que otorgar eficacia general al convenio colectivo suscrito por el sindicato minoritario, desalienta la afiliación, porque sin ningún esfuerzo ni riesgo, el trabajador, igual se beneficia. (Soluciones Laborales. Lima: Gaceta Jurídica S.A., Número 40, Abril 2011, p. 93).

⁵ Informe N°039-2012-MTPE/2/14 de fecha 12 de Octubre de 2012 de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Asunto: Consulta sobre la aplicación de un convenio colectivo de eficacia limitada a los trabajadores no sindicalizados.

desde el punto de vista estricto de las relaciones laborales, sino en la actividad de la empresa como organización económica para la producción y el cambio de mercancías y (e) la situación social de los trabajadores: la que se deriva de su condición objetiva en el proceso productivo”.

En nuestro ordenamiento jurídico el artículo 29° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 011-92-TR (en adelante, reglamento de la LRCT) señala que son cláusulas normativas aquellas que se incorporan automáticamente a los contratos individuales de trabajo y los que aseguran o protegen su cumplimiento; mientras que las cláusulas obligacionales son aquellas que establecen derechos de naturaleza colectiva laboral entre las partes del convenio, por último, se denomina como cláusulas delimitadoras a aquellas que versan sobre el ámbito y vigencia del convenio⁶.

Las cláusulas normativas son aquellas que regulan las condiciones de trabajo, constituyéndose como una expresión de la función normativa de la negociación colectiva, componente de la función de intercambio, la cual supone la determinación colectiva de lo que el empleador pagará por el trabajo recibido⁷.

Dicha función normativa tiene como objeto la relación individual de trabajo, pues dichos acuerdos se subsumen en el contrato de trabajo (donde las partes son el empleador y el trabajador individualmente considerado). Por ello, los destinatarios de dichas cláusulas no son las partes que suscriben el convenio colectivo – puesto que los sindicatos asumen la representatividad de determinado grupo de trabajadores de acuerdo a ciertas reglas en cuanto a su eficacia personal.

Cabe señalar que acorde al artículo 29° del Reglamento de la LRCT estas cláusulas se incorporan automáticamente a los contratos de trabajo. En esta línea, debemos dejar en claro que las cláusulas normativas no tienen que ser necesariamente incorporadas al contrato de trabajo de

⁶ Si bien nuestro ordenamiento contempla como parte del convenio colectivo a la cláusulas normativas, obligacionales y delimitadoras; cabe autorizar que la doctrina mayoritaria sostiene que el convenio colectivo contiene principalmente: cláusulas normativas y obligacionales, y que dicha diferenciación se basa en los destinatarios de las mismas.

⁷ Vid VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. “La redefinición de las funciones y los modelos de negociación colectiva en los albores del siglo XXI”. En: Derecho Colectivo del Trabajo. Lima: Jurista Editores, 2010, p. 277.

forma expresa o tácita, sino que obedecen al Principio de Automaticidad, es decir las mismas deben ser aplicadas automáticamente⁸.

Por su parte, las cláusulas obligacionales son aquellas cláusulas que regulan la relación entre las partes contratantes; por ello, se sostiene que las mismas están íntimamente relacionadas con el grado de autonomía colectiva; es decir, a través de las mismas se concreta el “autogobierno de las relaciones industriales”. Históricamente, las cláusulas obligacionales se consideraban como cláusulas instrumentales, pues el papel protagónico y principal del convenio colectivo lo ocupaban las cláusulas normativas. Sin embargo, las mismas han adquirido igual importancia, pues de ellas se desprende el grado de autonomía y de poder que tienen las organizaciones sindicales.

Finalmente, debido a que ambos tipos de cláusulas tienen diferentes destinatarios, ambas deben ser interpretadas de diferente manera. Si bien el Art. 42° de la LRCT señala que el convenio colectivo tiene fuerza vinculante, ello debe entenderse de manera distinta tanto para las cláusulas normativas como para las obligacionales. En ese sentido, acorde a la doctrina mayoritaria las cláusulas normativas deben ser interpretadas como norma jurídica, pues su aplicación no se reduce a las partes contractuales, sino que afectan a las relaciones individuales de trabajo, no solo de los que son trabajadores o miembros del sindicato en la actualidad, sino a los que se van a incorporar a dichas categorías con posterioridad mientras dichas cláusulas se encuentren vigentes. Las cláusulas obligacionales tienen como objeto regular la relación entre las partes que suscriben dicho convenio, por lo tanto las mismas deben ser interpretadas de acuerdo a las normas sobre contratos.

1.1.3 EFICACIA PERSONAL DEL CONVENIO COLECTIVO

Evidentemente, la eficacia personal del convenio colectivo se desprende de la naturaleza de las cláusulas normativas, pues las mismas son las que inciden en la relación individual de trabajo; por lo tanto su aplicación debe ser establecida, acorde a las reglas señaladas por nuestro ordenamiento. Por el contrario las cláusulas obligacionales ya tienen las partes predefinidas, pues regulan los derechos y deberes entre las partes que suscriben el convenio colectivo.

⁸ Vid BOZA PRO, Guillermo. “El convenio colectivo de trabajo como fuente de derecho: naturaleza jurídica, contenido y efectos”. En: Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro homenaje a Javier Neves Mujica. Lima: Editorial Grijley, 2009, p. 109.

La eficacia personal del convenio colectivo se refiere al ámbito subjetivo del mismo, el cual puede ser general o limitado. Cuando un convenio colectivo es de eficacia general o erga omnes, dicho convenio se aplica a todos los trabajadores del ámbito del cual fue negociado, sin tomar en cuenta su condición de afiliado o no a la organización sindical que suscribió el mismo. Es decir, el convenio colectivo se extiende a todos los trabajadores del ámbito de negociación, de tal forma que “para que un convenio colectivo tenga eficacia personal general se requiere que la organización sindical pactante posea legitimidad negocial”⁹.

En ese sentido, debemos desarrollar previamente los conceptos de capacidad negocial y legitimidad negocial propio de un modelo de relaciones colectivas de pluralidad sindical. Así se entiende por capacidad negocial, la capacidad inherente a toda organización sindical para que sea partícipe de una negociación colectiva; por su parte la legitimidad negocial es la aptitud específica para ser parte en una negociación colectiva y arribar al producto, al convenio colectivo.

Al respecto, la ley determina los efectos de la negociación colectiva. Atribuye efectos generales a los convenios colectivos celebrados por organizaciones sindicales que agrupen a la mayoría de los trabajadores en el ámbito respectivo. Adicionalmente, para la negociación colectiva a nivel de gremio o rama de actividad, se estableció que la extensión de sus efectos a todos los trabajadores del ámbito se produce cuando aquellas organizaciones sindicales que agrupen a la mayoría de trabajadores del ámbito, además sean convocadas directa e indirectamente por todas las empresas.

Por el contrario, el legislador peruano no ha atribuido a las organizaciones sindicales que agrupan a una minoría de trabajadores –dentro de un ámbito concreto de negociación- la extensión de los beneficios acordados. En tales casos existe una eficacia limitada para el convenio: es decir, sus cláusulas solo serán aplicables para los trabajadores miembros de dicho sindicato.

Cabe señalar que tal diferencia, en este contexto, es decir donde existe pluralidad sindical, tiene sustento objetivo y razonable, pues se basa en el concepto de representatividad (contrapuesto al concepto civil de representación) de los sindicatos mayoritarios; en atención a que los sindicatos

⁹ NEVES MUJICA, Javier. Introducción al derecho del Trabajo. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2009, p. 90.

no solo representan a sus afiliados, sino que tienen la capacidad de incidir en los demás trabajadores. De manera complementaria, la OIT señala que cuando se otorgue determinados derechos o beneficios a la organización sindical más representativa, ello debe hacerse en base a criterios objetivos y comprobables¹⁰, pues bien, nuestro ordenamiento tiene como criterio objetivo para establecer al sindicato de mayor representatividad el número de trabajadores afiliados.

Así por ejemplo, si nos encontramos ante una negociación colectiva cuyo ámbito es el de empresa, lo primero que tenemos que hacer es establecer si el sindicato posee legitimidad negocial, es decir, acorde al artículo 9° de la LRCT, si el sindicato tiene como afiliados a la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa o no.

Si se tratara de un sindicato minoritario, el ámbito personal de aplicación del convenio se circunscribe a los afiliados del sindicato. En ese supuesto nos encontraríamos ante un convenio colectivo de eficacia limitada; por lo tanto los beneficios señalados en el convenio serán aplicables solo para los afiliados al sindicato, así como los que se incorporen con posterioridad.

En un supuesto alternativo, de tratarse de un sindicato mayoritario, esta cláusula operaría como un límite al ámbito de aplicación del convenio colectivo de trabajo, con respecto a los beneficios otorgados. Sin embargo, debe puntualizarse que este supuesto podría trasgredir el ordenamiento, al oponerse directamente al artículo 42° de la LRCT. Sobre el particular, este razonamiento ya ha sido expresado por la Dirección General de Trabajo en el Informe N° 001-2012-MTPE/2/14 de fecha 3 de enero de 2012, donde se estableció que no es posible limitar el alcance del convenio colectivo restringiendo su ámbito a los trabajadores afiliados a la organización sindical al momento de su celebración privando a los futuros afiliados de los alcances del convenio, pues ello resulta una práctica que lesiona la naturaleza normativa del convenio colectivo de trabajo, afectando directamente le artículo 28 numeral 2) de la Constitución y los artículos 42 y 43 literal a) de la LRCT, los que conforman un bloque de constitucionalidad.

1.1.4 LIBERTAD SINDICAL INDIVIDUAL POSITIVA

¹⁰ Vid. Párrafo 962 En La Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Quinta Edición.

La libertad sindical es un derecho fundamental consagrado constitucionalmente, entendido por el Tribunal Constitucional como “la capacidad autodeterminativa para participar en la constitución y desarrollo de la actividad sindical”¹¹. Dicho derecho comprende dos aspectos: la libertad sindical individual y colectiva. De forma específica, la libertad sindical individual “está constituida por todos aquellos derechos de los trabajadores a constituir y afiliarse a las organizaciones que estimen conveniente, sin autorización previa y en total libertad, así como a desarrollar actividad sindical; y, a no incorporarse o retirarse libremente de tales organizaciones, sin que todo ello pueda ser fuente de ningún perjuicio”¹².

Tanto los convenios de OIT como la legislación nacional señalan que los trabajadores gozan de libertad para afiliarse voluntariamente a las organizaciones sindicales que estimen conveniente. Asimismo, el derecho de libre afiliación, supone a su vez la adecuada protección contra todo acto de discriminación del empleador que busque desincentivar directa o indirectamente la afiliación a determinada organización sindical o promueva la desafiliación de la misma.

En ese sentido, debemos de analizar si la extensión unilateral que hace el empleador de los beneficios pactados en un convenio colectivo de eficacia limitada a los trabajadores no afiliados al sindicato constituye o no una afectación al derecho a la libertad de afiliación.

Al respecto, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que cuando un convenio colectivo se extiende a los trabajadores no sindicalizados, ello no vulneraría el derecho a la libertad sindical, siempre que dicho convenio haya sido celebrado por la organización sindical más representativa¹³. Caso contrario, cuando el convenio colectivo ha sido celebrado por una organización sindical de representación limitada nos encontramos ante un escenario distinto, pues la misma no goza de la representatividad de los trabajadores, por ello, una decisión como tal, desincentivaría la afiliación en tanto los trabajadores preferirán no afiliarse a la misma, pues de igual modo gozarán de los beneficios pactados en los convenios colectivos que celebre dicho sindicato.

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 12 de Agosto de 2005, recaída en el expediente 0008-2005-AI/TC.

¹² VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. La Libertad sindical en el Perú: Fundamentos, alcances y regulación. Lima: OIT, PUCP y PLADES, 2010, p. 95-96.

¹³ Vid. Párrafo 1052 En La Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Quinta Edición.

Asimismo, también se pronunció la OIT señalando que “cuando en un proceso de negociación con el sindicato, la empresa ofrece simultáneamente mejoras en las condiciones de trabajo a los trabajadores no sindicalizados a través de convenios individuales existe un peligro serio de que se menoscabe la capacidad negociadora del sindicato y que se produzcan situaciones discriminatorias que favorezcan al personal no sindicalizado; además, ello puede promover la desafiliación de trabajadores sindicalizados”¹⁴.

A pesar de la contundencia de esta referencia establecida por el órgano de control de OIT, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República, en la Casación N°2864-2009-Lima, estableció que, en aplicación del Principio de Igualdad, deben extenderse a un trabajador no sindicalizado los beneficios establecidos en un convenio suscrito entre un sindicato único minoritario. Criterio que colisiona con lo que se establece en ámbito internacional - al entender que la situación de un trabajador no sindicalizado es comparable y asimilable a la de otro que es miembro de un sindicato que negoció y logró un acuerdo con la contraparte empleadora, aun cuando existen criterios objetivos y razonables para que merezcan un trato distinto - estableciéndose por esa vía un juicio de comparación que obvia el contenido que aportan los derechos de sindicación como elementos de análisis en el caso que permiten establecer diferencias objetivas entre uno y otro supuesto. Es bajo esa óptica integral de los derechos en juego como puede entenderse que el trato desigual en este caso es uno totalmente legítimo y no contrario a Derecho.

1.2 REPRESENTATIVIDAD SINDICAL

1.2.1 LOS VALORES EN JUEGO

El tema de la representación de los trabajadores es simple en los países cuyos sistemas de relaciones laborales se han construido a partir del criterio de unidad sindical, con lo que en cada ámbito de la actuación sindical (empresa, sector, provincia, gremio, región, etc.) sólo hay una

¹⁴ Vid. Párrafo 1054 En La Libertad Sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Quinta Edición.

organización sindical que es el interlocutor del patronato o del Estado. En cambio, la cuestión es bastante más problemática en los países en que los trabajadores han optado por la pluralidad sindical, puesto que ello significa que en cada ámbito coexistirán dos o más organizaciones, complejizando de este modo las relaciones laborales; ya que, de un lado, la contraparte empresarial tendrá dificultades al momento de vislumbrar su interlocutor y, de otro, el colectivo laboral representado por varias organizaciones tendrá mucho menos capacidad de presión y, por tanto, la acción sindical perderá eficacia. Además de ello, esta pluralidad genera problemas importantes porque determinadas funciones no son factibles de compartir entre las organizaciones sindicales existentes, sino que tienen que ser elegidas por una sola o algunas de ellas, obligando a operar una selección entre ellas, como sucede cuando un solo representante sindical tiene que participar en una comisión o institución a nombre del colectivo laboral.

De allí que haya surgido un tema de trascendental y siempre actual importancia en este contexto: el de la *organización sindical más representativa*, como una “noción exclusiva, típica, autónoma, del Derecho Laboral, de contenido político-institucional, que desplaza al concepto civil de representación, en varias ocasiones”¹⁵ ampliando los efectos de la actuación colectiva más allá de los linderos de aquellos que con su afiliación han habilitado al sujeto colectivo para que actúe a nombre de sus intereses.

Y no es un concepto para nada inútil, puesto que la pluralidad y diversidad sindicales, que pueden acompañar a los regímenes que respetan la libertad sindical (aunque sea como posibilidad), requiere generalmente seleccionar y considerar especialmente a las organizaciones sindicales con más fuerza o influencia, para así proteger la efectividad de la acción sindical. La coexistencia de organizaciones sindicales de desigual entidad representativa en un ámbito determinado implica necesariamente un fraccionamiento del poder sindical y, por tanto, puede dejar sin tutela los intereses de los trabajadores. De allí que los distintos ordenamientos jurídicos precisen compatibilizar tal pluralidad con mecanismos que garanticen una representación colectiva eficaz. La solución transaccional encontrada, instituida desde 1919 por la propia

¹⁵ ERMIDA URIARTE, Oscar. “Tasas de afiliación, representación y representatividad sindicales”. Análisis Laboral, Mayo 1991, p.14.

Constitución de la OIT¹⁶ para seleccionar a sus integrantes sindicales y empresariales, ha sido la representatividad, por la cual se reserva ciertas competencias a los sindicatos que tengan determinada importancia¹⁷.

Esta solución no deja de producir ciertos celos entre la doctrina puesto que se considera que el privilegio de algunos sindicatos contradice la libertad sindical, tanto en lo referente a la multiplicidad e igualdad de los sindicatos, cuanto, en lo que hace a la libre afiliación, al condenar a las organizaciones que no hayan obtenido tal calificación a perder todo atractivo por su práctica inoperancia. Sin embargo, la mayor representatividad no sólo no contradice las exigencias del principio de libertad sindical sino que constituye un mecanismo necesario para impedir, valga el juego de palabras, que la libertad sindical (formal) vaya contra la libertad sindical (real). Recordemos que el origen y fundamento de la libertad sindical es la autoprotección de los intereses de los trabajadores, y que para ese fin se constituyen las organizaciones sindicales y con ese objeto se requiere asegurar eficacia de su actuación.

Por tanto, «esta libertad -en cuanto formalmente planteada- tiene un importante límite. No puede atentar contra los intereses para cuya tutela precisamente se demanda y obtiene (...). Son, por tanto, las propias exigencias funcionales de la libertad sindical, a partir de su mismo fundamento -cabría, así, hablar de una especie de «causa» de la libertad sindical- las que, sin atreverse a negar ciertos márgenes de actuación a cualquier asociación que voluntariamente pueda crearse, establecen una cierta discriminación en vista de hacer efectiva la actuación por “las organizaciones más representativas”¹⁸.

¹⁶ El artículo 3.5 de la Constitución de la OIT establece que los Estados miembros se obligan a designar a “los delegados y consejeros técnicos no gubernamentales de acuerdo con las organizaciones más representativas de empleadores o trabajadores, según sea el caso, siempre que tales organizaciones existan en el país de que se trate”. Y no debe olvidarse que las delegaciones nacionales que participan en la Conferencia General de la OIT están compuestas por cuatro miembros: 2 designados por el Estado y uno de las organizaciones sindicales y patronales más representativas, respectivamente. Además de ello, en varios convenios de la OIT se hace referencia al tema de la representatividad, como es el caso de los CITs 88, 122, 144 y 150.

¹⁷ En la misma dirección sostiene Ermida (1991, p.14) que la categoría representatividad, como cosa diferente de la representación, surge a partir de una constatación y una necesidad. Por una parte, se constata fácilmente que, a menudo, los sindicatos poseen un poder de convocatoria, audiencia, influencia o eficacia, que va mucho más allá del límite de sus afiliados (...) Esto se ve con claridad, a veces, en ocasión de un conflicto, cuando la medida de acción decidida por un sindicato es llevada a cabo por un número de trabajadores muy superior al de los afiliados (...). A ello se sumó una necesidad fáctica. En sistema de pluralidad sindical, se hacía necesario mitigar los excesos del pluralismo, seleccionando algunas de las organizaciones concurrentes para la legitimación de determinados actos (negociación colectiva, integración de órganos bi o tripartitos, concertación social) o para la producción de ciertos efectos (eficacia erga omnes de la convención colectiva).

¹⁸ MONTALVO CORREA, Jaime. “El derecho de libre sindicación y la mayor representatividad sindical”, en VV.AA., Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón, Tecnos, Madrid, 1980, p. 246.

Habida cuenta, entonces, de la necesidad de recurrir a la noción de mayor representatividad, los problemas centrales que se encuentran en este terreno van a girar en torno a los *criterios* con los que se determinará la representatividad de las organizaciones y a las *prerrogativas* que implicará tal «especial consideración jurídica»¹⁹.

1.2.2 LOS CRITERIOS PARA DETERMINAR LA MAYOR REPRESENTATIVIDAD

En lo referente a los criterios para determinar la mayor representatividad, el presupuesto evidente es que se trate de elementos objetivos que, por un lado, impidan la injerencia estatal dirigida a favorecer o perjudicar a alguna organización y, por otro, permitan medir realmente la importancia de cada organización. El análisis comparado muestra la inexistencia de criterios de validez general, por lo que «el uso de unos u otros vendrá aconsejado por las características del sistema de relaciones laborales y por los fines que se pretendan conseguir con los criterios de representatividad. Teniendo en cuenta estos factores, podrá utilizarse desde la consistencia numérica de una organización, hasta su implantación geográfica o profesional, pasando por su audiencia, su capacidad de movilización y por su antigüedad o experiencia histórica. En cualquier caso, la medida de la representatividad, para resultar eficaz, habrá de efectuarse en el ámbito al que posteriormente dirija su acción la organización seleccionada»²⁰.

Por estas razones existen sistemas en que se recurre a un sólo criterio y otros en los que se utilizan varios complementariamente. Así como hay algunos que otorgan tal condición monopolísticamente a una sola organización y otros que permiten el acceso simultáneo de varias organizaciones a ese estatus cualificado. Así tenemos, por ejemplo, el sistema de EEUU, que se ha construido sobre la base de un solo criterio de selección (la elección directa del sindicato por los trabajadores de la empresa) y que, en consecuencia, otorga tal condición a un solo sindicato (representación monodimensional o exclusiva); mientras que en España también se maneja un solo criterio (la audiencia electoral obtenida por los sindicatos en las elecciones a representantes

¹⁹ En los términos del artículo 6.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical española N°11/1985, de 02.08.85.

²⁰ GARCIA MURCIA, Joaquín. Organizaciones Sindicales y empresariales más representativas. Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, p. 68).

de los trabajadores en los órganos de representación dentro de la empresa), que sin embargo, permite que la mayor representatividad pueda ser ostentada por todas aquellas organizaciones que consigan el 10% o más de los representantes unitarios en disputa (representación pluralista). En cuanto a los países que utilizan concurrentemente más de un criterio, baste con traer a colación el sistema francés, que combina los de antigüedad, afiliación, audiencia sindical, independencia, volumen de cotizaciones y la actitud patriótica durante la ocupación alemana (artículo 133.2 del *Code du Travail*); y el sistema italiano, en el que concurren los criterios de consistencia numérica, presencia equilibrada en todos los sectores productivos y a nivel nacional, número de convenios colectivos suscritos y de conflictos colectivos promovidos (ambos sistemas se ubican además dentro de aquellos con representación pluralista)²¹.

1.2.3 LAS PRERROGATIVAS DERIVADAS DE LA MAYOR REPRESENTATIVIDAD

Las *prerrogativas* que puede otorgarse a los sindicatos más representativos deben circunscribirse a las esferas de la negociación colectiva *erga omnes* y la participación institucional; lo que, traducido en las concretas palabras del Comité de Libertad Sindical, implica que «no deben exceder de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, consultas con los gobiernos, o incluso en materia de designación de los delegados ante organismos internacionales. En otras palabras, tal distinción no deberá tener por consecuencia el privar a las organizaciones sindicales, que no hayan sido reconocidas como las más representativas, de los medios esenciales para defender los intereses profesionales de sus miembros ni del derecho de organizar su gestión y su actividad y de formular su programa de acción, previsto por el Convenio número 87»²².

1.2.4 LA REGULACIÓN DE LA MAYOR REPRESENTATIVIDAD EN EL PERÚ

²¹ Una presentación general de los distintos sistemas de representatividad sindical puede verse en Navarro Nieto, 1993.

²² OIT. “La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT”, 5ta. Edición Revisada, Ginebra, 2006, párrafo 346.

La normativa peruana ha asumido como *criterio de selección* para otorgar el estatus de organización más representativa, frente a las demás que coexisten en un mismo ámbito, la consistencia numérica o afiliativa: la organización que tenga el mayor número de afiliados. El *mecanismo* para verificar tal condición es la constatación administrativa de la afiliación respectiva. Y los *efectos* de tal calificación están referidos esencialmente a *prerrogativas* en el ámbito de la titularidad en la negociación colectiva: la representación negocial exclusiva y excluyente de los trabajadores, las organizaciones sindicales que afilien a la mayoría absoluta de trabajadores, ya sea por sí solas o conjuntamente con otras, en un determinado ámbito. Si se requiere más de una organización para llegar a la mayoría mencionada, los sindicatos determinarán la forma en que ejercerán esa representación, sea a prorrata, proporcionalmente al número de afiliados o encomendándola a uno de ellos. De no existir acuerdo al respecto, cada uno de los sindicatos representa únicamente a sus afiliados (artículo 9° de la LRCT y artículo 24° del DS 003).

De manera global, la evaluación de la regulación sobre la organización sindical más representativa, nos lleva a calificarla de incompleta e inadecuada, dadas: la ausencia de un procedimiento específico; las oscuridades que presenta en la regulación de la determinación de los sindicatos más representativos; la inexistencia de datos y mecanismos para determinar la afiliación sindical (que se torna bastante complicada sobre todo a nivel de rama de actividad); y la falta de garantías que se ofrece al momento de otorgar o revisar la condición de mayor representatividad. La solución administrativa -tomada sin ningún cauce procesal específico, imparcial y rápido- entra en el terreno de los vicios de manejo discrecional y político, así como de lentitud y entorpecimiento burocrático; incurridos en otros procedimientos similares de índole sindical, que se verán en este trabajo, por ejemplo, en el caso del registro sindical. Todo esto resulta muy grave y deberá subsanarse, ya que la regulación de la mayor representatividad es uno de los ejes principales de todo sistema de relaciones laborales; más aún cuando uno de sus pilares fundamentales es la negociación colectiva con eficacia personal general (*erga omnes*).

Habría que enmendar rumbos y considerar como modelo, por el aval general que tiene, el diseñado por el Comité de Libertad Sindical, que considera que para que una regulación sobre esta materia no vulnere el Convenio 87 se debe garantizar que:

- la determinación de organización más representativa debe basarse en criterios objetivos, establecidos de antemano y precisos, con el fin de evitar cualquier decisión parcial o abusiva;
- la certificación debe ser hecha por un organismo independiente;
- toda organización que no sea la que hubiera obtenido el certificado tenga derecho a solicitar una revisión de tal situación una vez transcurrido, un período determinado desde que se le denegó tal consideración;
- las organizaciones sindicales minoritarias, a las cuales se niega los derechos de negociación colectiva, no deben quedar privadas de los medios esenciales para defender los intereses de sus miembros ni del derecho de organizar su gestión y su actividad y de formular su programa de acción (deben poder desempeñar y tener por lo menos el derecho de hacerse portavoces de sus miembros y de representarlos en casos de reclamación individual)²³.



²³ OIT. “La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT”, 5ta. Edición Revisada, Ginebra, 2006, párrafos 346, 347, 358 y 359.

CAPITULO 2: LA NEGOCIACION COLECTIVA EN LOS SINDICATOS MINORITARIOS

2.1 EL DERECHO A LA NEGOCIACION COLECTIVA DE LOS SINDICATOS MINORITARIOS EN LA LEY DE RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO - LRCT

Sobre el particular, el artículo 9° del TUO de la LRCT establece que: “(...) En materia de negociación colectiva, el sindicato que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito asume la representación de la totalidad de los mismos, aunque no se encuentren afiliados”.

Por su parte, el artículo 34° del Reglamento de la LRCT, aprobado mediante D.S. N° 011-92-TR precisa que: “En concordancia con lo dispuesto en los artículos 9° y 47° de la Ley, en materia de negociación colectiva, la representación de todos los trabajadores del respectivo ámbito, a excepción del personal de dirección y de confianza, será ejercida por el sindicato cuyos miembros constituyan mayoría absoluta respecto del número total de trabajadores del ámbito correspondiente”.

Como puede apreciarse de las normas citadas, la LRCT no contiene explícitamente una prohibición de negociar colectivamente a través de sindicatos minoritarios; tampoco ella sanciona que únicamente los sindicatos mayoritarios se encuentran habilitados para negociar en determinado ámbito.

En realidad el texto legal se limita a señalar que el sindicato que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores de un determinado ámbito asume la representación de la totalidad de los mismos para efectos de la negociación colectiva; es decir, dicho sindicato tiene la capacidad para

negociar en representación de todos los trabajadores de la unidad negocial, aun cuando no estuvieran afiliados al mismo.

Sin embargo, es de apreciarse que dicha atribución no se opone a la posibilidad que los sindicatos minoritarios, puedan negociar de forma paralela; en todo caso, podría concluirse que la norma citada establece una relación de complementariedad entre el pliego producto de la negociación centralizada y el pliego negociado por el sindicato minoritario; debiendo este observar el piso mínimo establecido por el primero.

La única manera de concluir lo contrario, es afirmar que cuando el artículo de la ley confiere representación general al sindicato mayoritario, le está negando dicha facultad a los sindicatos minoritarios. No obstante para hacer indiscutible esta posición, el artículo citado debería consignar “(...) En materia de negociación colectiva, el sindicato que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito asume la representación **exclusiva** de la totalidad de los mismos, aunque no se encuentren afiliados”.

De esta manera, al no estar previsto expresamente, solo se podría llegar a esta conclusión a través de una interpretación del artículo bajo comentario. Sin embargo, es claro que resulta sumamente discutible restringir el acceso de un derecho fundamental, como es el caso de la negociación colectiva, con base en una interpretación extensiva de una norma.

Por lo expuesto, consideramos que una interpretación constitucional de la norma debería más bien llevarnos a la conclusión que si bien el sindicato mayoritario puede negociar colectivamente en representación de todos los trabajadores de un determinado ámbito (con lo cual se asegura el cumplimiento de la función de equilibrio que se reconoce a la libertad sindical y a la negociación colectiva); eso no impide que los sindicatos minoritarios pueden negociar aspectos específicos a favor de sus afiliados, debiendo en todo caso observar el convenio mayoritario a título de derecho mínimo necesario (con lo cual se atendería razonablemente el derecho de negociación colectiva).

2.2 LOS EFECTOS DEL CONVENIO COLECTIVO SUSCRITO POR LOS SINDICATOS MINORITARIOS

La disposición del artículo 9° del TUO de la LRCT, ha sido interpretada en el sentido que si en la empresa existe un solo sindicato y éste no afilia a la mitad más uno de los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito, entonces sólo representa a sus afiliados y en consecuencia a ellos y sólo a ellos les alcanza el contenido de los respectivos convenios colectivos. Por el contrario, si el sindicato afilia a la mitad más uno de los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito, es decir afilia a la mayoría absoluta de los trabajadores, asume la representación de la totalidad de los trabajadores, incluso de los no afiliados, a quienes les alcanzará el contenido de lo pactado en negociación colectiva o de los acuerdos adoptados en conciliación o mediación o de lo establecido en los laudos arbitrales y resoluciones de la Autoridad Administrativa de Trabajo, que resuelvan el pliego de reclamos. Ha sorprendido entonces la resolución de la Corte Suprema, Casación Laboral N°2884-2009-Lima²⁴, que ha decidido hacer extensivo los beneficios contenidos en un laudo arbitral, que resolvió un pliego de reclamos de un sindicato minoritario, a un trabajador no afiliado al mismo, en franca contravención del dispositivo antes glosado y de la interpretación del mismo, lo cual origina una indebida inseguridad jurídica.

Para tal efecto, la Sala invoca la aplicación del Principio de Igualdad para resolver la casación, cuando ello resulta innecesario en la medida en que la litis se resuelve simplemente aplicando el artículo 9° antes glosado. Debe tenerse en cuenta que los jueces recurren a los principios del Derecho cuando se presenta defecto, vacío o deficiencia en la ley, que no es el caso.

En el Quinto Considerando la Sala identifica perfectamente cuál es el problema al sostener: "Que consecuentemente, la presente litis deberá centrarse en analizar, si corresponde a los períodos 1994 y 1995 a aquellos trabajadores no afiliados al sindicato minoritario suscribiente de los citados acuerdos, ello tomando en consideración lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 9° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo así como los artículos 42° y 70° y otros del citado cuerpo normativo".

²⁴ Se trata de un proceso laboral seguido por un trabajador no afiliado a un sindicato minoritario de la empresa, que reclama que se le haga extensivo los beneficios económicos establecidos en un laudo arbitral que resolvió el pliego de reclamos presentado por dicho sindicato. El Juzgado Laboral declaró fundada en parte la demanda, pero sin embargo la Sala Laboral revocó dicha sentencia declarándola infundada, en razón de que la negociación colectiva solo era aplicable a los afiliados del sindicato, no así a los demás trabajadores de la empresa, entre ellos el demandante, por tratarse de un sindicato único que no afiliaba a la mayoría absoluta de los trabajadores, por lo cual los alcances del laudo arbitral, que tiene los mismos efectos de un convenio colectivo, solo comprendía a los trabajadores afiliados, en aplicación del artículo 9° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República al resolver la Casación Laboral N°2884-2009-Lima, por Resolución del 28 de Abril del 2010, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30 de Marzo 2011, ha declarado fundado el recurso de casación, confirmando la sentencia de primera instancia y ordenando el pago de los beneficios económicos declarados en el laudo arbitral a favor del demandante.

Si esa es la litis, la solución, arreglada a ley era absolutamente sencilla pues la aplicación contrario sensu del primer párrafo del artículo 9° es clara: si el contenido afilia la mayoría absoluta de los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito asume la representación de la totalidad de los mismos aunque no se encuentren afiliados. En consecuencia, si el sindicato es minoritario sólo representa a sus trabajadores afiliados.

Además se pone de manifiesto que la Sala desconoce el tratamiento que la OIT, la Recomendación N° 163²⁵ y la legislación comparada otorga a la representatividad sindical o cuando se refiere al sindicato más representativo.

La necesidad de los documentos internacionales, la legislación nacional y comparada de tratar sobre la representatividad se inspira en un principio democrático y se origina cuando en una empresa coexisten dos o más organizaciones sindicales o a nivel nacional dos o más organizaciones sindicales de grado superior. Entonces para poder decidir cuál de estos sindicatos representa a los trabajadores, por ejemplo en la negociación colectiva o ante la OIT, es que se recurre a la figura del sindicato más representativo, a cuyo efecto la legislación nacional consigna los requisitos objetivos que deben satisfacerse para discernir sobre la organización sindical más representativa.

La segunda causa u origen se da en el supuesto en que en la empresa existe un solo sindicato, en cuyo caso la ley objetiviza las condiciones o requisitos para que represente a todos los trabajadores del ámbito, incluidos los no afiliados o sólo represente a sus trabajadores afiliados; y ese requisito objetivo, plasmado en la ley, no es otro que determinar si el sindicato único afilia a la mitad más uno de los trabajadores del ámbito (sindicato mayoritario) o si no lo hace (sindicato minoritario). En ambos casos existe una lógica democrática, pues si el sindicato es mayoritario entonces es obvio que sus decisiones o acuerdos afecten a la totalidad de los trabajadores pero, si no lo es, resultaría muy injusto que lo acordado por un sindicato minoritario se extienda a la mayoría de los trabajadores que han decidido, en uso de su derecho de libertad sindical, a no afiliarse. Solo para efectos pedagógicos pensemos en una empresa con mil

²⁵ R163 - Recomendación sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 163), Adopción: Ginebra, 67ª reunión CIT (19 junio 1981) - Estatus: Instrumento actualizado.

trabajadores que cuenta con un sindicato que afilia sólo a veinte trabajadores. Sería antidemocrático que una minoría prevalezca sobre la mayoría²⁶.

La figura de la representatividad, por ejemplo, está recogida en la Constitución de la OIT cuando en el numeral 5 de su artículo 1° establece que “los miembros se obligan a designar a los delegados y consejeros técnicos no gubernamentales de acuerdo con las organizaciones profesionales más representativas de empleadores o de trabajadores, según sea el caso...”.

Por su lado, la Recomendación N°163 de la OIT sobre negociación colectiva del año 1981, en el numeral II referido a los “Medios para fomentar la negociación colectiva”, sub numeral 3, literales a) y b), se menciona lo siguiente: “3. En la medida en que resulte apropiado y necesario se deberían adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para que: a) las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores sean reconocidas a los efectos de la negociación colectiva (que es justamente lo que hace el artículo 9° de la LRCT), b) en los países en que las autoridades competentes apliquen procedimientos de reconocimiento a efectos de determinar las organizaciones a las que ha de atribuirse el derecho de negociación colectiva, dicha determinación se base en criterios objetivos y previamente definidos, respecto del carácter representativo de esas organizaciones, establecidos en consulta con las organizaciones representativas de los empleadores y trabajadores”.

A su vez el Comité de Libertad Sindical (de la OIT) señala sobre el reconocimiento de los sindicatos más representativos lo siguiente: “si bien la unidad sindical impuesta directa o indirectamente por vía legislativa se halla en contradicción con el Convenio, la multiplicación excesiva de las organizaciones sindicales puede empero, debilitar el movimiento sindical y, en última instancia, menoscabar los intereses de los trabajadores. Ciertas legislaciones, preocupadas por encontrar un justo equilibrio entre la imposición de la unidad sindical y la fragmentación de las organizaciones, consagran la noción de sindicatos más representativos y suele conceder a estos derechos y ventajas de alcance diverso. La Comisión considera que este tipo de disposiciones no es, en sí, contrario al Principio de la Libertad Sindical (Nota 96), a reserva de que se respeten ciertas condiciones. En primer lugar, la determinación de la organización más

²⁶ MORALES CORRALES, Pedro. Representatividad Sindical en la Negociación Colectiva. A propósito de un fallo de la Corte Suprema”. Análisis Laboral, Abril 2011, p. 9-11.

representativa debería basarse en criterios objetivos establecidos de antemano y precisos, con el fin de evitar toda decisión parcial o abusiva (Nota 97).

Además, las ventajas deberían limitarse de manera general al reconocimiento de ciertos derechos preferenciales en lo que se refiere a cuestiones tales como la negociación colectiva, la consulta por las autoridades o la designación de delegados ante organismos internacionales”.

Como puede apreciarse el tema de la representatividad sindical no es nuevo y la OIT lo reconoce desde su Constitución en 1919. El Perú es miembro de la OIT y en consecuencia obligado a observar los preceptos de la misma por lo que resulta inentendible que la Sala Suprema desconozca esta institución y pretenda, mediante la aplicación indebida del Principio de Igualdad, extender los beneficios de un convenio colectivo suscrito con un sindicato minoritario a trabajadores no afiliados al mismo, en abierta contradicción de las indicadas normas y criterios y de la legislación nacional.

Regresando a la Resolución que se comenta, en el Considerando Séptimo se expresa lo siguiente: “que, si bien una interpretación en contrario de la citada norma nos coloca ante el supuesto que el sindicato único, integrado solo por la minoría de trabajadores del ámbito en que se negocia, representa únicamente a sus afiliados, y por lo tanto los efectos de los acuerdos adoptados por dicha organización sindical solo recaerán en estos; sin embargo, corresponde analizar si dicha interpretación es la correcta, ello tomando en consideración el Principio de Igualdad señalado en el inciso 2 del artículo 2° de la Constitución Política del Estado²⁷., así como su necesaria concordancia con el artículo 42° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo”²⁸.

Luego en el Noveno Considerando, la Sala sostiene que en virtud del carácter normativo de la convención colectiva previsto en el artículo 41° de la LRCT²⁹ es aplicable a todos los trabajadores que se encuentran dentro de su ámbito subjetivo y que comparten objetivamente la misma calidad profesional dentro de la empresa, “...resultando incompatible con el citado

²⁷ Artículo 2°.- Derechos fundamentales de la persona. Toda persona tiene derecho: (...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

²⁸ Artículo 42.- La convención colectiva de trabajo tiene fuerza vinculante para las partes que la adoptaron. Obliga a éstas, a las personas en cuyo nombre se celebró y a quienes les sea aplicable, así como a los trabajadores que se incorporen con posterioridad a las empresas comprendidas en la misma, con excepción de quienes ocupan puestos de dirección o desempeñan cargos de confianza.

²⁹ Artículo 41.- Convención colectiva de trabajo es el acuerdo destinado a regular las remuneraciones, las condiciones de trabajo y productividad y demás, concernientes a las relaciones entre trabajadores y empleadores, 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. Sólo estarán obligadas a negociar colectivamente las empresas que hubieren cumplido por lo menos un (1) año de funcionamiento.

principio de igualdad, cualquier tipo de exclusión” para luego sostener, sorprendentemente en el Décimo Considerando “Que en tal sentido, el artículo 9° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo únicamente regula los supuestos de representación del sindicato dentro del proceso de negociación colectiva, no así los efectos del convenio colectivo, aspecto reservado al artículo 42° de la referida Ley...”. Realmente increíble, más aun proviniendo de la Corte Suprema de la República, pues resulta simplemente incomprensible que se pretenda efectuar una dicotomía entre el procedimiento de negociación colectiva y su producto: el convenio colectivo. ¿Cómo puede entenderse que el tema de la representatividad solamente alcanza para efectos de la negociación y no para su producto? cuando vemos que en los instrumentos internacionales de la OIT, en la legislación nacional y comparada y en la doctrina nacional y extranjera de manera unánime se entiende que el tema de la representatividad funciona no solamente para el procedimiento de la negociación colectiva sino, y lo que es más importante, para la aplicación del propio convenio colectivo.

Respecto de la conceptualización del Principio de Igualdad, el Tribunal Constitucional en repetidas ocasiones se ha pronunciado. Así por ejemplo, en su Sentencia de 26 de Marzo de 2003³⁰ sostiene que “la noción de igualdad debe ser percibida en dos planos convergentes. En el primero aparece como un principio rector de la organización y actuación del Estado Democrático de Derecho. En el segundo se presenta como un derecho fundamental de la persona”. Seguidamente refiriéndose al derecho de la persona manifiesta que dicho derecho a la igualdad “...consiste en ser tratada igual que los demás en relación a hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, tal deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias”. Agrega que “en ese sentido, la igualdad es –un principio- derecho que instala a las personas situadas en idéntica condición en un plano de equivalencia”. Señala más adelante el Tribunal Constitucional que “en buena cuenta, la igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna; esto es, a no ser tratada de manera dispar respecto a quienes se encuentren en una misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable de esa semejanza de trato”.

Si bien la Sala manifiesta que los trabajadores “comparten objetivamente la misma calidad profesional dentro de la empresa...” no es menos cierto que ese no es el único criterio que

³⁰ Expediente N°0261-2003-AA/TC Cámara Peruana de la Construcción – CAPECO.

debe tenerse en cuenta, pues esos trabajadores en uso de su derecho también fundamental y constitucional a la libertad sindical pueden decidir si constituyen o no un sindicato y si se afilian a él o no; y objetivamente un trabajador que pertenece a un sindicato acusa una diferencia respecto del que no lo está, pues, en el primer supuesto adquiere una serie de derechos y también de deberes. Entre los derechos identificamos el gozar de la defensa de sus intereses por la organización sindical; asimismo gozar de los beneficios de los convenios colectivos, pero también las obligaciones de pagar las cuotas sindicales establecidas, cumplir con el estatuto del sindicato acudiendo a las reuniones y votando en las asambleas, así como acatando las disposiciones de la Junta Directiva. Existen pues diferencias objetivas entre un trabajador sindicalizado y uno que no lo es; siendo esto así es evidente que el Principio de Igualdad resulta inaplicable para resolver la litis materia de la resolución que se comenta; y, además, como ya se ha expresado, innecesario recurrir a dicho principio.

Este criterio ha sido desarrollado también en la Casación Laboral N° 602-2010-Lima, la Corte Suprema ha reiterado que los Convenios Colectivos suscritos o laudos resultantes de los procedimientos de negociación colectiva, llevados a cabo por sindicatos minoritarios, se extienden también a los trabajadores no afiliados a dichas organizaciones. La Corte Suprema ha ratificado el precedente judicial señalado en la Casación Laboral N° 2864-2009-Lima. El análisis de la mencionada Casación nos permite realizar los siguientes cuestionamientos:

Primero, al realizarse la interpretación del Artículo 9° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo no se toma en cuenta que a través de la representación indirectamente se regulan los efectos del convenio colectivo.

Segundo, un razonamiento teleológico y sistemático nos llevaría a comprender que al regularse en el Artículo 9° los supuestos de representación también se regulan los efectos propios que dicha representación genera.

Tercero, no se ha tenido en cuenta que, si bien por el carácter normativo del convenio, este es aplicable a todos los trabajadores que se encuentran dentro de su ámbito subjetivo, hay que partir por determinar cuál es el “ámbito subjetivo”, y según lo señalado por el Artículo 9° de la LRCT será distinto si el sindicato que concluye la negociación colectiva es mayoritario o minoritario. En ese sentido, el criterio objetivo que debe tenerse en cuenta para verificar la mayor o menor eficacia personal de un convenio colectivo pasa por verificar si el sindicato que negoció

colectivamente es o no el más representativo. Si no lo es, los efectos del convenio serán solo de aplicación a sus afiliados.

Cuarto, se invoca en la sentencia el principio- derecho a la igualdad, pero no se desarrolla los alcances de dicho principio.

Quinto, en el caso particular, los magistrados no se pronunciaron sobre que supuesto del Artículo 42° de la LRCT sustentaba la petición del demandante, quien en su oportunidad ni fue parte firmante del convenio colectivo, ni fue representado por el sindicato, ni tampoco estaba afiliado al sindicato minoritario que suscribió el convenio y tampoco se incorporó con posterioridad a la empresa, ni tampoco se afilió al sindicato con posterioridad a la suscripción del convenio colectivo.

También tenemos la Casación Laboral N°11477-2013- Callao, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, que fija una línea jurisprudencial en materia laboral, ya que presenta el caso de un trabajador no sindicalizado que demanda a su empleadora que le otorgue beneficios laborales reconocidos mediante laudo arbitral a los miembros del sindicato negociante. La Sala Suprema señala que los beneficios laborales obtenidos en laudos arbitrales no solo deben favorecer al personal afiliado al sindicato negociante, sino también, a los trabajadores no sindicalizados, ya que cualquier exclusión sería incompatible al Principio de Igualdad. Asimismo sostiene que los laudos arbitrales y los convenios colectivos de trabajo tienen la misma fuerza vinculante para las partes negociantes, obligando no solo a las partes que lo celebraron, sino además a quienes les sea aplicable. Por lo que realizando una interpretación del artículo 42° del D. S. N° 10-2003-TR y los principios que regulan la autonomía colectiva y la libertad sindical, dicha norma resulta ser una fórmula abierta y no limitativa para la eficacia del acuerdo colectivo y debe ser aplicable a todos los trabajadores que se encuentren dentro del mismo ámbito laboral dentro de la empresa, por lo que no existe prohibición expresa que limite los alcances generales que posee toda convención colectiva (y el laudo arbitral), señala también que el sindicato que afilie a la mayoría absoluta de trabajadores comprendidos dentro de su ámbito, asume la representación de la totalidad de los trabajadores, aunque no se encuentren afiliados.

Para finalizar, respecto a la Casación Laboral N° 2864-2009-Lima y Casación Laboral N° 602-2010-Lima, hay que señalar que se emitieron en un contexto donde no existía pluralidad sindical, existiendo tan solo un sindicato minoritario. En la Casación Laboral N° 11477-2013- Callao se habla de la inexistencia de pluralidad sindical como un presupuesto para hacer extensivos los beneficios laborales, pues en caso existan más de dos (2) sindicatos minoritarios en el interior de la empresa, es de entenderse que la eficacia del producto de la negociación colectiva se limita a la representatividad que ejerce el sindicato en observancia del artículo 9° de la LRCT. En el considerando décimo primero la Corte Suprema afirma que: (...) no es correcta la afirmación acerca de que, ante la inexistencia de pluralidad sindical (un solo sindicato), los alcances del convenio colectivo se restringen a los integrantes de la organización sindical; admitir tal interpretación carecería de toda virtualidad y eficacia práctica lo preceptuado por el artículo 42° del Decreto Ley N° 25593 (...)", una interpretación a contrario sensu de lo expuesto por la máxima instancia jurisdiccional, nos lleva a concluir que ante la existencia de pluralidad sindical, los alcances del convenio colectivo sí se restringen a los afiliados a la organización sindical. Esta posición es ratificada en la Casación Laboral N° 10766-2013-Moquegua³¹, cuando luego del análisis normativo pertinente, la Corte Suprema concluyó en el décimo octavo considerando que "al verificarse que la empresa demanda existe pluralidad sindical, lo convenido entre ésta y cada uno de los Sindicatos (...) tiene eficacia limitada a sus afiliados".

³¹ **Fundamento:** Una empresa tenía tres sindicatos minoritarios, habiendo negociado con cada uno de ellos su pliego de reclamos durante seis años. Producto de esas negociaciones, los trabajadores afiliados a estas organizaciones gremiales percibieron un total de 27,000 nuevos soles por concepto de bonificaciones por cierre de pliego, pero para que no existan diferencias económicas entre lo que percibían los trabajadores afiliados a alguno de los sindicatos minoritarios y lo que recibían los trabajadores no sindicalizados, la empresa otorgó también a estos últimos durante el mismo período de tiempo diversos beneficios económicos, cuyos montos en conjunto equivalían a lo que se le otorgaba a todo el personal sindicalizado producto de las negociaciones colectivas. Uno de los sindicatos demandó a la empresa por realizar prácticas discriminatorias en contra de sus afiliados.

Evaluación Legal: Al verificarse que en la empresa existe pluralidad sindical, lo convenido entre ésta y cada uno de los sindicatos tiene eficacia limitada a sus agremiados. Por lo que no resulta discriminatorio que, durante el período 2006- 2012, la empresa demandada haya otorgado a todos sus trabajadores de manera equitativa y sin hacer distinción entre su condición de afiliado y no afiliado a alguno de los sindicatos, la misma cantidad en bonificaciones. En ese contexto, la citada sala desestimó la pretensión del sindicato demandante.

COMENTARIOS Y CONCLUSIONES

Como se puede observar la Casación Laboral N°2884-2009-Lima establece que los convenios colectivos suscritos con sindicatos minoritarios deben aplicarse también a los trabajadores no afiliados ya que de no hacerlo se estaría afectando el principio de igualdad y no discriminación.

Sostiene para ello que aunque existe el artículo 9° de la LRCT, dicha disposición deviene en inconstitucional por afectar lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 2° de nuestra Constitución.

Adicionalmente, señala que el artículo 9° señalado también contradice lo dispuesto por el artículo 42° de la LRCT, que le otorga fuerza vinculante y obliga a las partes que la adoptaron, a las personas en cuyo nombre se celebró y a quienes les sea aplicable, así como a los trabajadores que se incorporen con posterioridad a las empresas comprendidas en ella.

Por lo tanto, la Sala concluye que las normas antes mencionadas deben interpretarse en concordancia con el principio de igualdad lo que supondría que la eficacia de los convenios colectivos (mayoritarios y minoritarios) es abierta, extensiva y no limitativa, razón por la cual también debe aplicarse a los no afiliados a sindicatos minoritarios.

En consecuencia la Corte Suprema concluye que el artículo 9° de la LRCT debe interpretarse en función del poder de representación de los trabajadores afiliados por parte del sindicato en los ámbitos que correspondan pero no en lo referido a la eficacia del convenio

colectivo ya que para ello será de aplicación el artículo 42°, desde una perspectiva abierta e inclusiva sin restricción alguna.

Un adecuado análisis de la Casación Laboral N°2884-2009-Lima, nos permite establecer lo siguiente:

Primero, como ha quedado establecido el principio de igualdad y no discriminación en el empleo no se ve conculcado por la existencia de un sindicato más representativo (mayoritario). Ello por varios motivos pasando primero porque es un trato diferenciado que tiene un motivo legítimo, y terminando en el sentido de que los trabajadores no afiliados podrían haberse afiliado y el tratamiento sería el mismo.

Segundo, porque pretender cuestionar el concepto de mayor representatividad supondría un golpe durísimo a la libertad sindical en su conjunto. Así tendríamos los siguientes efectos:

- Los empleadores no aceptarían jamás pactar con un sindicato minoritario porque los efectos de estos convenios se extenderían a trabajadores no representados. La fuerza de un sindicato desaparecería porque una huelga de un minoritario no tendría la fuerza deseada.
- Los sindicatos no tendrían incentivos para lograr la mayoría de afiliados les bastaría con existir.
- Los trabajadores no afiliados tampoco tendrían incentivos para afiliarse a un sindicato. Por lo tanto los sindicatos estarían destinados a la desaparición y menos se lograría la deseada unidad sindical.

Como es obvio resulta necesario eliminar este precedente tan nocivo y antitécnico. Esperamos que la Corte Suprema recapacite e inaplique para futuros casos esta nefasta decisión.

En momentos en los cuales se debe reforzar la libertad sindical, un país que se reclama democrático y justo no puede permitir la existencia de decisiones judiciales como estas.

En este contexto, en que las decisiones judiciales sin un adecuado sustento vienen sentando precedentes respecto a la extensión de beneficios obtenidos por sindicato minoritario a trabajadores no afiliados, surge la importancia de reforzar el criterio administrativo de la Autoridad de Trabajo, e incluir dentro de Reglamento de la Ley General de Inspección de Trabajo una infracción relativa a la afectación a la libertad sindical cuando el empleador

unilateralmente decide extender los beneficios obtenidos por sindicato minoritario a todos sus trabajadores.

La posición de la Autoridad Administrativa de Trabajo difiere de lo resuelto por la Corte Suprema, en tanto ese tipo de fallos ponen en riesgo el sindicalismo en nuestro país. Mediante Informe N° 039-2012-MTPE/2/14 del 12 de octubre 2012 la Dirección General de Trabajo absuelve una consulta formulada por un sindicato, sobre la aplicación de un convenio colectivo de eficacia limitada a los trabajadores no sindicalizados.

Luego de un análisis sobre el contenido del convenio colectivo, la eficacia personal del convenio colectivo y la libertad sindical positiva, concluye señalando que la extensión de los beneficios de un convenio colectivo de eficacia limitada a los trabajadores no sindicalizados constituiría una vulneración al derecho a la libertad sindical, específicamente, a la libre afiliación.

Es así que, la eficacia personal del convenio colectivo se desprende de la naturaleza de las cláusulas normativas, pues las mismas son las que inciden en la relación individual de trabajo; por lo tanto su aplicación debe ser establecida, acorde a las reglas señaladas por nuestro ordenamiento. Por el contrario las cláusulas obligacionales ya tienen las partes predefinidas, pues regulan los derechos y deberes entre las partes que suscriben el convenio colectivo.

La eficacia personal del convenio colectivo se refiere al ámbito subjetivo del mismo, el cual puede ser general o limitado. Cuando un convenio colectivo es de eficacia general o erga omnes, dicho convenio se aplica a todos los trabajadores del ámbito del cual fue negociado, sin tomar en cuenta su condición de afiliado o no a la organización sindical que suscribió el mismo. Es decir, el convenio colectivo se extiende a todos los trabajadores del ámbito de negociación, de tal forma que “para que un convenio colectivo tenga eficacia personal general se requiere que la organización sindical pactante posea legitimidad negocial”.

En ese sentido, debemos desarrollar previamente los conceptos de capacidad negocial y legitimidad negocial propio de un modelo de relaciones colectivas de pluralidad sindical. Así se entiende por capacidad negocial, la capacidad inherente a toda organización sindical para que sea partícipe de una negociación colectiva; por su parte la legitimidad negocial es la aptitud específica para ser parte en una negociación colectiva y arribar al producto, al convenio colectivo.

Al respecto, la ley determina los efectos de la negociación colectiva. Atribuye efectos generales a los convenios colectivos celebrados por organizaciones sindicales que agrupen a la mayoría de los trabajadores en el ámbito respectivo. Adicionalmente, para la negociación colectiva a nivel de gremio o rama de actividad, se estableció que la extensión de sus efectos a todos los trabajadores del ámbito se produce cuando aquellas organizaciones sindicales que agrupen a la mayoría de trabajadores del ámbito, además sean convocadas directa e indirectamente por todas las empresas.

Por el contrario, el legislador peruano no ha atribuido a las organizaciones sindicales que agrupan a una minoría de trabajadores –dentro de un ámbito concreto de negociación- la extensión de los beneficios acordados. En tales casos existe una eficacia limitada para el convenio: es decir, sus cláusulas solo serán aplicables para los trabajadores miembros de dicho sindicato.

Cabe señalar que tal diferencia, en este contexto, es decir donde existe pluralidad sindical, tiene sustento objetivo y razonable, pues se basa en el concepto de representatividad (contrapuesto al concepto civil de representación) de los sindicatos mayoritarios; en atención a que los sindicatos no solo representan a sus afiliados, sino que tienen la capacidad de incidir en los demás trabajadores. De manera complementaria, la OIT señala que cuando se otorgue determinados derechos o beneficios a la organización sindical más representativa, ello debe hacerse en base a criterios objetivos y comprobables, pues bien, nuestro ordenamiento tiene como criterio objetivo para establecer al sindicato de mayor representatividad el número de trabajadores afiliados.

Así por ejemplo, si nos encontramos ante una negociación colectiva cuyo ámbito es el de empresa, lo primero que tenemos que hacer es establecer si el sindicato posee legitimidad negocial, es decir acorde al artículo 9° de la LRCT, si el sindicato tiene como afiliados a la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa o no.

Si se tratara de un sindicato minoritario, el ámbito personal de aplicación del convenio se circunscribe a los afiliados del sindicato. En ese supuesto nos encontraríamos ante un convenio colectivo de eficacia limitada; por lo tanto los beneficios señalados en el convenio serán aplicables solo para los afiliados al sindicato, así como los que se incorporen con posterioridad.

En un supuesto alternativo, de tratarse de un sindicato mayoritario, esta cláusula operaría como un límite al ámbito de aplicación del convenio colectivo de trabajo, con respecto a los beneficios otorgados. Sin embargo, debe puntualizarse que este supuesto podría trasgredir el ordenamiento, al oponerse directamente al artículo 42° de la LRCT. Sobre el particular, este razonamiento ya ha sido expresado por la Dirección General de Trabajo en el Informe N° 001-2012-MTPE/2/14 de fecha 3 de enero de 2012, donde se estableció que no es posible limitar el alcance del convenio colectivo restringiendo su ámbito a los trabajadores afiliados a la organización sindical al momento de su celebración privando a los futuros afiliados de los alcances del convenio, pues ello resulta una práctica que lesiona la naturaleza normativa del convenio colectivo de trabajo, afectando directamente le artículo 28 numeral 2) de la Constitución y los artículos 42 y 43 literal a) de la LRCT, los que conforman un bloque de constitucionalidad.

La libertad sindical es un derecho fundamental consagrado constitucionalmente, entendido por el Tribunal Constitucional como “la capacidad autodeterminativa para participar en la constitución y desarrollo de la actividad sindical”. Dicho derecho comprende dos aspectos: la libertad sindical individual y colectiva. De forma específica, la libertad sindical individual “está constituida por todos aquellos derechos de los trabajadores a constituir y afiliarse a las organizaciones que estimen conveniente, sin autorización previa y en total libertad, así como a desarrollar actividad sindical; y, a no incorporarse o retirarse libremente de tales organizaciones, sin que todo ello pueda ser fuente de ningún perjuicio”.

Tanto los convenios de la OIT como la legislación nacional señalan que los trabajadores gozan de libertad para afiliarse voluntariamente a las organizaciones sindicales que estimen conveniente. Asimismo, el derecho de libre afiliación, supone a su vez la adecuada protección contra todo acto de discriminación del empleador que busque desincentivar directa o indirectamente la afiliación a determinada organización sindical o promueva la desafiliación de la misma.

En ese sentido, debemos de analizar si la extensión unilateral que hace el empleador de los beneficios pactados en un convenio colectivo de eficacia limitada a los trabajadores no afiliados al sindicato constituye o no una afectación al derecho a la libertad de afiliación.

En primer lugar, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que cuando un convenio colectivo se extiende a los trabajadores no sindicalizados, ello no vulneraría el derecho a la libertad sindical, siempre que dicho convenio haya sido celebrado por la organización sindical más representativa. Caso contrario, cuando el convenio colectivo ha sido celebrado por una organización sindical de representación limitada nos encontramos ante un escenario distinto, pues la misma no goza de la representatividad de los trabajadores, por ello una decisión como tal desincentivaría la afiliación en tanto los trabajadores preferirían no afiliarse a la misma, pues de igual modo gozarán de los beneficios pactados en los convenios colectivos que celebre dicho sindicato.

La OIT se pronunció señalando que “cuando en un proceso de negociación con el sindicato, la empresa ofrece simultáneamente mejoras en las condiciones de trabajo a los trabajadores no sindicalizados a través de convenios individuales existe un peligro serio de que se menoscabe la capacidad negociadora del sindicato y que se produzcan situaciones discriminatorias que favorezcan al personal no sindicalizado; además, ello puede promover la desafiliación de trabajadores sindicalizados”.

A pesar de la contundencia de esta referencia establecida por el órgano de control de OIT, debemos mencionar que la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República, en la Casación Laboral N° 2864-009-Lima, de 28 de abril del 2010, estableció que, en aplicación del Principio de Igualdad, debían extenderse a un trabajador no sindicalizado los beneficios establecidos en un convenio suscrito entre un sindicato único minoritario. Así también desarrolló dicho criterio en la Casación Laboral 602-2010-Lima y Casación Laboral 11477-2013-Callao, en el sentido que los beneficios laborales otorgados a un sindicato minoritario se deben extender a los trabajadores no sindicalizados.

Como se advierte, este polémico criterio colisiona directamente con lo establecido en el ámbito internacional –al entender que la situación de un trabajador no sindicalizado es comparable y asimilable a la de otro que es miembro de un sindicato que negoció y logró un acuerdo con la contraparte empleadora, aun cuando existen criterios objetivos y razonables para que merezcan un trato distinto – estableciéndose por esa vía un juicio de comparación que obvia el contenido que aportan los derechos de sindicación como elementos de análisis en el caso que permiten establecer diferencias objetivas entre uno y otro supuesto. Es bajo esa óptica integral de

los derechos en juego como puede entenderse que el trato desigual en este caso es uno totalmente legítimo y no contrario al Derecho. Si bien no se trata de un fallo que forma parte de una línea jurisprudencial y constituye un pronunciamiento aislado que no debería reiterarse por la judicatura. Es probable que este criterio sea observado por instancias inferiores del Poder Judicial, sin embargo, al carecer de carácter vinculante (no forma parte de una línea jurisprudencial ni es un precedente vinculante) es posible plantear argumentos suficientes para que un Juez se aparte de este criterio en forma motivada.



BIBLIOGRAFIA

LIBROS

- AA.VV. Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. 2da. edición. Lima: Grijley, 2009, 783 pp.
- AA.VV. V Congreso Nacional SPDTSS. Tendencias y Perspectivas Laborales: Juicios, Relaciones Sindicales y Marco Interdisciplinario. Lima: SPDTSS, 2012, 655 pp.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Derechos Fundamentales de la Persona y Relación de Trabajo. 2da. edición aumentada. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013, 278 pp.
- BOZA PRO, Guillermo. Lecciones de Derecho del Trabajo. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011, 210 pp.

- DIAZ AROCO, Teófila. Derecho Colectivo del Trabajo. Lima: Grijley, 2009, 693 pp.
- HARO CARRANZA, Julio Enrique. Derecho Colectivo del Trabajo. Lima: Ediciones Generales, 2009, 549 pp.
- LANDA ARROYO, César y Ana VELASCO LOZADA. Constitución Política del Perú 1993. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, 211 pp.
- NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. 1era. reimpresión. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, 195 pp.
- OIT. Guía sobre las Normas Internacionales del Trabajo. Italia: CIF, 2008, 319 pp.
- RENDON VASQUEZ, Jorge. Derecho del Trabajo Colectivo. 8va. edición. Lima: Grijley, 2014, 398 pp.
- VILLAVICENCIO RIOS, La Libertad Sindical en el Perú. Suiza: OIT, 1999, 94 pp.

REVISTAS

- AGREDA ALIAGA, Jorge y Karen MARQUINA GUTIERREZ. “Comentarios respecto de la casación expedida por la Corte Suprema sobre la extensión de los efectos de un convenio colectivo suscrito con un sindicato minoritario”. Revista Jurídica del Perú, Tomo 123, Mayo 2011, pp. 15-24.
- CARRASCO MENDOZA, Hugo. “El Derecho a la Negociación Colectiva de los Sindicatos Minoritarios”. Soluciones Laborales. Lima: Gaceta Jurídica S.A., Año 7, Número 76, Abril 2014, pp. 79-88.
- DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo. ”Jurisprudencia relevante: Corte Suprema insiste en sostener los efectos erga omnes de un convenio colectivo celebrado por un sindicato minoritario”. Soluciones Laborales, N° 80, Agosto 2014, pp. 89-91
- DE LAMA LAURA, Manuel Gonzalo. “Trabajadores no afiliados a un sindicato minoritario también se benefician del Convenio Colectivo”. Soluciones Laborales, N° 40, Abril 2011, pp. 91-95.
- ESPINOZA ESCOBAR, Javier. “Los efectos de un convenio colectivo suscrito por un sindicato minoritario: A propósito de la Casación N°2864-2009-Lima”. Soluciones Laborales N° 41, Mayo 2011, pp. 89-94.

- ESPINOZA ESCOBAR, Javier. “Los efectos de un convenio colectivo suscrito por un sindicato minoritario. A propósito de la Cas. N° 2864-2009-Lima. Revista Jurídica del Perú, Tomo 123, Mayo 2011, pp. 25-33.
- GONZALES RAMIREZ, Luis Álvaro. “Tratamiento de la Autonomía Colectiva de Trabajo en el Perú a la Luz de las Normas Internacionales de Trabajo”. Soluciones Laborales. Lima: Gaceta Jurídica S.A., Año 5, Número 59, Noviembre 2012, pp. 92-101.
- MORALES CORRALES, Pedro. “Representatividad Sindical en la Negociación Colectiva. A propósito de un fallo de la Corte Suprema”. Análisis Laboral, Abril 2011, pp. 9-11.
- NAVARRETE MALDONADO, Alejandro. “La Extensión del Producto de una Negociación Colectiva de un Sindicato Minoritario a los Trabajadores No Afiliados: ¿Igualdad o Desincentivo a la Sindicalización? Soluciones Laborales. Lima: Gaceta Jurídica S.A., Año 8, Número 95, Noviembre 2015, pp. 62-70.
- PAREDES PALACIOS, Paúl. “Cuando la generosidad del empleador viola la libertad sindical: un caso de discriminación laboral por acción indirecta”. Derecho & Sociedad, N° 37, pp. 1-8.

INFORMES

- Informe N° 039-2012-MTPE/2/14 del 12/10/2012: Asunto: Consulta sobre la aplicación de un convenio colectivo de eficacia limitada a los trabajadores no sindicalizados.
- Informe N° 001-2012-MTPE/2/14 del 03/01/2012: Asunto: Consulta sobre el alcance de un convenio colectivo.

SENTENCIAS

- Casación Laboral N°2864-2009-Lima
- Casación Laboral N°6012-2010-Lima
- Casación Laboral N°11477-2013-Callao

