

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

**LA REGULACIÓN DE LOS NIVELES NEGOCIALES EN EL PERÚ:
PROPUESTA PARA UNA REFORMA LEGISLATIVA PROMOCIONAL SOBRE LA
ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA ACTIVIDAD PRIVADA**

Tesis para optar el Título Profesional de Abogado que presenta el Bachiller:

CESAR FRANCISCO HERRERA ROSE

Asesor:

MAURO UGAZ OLIVARES

Lima, 2019

RESUMEN

La presente tesis se encuentra dividida en dos secciones. Por un lado, se realiza un análisis del estado de las relaciones colectivas en el país, con especial referencia a la estructura de la negociación: se opera bajo la premisa de que el diseño legal de esta institución en el ámbito privado es tanto la consecuencia de una tradición histórica y un modelo económico que repelen al sindicalismo como fuerza social y a la negociación colectiva como medio de redistribución de la renta, como la causa más importante de la petrificación de la estructura descentralizada de negociación que existe actualmente en nuestro país. Como sustento de lo anterior, se emplean indicadores históricos, constitucionales y estadísticos, así como la exégesis crítica de nuestra normativa actual y el estudio comparado de algunos modelos alternativos en la región. En la segunda parte, se plantea la formulación de una reforma legal que oriente la negociación hacia una estructura más centralizada, y se hace una revisión de los factores políticos, sociales, económicos y jurídicos que justificarían una modificación normativa en dicho sentido. Tomando en consideración estas variables, se diseña una propuesta legislativa que, al amparo del objetivo de fomentar un modelo de autonomía colectiva que persiga la eficacia y la igualdad en la negociación, permita que los sindicatos fijen unilateralmente el nivel en un escenario de primera negociación, y que, en caso exista un convenio colectivo anteriormente suscrito, el desacuerdo sea resuelto por un tercero imparcial. Asimismo, se propone la creación de un organismo técnico especializado que se encargue de resolver esta y otras controversias que puedan surgir entre las partes relacionadas a la estructura de la negociación.



ÍNDICE

Introducción.....	5
I. La estructura de la negociación colectiva en el Perú: Perspectivas constitucionales, legales y estadísticas.....	9
1. Constitución Laboral y programa político.....	10
1.1. Punto de partida: La introducción del constitucionalismo social y las facetas históricas del movimiento sindical en el Perú.....	11
1.2. El estado de cosas previo a la década de 1990: La Constitución de 1979 y sus discrepancias con la realidad laboral.....	15
1.3. El dualismo flexibilizador-intervencionista como paradigma de las relaciones laborales individuales y colectivas en el Perú.....	19
1.4. Las facetas de la flexibilización en el Perú: subcontratación, regímenes especiales y precarización del contrato de trabajo.....	28
2. La Ley de Relaciones Colectivas del Trabajo.....	36
2.1. Las injerencias controlistas sobre la libertad sindical.....	39
2.2. El modelo intervencionista sobre la configuración de la negociación y los convenios colectivos.....	51
2.3. La ausencia de garantías sobre el ejercicio de la autotutela colectiva.....	63
3. El modelo regulatorio sobre la estructura de la negociación.....	71
3.1. La imposición de un nivel negocial como regla.....	72
3.2. La inexistencia de mecanismos e instituciones idóneos para la articulación de los convenios colectivos.....	84
3.3. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la reconstrucción parcial del ámbito subjetivo del derecho a la negociación colectiva.....	92
i. Caso CAPECO: La incorporación del “plus de tutela” como garantía de eficacia de la negociación.....	93
ii. Caso Portuarios: La alternativa del arbitraje y los principios en conflicto.....	99
4. La estructura de la negociación colectiva en cifras.....	108
4.1. Cobertura actual de la sindicación y la negociación colectiva en el Perú.....	108
4.2. El alcance y las oportunidades para la negociación colectiva por rama de actividad y/u otros niveles supraempresariales.....	116
II. La importancia de un replanteamiento legislativo encaminado a la promoción de la negociación colectiva a través de niveles alternativos....	127
1. Objetivo político: la legitimación de los sujetos colectivos y el redimensionamiento de las políticas de empleo.....	128
1.1. La reducción de la conflictividad social y la reconfiguración de las políticas de empleo: De la generalidad de la ley a la especificidad del convenio colectivo.....	129

1.2.	La legitimación de los sindicatos como actores sociales en un modelo democrático: eje laboral y político.....	140
1.3.	La eficacia y la cobertura de la negociación colectiva como elementos esenciales en la agenda del trabajo decente...	149
2.	Objetivo económico: los beneficios de la centralización sindical/negocial para el panorama económico nacional.....	154
2.1.	Incidencia en la reducción de la desigualdad.....	155
2.2.	Efectos sobre la seguridad en el empleo.....	161
3.	Objetivo jurídico: la garantía de eficacia de los preceptos constitucionales en materia de derechos colectivos.....	166
3.1.	La reinterpretación de los principios de la negociación colectiva en aras del fortalecimiento de la autonomía colectiva.....	166
3.2.	La extensión de la cobertura del derecho a la negociación colectiva y la necesidad de una tipificación abierta de los niveles negociales.....	174
i.	Trabajadores contratados bajo el Régimen MyPes.....	176
ii.	Trabajadores subcontratistas.....	183
iii.	Trabajadores de grupos de empresas.....	187
iv.	Trabajadores autónomos.....	192
3.3.	El cumplimiento del deber estatal de fomento de la negociación colectiva.....	196
i.	Deber de fomento y arbitraje.....	198
ii.	Deber de fomento y deber de negociar.....	203
iii.	Deber de fomento y determinación de los niveles negociales: juicio de ponderación.....	210
4.	Propuesta: La necesidad de una opción legislativa promocional y garantista en relación a la estructura de la negociación colectiva.....	223
4.1.	Elección del nivel de negociación colectiva.....	223
4.2.	Articulación y concurrencia de convenios colectivos.....	227
4.3.	Creación de la Comisión Nacional de Convenios Colectivos.....	230
Conclusiones.....		239
Bibliografía.....		244

INTRODUCCIÓN

El abordaje normativo de las relaciones sindicales en el país constituye uno de los puntos de agenda más postergados y desatendidos de nuestra historia constitucional. Ello, a pesar de que en la dogmática jurídica las fuentes de regulación del trabajo tradicionalmente reconocidas han sido las normas heterónomas generales, los contratos individuales y los productos negociados colectivamente, encontrándose en estos últimos la forma ideal de canalizar de manera equilibrada, específica y eficiente los intereses de cada sector u organización de trabajadores.

Peor aún, esta herramienta se encuentra actualmente en los rezagos de una circunstancia histórica particular, en la que la presión de los gremios empresariales y el prejuicio del legislador han conllevado a su debilitamiento y desuso, al punto de que durante el año 2017 solo se registraron 305 convenios colectivos en todo el país¹.

Al desarrollar las causas que generan esta ausencia de cobertura de la negociación colectiva, la ley debe ser uno de los focos principales del fenómeno: desde los obstáculos para la constitución de sindicatos, pasando por un intervencionismo restrictivo en la configuración de los convenios colectivos, hasta la imposición de requisitos excesivos para la procedencia de una huelga, el legislador peruano ha sistematizado desde hace más de dos décadas un cuerpo normativo hostil respecto de la actividad sindical, cuyas posteriores reformas una vez restaurada la democracia no han sido suficientes para que el día de hoy contemos con un ordenamiento verdaderamente promocional de la autonomía colectiva.

No obstante esta pluralidad de problemas, a través del presente trabajo nuestra atención se centra en un elemento particular de la legislación: el referido a los niveles de la negociación colectiva. Este interés se debe a que la estructura negocial constituye uno de los elementos esenciales para determinar el alcance de los convenios y el poder de negociación de los sujetos colectivos, entre otras variables que inciden directamente en la subsistencia del problema planteado.

El modelo regulatorio peruano referido a los niveles de la negociación en el sector privado asume una injerencia importante sobre el propio génesis de la relación colectiva, pues puede llegar a definir la estructura a seguir por los interlocutores

¹ MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. *Anuario Estadístico Sectorial 2017*. Lima: Oficina de Estadística del MTPE, 2018; p. 61.

sociales en el procedimiento negocial: a través de la determinación supletoria del nivel de empresa a falta de acuerdo entre las partes, la opción designada por la norma revela la vocación descentralizadora del legislador sobre los niveles de la negociación.

Ello es particularmente sintomático en un país cuya economía confiere un rol preponderante a las microempresas, cuyos trabajadores, por las propias trabas legislativas existentes, se encuentran numéricamente impedidos de constituir sindicatos de empresa. Otros indicadores adicionales, como el alto nivel de rotación laboral en determinados sectores, la preferencia por la subcontratación y el creciente desarrollo –sin correlato normativo– de los grupos de empresa, evidencian la falta de idoneidad que la regulación actual de los niveles negociales tiene para cumplir con el mandato constitucional de fomento estatal de la negociación colectiva.

Ciertamente, esta falta de idoneidad no es incidental. La concepción de esta regulación responde a un contexto histórico y político en el que se predominaban estructuras ideológicas que repelían a la negociación colectiva como medio de redistribución de la renta, rechazaban la figura de los sindicatos como actores sociales, y abogaban por un modelo de flexibilidad marcado por la individualización de la relación de trabajo y la desregulación de las normas laborales.

Lamentablemente, la herencia de este programa político no ha perdido del todo su influencia en el día de hoy, lo cual puede ser claramente demostrado a través de la subsistencia de la norma cuya crítica y reformulación es el propósito de este trabajo. Siendo esto así, nuestro análisis no puede reducirse únicamente a lo jurídico, considerando que ello marginaría de la discusión a las variables económicas, políticas y sociales que, en contradicción con la prédica del neoliberalismo, favorecen un marco regulatorio que fomente y posibilite la existencia de relaciones colectivas que se desarrollen en ámbitos superiores al de la empresa.

En línea con lo anterior, el presente trabajo consiste en una propuesta encaminada a promover la negociación colectiva de la actividad privada en niveles alternativos, esto es, más allá del ámbito que ha sido predeterminado por la norma; ello se hará tomando consideraciones críticas de la regulación actual, aplicando los criterios jurisprudenciales delineados localmente por el Tribunal Constitucional (en adelante, TC), y haciendo uso de los principios consagrados por entidades internacionales como la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) y sus órganos de control.

Asimismo, debido a que una propuesta de reforma legislativa no puede limitar su justificación a su viabilidad jurídica, se tomará en cuenta las implicancias socioeconómicas de la normativa vigente, los problemas que la nueva regulación pretendería corregir y la manera como se concretaría esta corrección.

El orden a seguir para conseguir estos objetivos consistirá, en primer lugar, en un diagnóstico del estado de la autonomía colectiva en el país. El primer capítulo partirá por contrastar nuestros antecedentes normativos con la legislación vigente, así como el escenario político, económico e ideológico que dio origen a esta última. El correlato constitucional de estos cambios también requerirá de un análisis preliminar, toda vez que estos instrumentos reflejan por sí solos las concepciones y prioridades de los gobiernos y legisladores de turno en relación a los derechos laborales y a la negociación colectiva en particular.

Todo ello permitirá aterrizar a una exposición crítica de lo que representa la reglamentación de las relaciones colectivas el día de hoy en el país, tomando en consideración a las tres instituciones que integran conjuntamente todo ordenamiento intersindical² encauzado a través de la autonomía colectiva: la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga. Nuestro análisis incluirá las falencias de la legislación, sus aciertos, y la manera como los operadores jurídicos la han venido aplicando en la vía administrativa, judicial y constitucional.

Debido a que el tema central del trabajo gira en torno a un elemento especial de la negociación colectiva, se hará una revisión detenida del modelo regulatorio peruano sobre la estructura negocial, en la que se deberán incluir todas las variables que integran este instituto; entre ellas, el grado de intervención del Estado sobre su configuración, los ámbitos sindicales y unidades de negociación dominantes, así como los mecanismos de articulación que existen en caso de pluralidad de convenios. Asimismo, se incluirán en el estudio a los criterios jurisprudenciales fijados por el TC en supuestos especiales, que reflejan una mirada alternativa a la visión histórica del legislador sobre la determinación del nivel de negociación.

Para cerrar este capítulo, tomando como base el alcance multidisciplinario que tiene el concepto de estructura negocial, se analizará las implicancias a las que, en términos

² Empleando las nociones acuñadas por GIUGNI, Gino. *Introducción al estudio de la autonomía colectiva*. Traducción de José Antonio Fernández Avilés y José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2004; pp. 83-123.

estadísticos, ha conllevado el modelo actualmente vigente sobre el panorama económico y sindical del país.

Por otro lado, el segundo capítulo del presente trabajo abarcará los objetivos que deben regir en una legislación que pretenda fomentar la negociación colectiva en un país como el nuestro. Para ello, se emplearán los principios que han sido internacionalmente reconocidos en materia de negociación colectiva y se recurrirá a un juicio de ponderación en el supuesto de que estos principios se vean confrontados, o bien mutuamente, o bien con otros derechos fundamentales.

También serán objeto de desarrollo los beneficios y perjuicios potenciales que cada unidad de negociación acarrea sobre los intereses de los actores sociales, y se determinará el grado de influencia que puede llegar a tener la regulación de la estructura sobre el poder de negociación de las partes y, por consiguiente, sobre el nivel de autonomía bajo el cual se desenvuelven en el procedimiento negocial. Debido a que la legislación vigente se ha sustentado en una serie de prejuicios de los operadores políticos en relación a los efectos de la sindicación y la negociación colectiva, la propuesta deberá ser fundamentada no solo en base a los derechos fundamentales y a los bienes jurídicos que busque tutelar, sino también en función de los resultados tangibles que pretenda alcanzar.

Por ello, se hará un análisis de los factores económicos, sociales y políticos que cumplen un rol en favor o en desmedro del ejercicio de este derecho, los problemas subyacentes en estas materias conforme al actual estado de cosas, y la manera en que una reforma legislativa deberá ser enfocada para que el Estado pueda corregir las falencias de orden estructural que existen como consecuencia del sistema que rige hoy las relaciones colectivas de trabajo en el país.

Por último, para cerrar el cuerpo de este trabajo se desarrollará concretamente la propuesta a plantear, tomando como premisa los juicios, lineamientos y objetivos trazados a lo largo del capítulo. La propuesta deberá incluir los factores más relevantes que afectan a la estructura negocial, entre ellos la elección del nivel en caso de una primera negociación, el supuesto de cambio del nivel de negociación en caso existan convenios colectivos previamente suscritos, y los mecanismos de articulación de la pluralidad de convenios en distintas unidades.

CAPÍTULO 1: LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL PERÚ. PERSPECTIVAS CONSTITUCIONALES, LEGALES Y ESTADÍSTICAS

La primera parte de este trabajo abordará, desde una mirada crítica y analítica, la problemática de la estructura de la negociación colectiva en el país, tomando como referencia su tratamiento legal, jurisprudencial e histórico. Ello solo será susceptible de estudio con un previo análisis del trasfondo político que ha respaldado la existencia de la regulación de la autonomía colectiva que tenemos el día de hoy, por lo que es propicio dedicar una parte de esta sección a la revisión sumaria de la historia constitucional del país, haciendo un paralelo con el proceso evolutivo que atravesaron las relaciones sindicales a lo largo de las últimas décadas y su reflejo en la legislación.

Posteriormente, se deberá desarrollar concretamente la legislación que el día de hoy acompaña la estructura negocial en el país; para que el análisis sea completo, este deberá incluir cada uno de los derechos derivados de la autonomía colectiva, incluyendo a la libertad sindical y a la huelga, pues solo así será posible observar los alcances sistemáticos que tiene cada disposición legislativa que regula la materia. La evaluación no podrá omitir los antecedentes que acompañaron a nuestra actual normativa y sus conflictos con los principios constitucionales y convencionales que rigen –o deberían regir– nuestras relaciones colectivas.

Una vez delineado el panorama legislativo general, se desarrollará cada una de las variables que integran la estructura negocial y cómo estas han sido enfocadas por nuestro legislador, para lo cual se tomarán en cuenta los aspectos relativos a la determinación del nivel de negociación y los esquemas de articulación de convenios colectivos de los que disponen los sujetos sociales en caso de pluralidad de acuerdos. Dado que al menos dos sentencias emitidas por el TC han sido de alta relevancia para definir la determinación del nivel de negociación, cada una de ellas deberá ser estudiada a profundidad, desde una perspectiva contextualizada y axiológica, esto es, a partir de los principios aplicados para la emisión de cada sentencia.

Por último, con el fin de confrontar el modelo regulatorio con el grado de aplicación y fomento que tiene la negociación colectiva en la práctica nacional, se realizará un examen estadístico de la estructura negocial en el país. Para tal efecto, se tomará en consideración la cantidad de convenios colectivos suscritos en los últimos años, así como su tasa de cobertura sobre los trabajadores formales y los niveles en los que estos han sido pactados. Asimismo, siendo que en el país ha primado por excelencia

el nivel de empresa y centro de trabajo, se estudiará el estado de la negociación en niveles supraempresariales, acompañado de algunas referencias comparadas.

1. Constitución Laboral y programa político

Antes de hablar propiamente de la normativa que regula la estructura de la negociación colectiva en el Perú, es necesario delinear el panorama constitucional que abre paso a esta regulación. Debido a que la actual Constitución y las normas que se derivan de ella encuentran parte de su *ratio legis* en el contraste con sus predecesoras, nuestro análisis deberá incluir la referencia a los primeros instrumentos constitucionales en los que se desarrollan los derechos de los trabajadores, con especial atención en sus derechos colectivos.

El escenario político que acompaña a dichos textos constitucionales a lo largo de su vigencia también deberá ser materia de estudio, toda vez que, en cuanto al tema que nos convoca, los antecedentes y las facetas históricas del movimiento sindical son muy importantes para entender tanto a su estructura actual, como a la visión que guarda el legislador peruano respecto de su legado y de su eficacia.

Ahora bien, siendo que la Constitución de 1979 fue la más lograda en el desarrollo programático del Estado Social de Derecho, será importante analizar con una mayor incidencia sus perspectivas en relación a la autonomía colectiva, y desde una mirada crítica cuestionar su falta de realización práctica, plasmada, por lo demás, en las normas que rigieron a lo largo de su período de vigencia. Por otro lado, será necesario observar cómo sus disposiciones sobre las relaciones colectivas contrastan con las de la Constitución actual, y se medirá el grado de idoneidad de cada una.

Debido que el estudio del desarrollo político y legislativo es tan importante como la teoría constitucional empleada detrás de la formulación de estos textos, se reflexionará también sobre cómo el modelo constitucional de 1993 repercute en escenario laboral en términos generales, toda vez que, si bien temas como la estabilidad en el empleo o la subcontratación no son las materias medulares del presente trabajo, el tratamiento que se les ha dado es útil para explicar la voluntad política detrás del tejido de normas laborales –en lo general– y colectivas –en lo específico– que priman en nuestra legislación, por lo que también serán abordadas como parte del proyecto que justifica el íntegro del estado de las relaciones de trabajo en el país.

1.1. Punto de partida: La introducción del constitucionalismo social y las facetas históricas del movimiento sindical en el Perú

Desde un punto de vista histórico, el proceso a través del cual se consagra la tutela de los derechos sociales –con especial protagonismo de los derechos laborales– como uno de los elementos rectores del Estado de Derecho es conocido como el *constitucionalismo social*³, en el cual gran parte de las constituciones nacionales mudarían del paradigma de Estado Liberal, que había consolidado su hegemonía en el Siglo XVIII, al Estado Social de Derecho; para gran parte de la doctrina constitucionalista, los instrumentos que dieron inicio a estas transformaciones fueron la Constitución de Querétaro de 1917 y la Constitución de Weimar de 1919.

Este giro de paradigmas, en el que el constitucionalismo social es tan solo la materialización constitucional de las transformaciones suscitadas, se vio marcado, de un lado, por “la evolución y desarrollo de la técnica y la economía y, del otro, [por] el surgimiento de profundas exigencias sociales y de movimientos políticos y sindicales que expresan la creciente presencia en el Estado de una nueva clase social que disputa a la burguesía su hegemonía: la clase trabajadora”⁴. Solo en este contexto mundial se puede entender la evolución del reconocimiento normativo de los derechos laborales en nuestro país, donde este proceso de socialización de las instituciones se encontraría tímidamente plasmado en las primeras constituciones del Siglo XX.

La primera de ellas sería la Constitución de 1920, emitida al inicio de la dictadura de Augusto B. Leguía. Esta Constitución fue la primera en introducir de manera específica un capítulo relacionado a las *Garantías Sociales*, donde se podía encontrar disposiciones relacionadas a la seguridad y salud en el trabajo industrial, salarios mínimos, mecanismos de resolución de conflictos entre Capital y Trabajo, entre otras. A pesar de ello, se considera que esta Constitución “no tuvo mayores innovaciones, aun cuando tímidamente apuntó un cierto interés social y una actitud interventora del Estado [...] [t]uvo mayor sensibilidad social que los textos constitucionales anteriores, tributo obligado a las inquietudes de la época”⁵.

La Constitución de 1933, por su parte, también nació como parte de un nuevo proceso político, en un ambiente parlamentario bastante friccionado por la diversidad de

³ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “La Constitución de 1979 y el Derecho del Trabajo”. *Derecho PUCP*. Lima, 1982, No. 36; p. 8.

⁴ *Ibidem.*; p. 11.

⁵ GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. “El constitucionalismo peruano en la presente centuria”. *Derecho PUCP*. Lima, 1990, No. 43-44; pp. 86-87.

fuerzas ideológicas y políticas representadas⁶. Esta Constitución fortaleció en cierta medida los avances sociales de su antecesora, estableciendo obligaciones de legislar sobre el convenio colectivo y favoreciendo un régimen de participación de los trabajadores en los beneficios de las empresas⁷. Para entonces, el movimiento sindical se regía por normas como la obsoleta regulación de la huelga emitida en 1913, y la actuación del Estado, más allá de las escasas atribuciones garantistas que le confería el texto constitucional, se caracterizó por ser “oficial, represiva e intervencionista”⁸.

A lo largo de la prolongada vigencia de la Constitución de 1933, el sindicalismo peruano atravesó diversos procesos, donde “los diferentes regímenes políticos que se sucedieron combinaron una política represiva (que determinó el repliegue del movimiento obrero), con la aplicación de algunas medidas económicas redistributivas y cierta legislación social favorables a los sectores obreros urbanos”⁹. El modelo de Estado Social solo se configuraba parcial y esporádicamente, y se presenciaba una excesiva dependencia del actor estatal para la eventual e inconstante concesión de derechos a la clase trabajadora, sin presentarse una particular inclinación a nivel de los partidos políticos para asumir los intereses sindicales como propios.

Entre mediados de la década de los cincuenta e inicios de los sesenta, dos fenómenos producen cambios tanto para el panorama constitucional de las relaciones colectivas como para la praxis sindical: por un lado, el Estado peruano ratifica el Convenio 87 de la OIT, relativo al derecho a la libertad sindical, y con el Decreto Supremo 009 se pretende estructurar el sindicalismo mediante la *reglamentación* de dicho instrumento internacional; sin embargo, este dispositivo termina por desnaturalizar y restringir la acción sindical, y plantea un escenario de intervención extrema que torna en inviable al ejercicio pleno de los derechos derivados de la misma¹⁰.

Por otro lado, la política al interior de los sindicatos empieza a cobrar un rol cada vez más influyente, siendo el APRA el primer partido en incorporar el movimiento al sistema político (y un responsable parcial de la ratificación del Convenio 87)¹¹. Con la creación de una central sindical afiliada a sus intereses, la Confederación de Trabajadores del Perú (CTP), el partido de Haya de la Torre adoptó un modelo de

⁶ *Ibidem.*; p. 88.

⁷ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Óp. cit.*; p. 10-11.

⁸ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú*. Lima: PLADES, 2010; p. 27.

⁹ ARCINIEGA ARCE, Rosa. “Relaciones industriales y sindicalismo en Perú”. *Estudios Sociológicos*. México D.F., 1996, volumen 14, No. 41, mayo-agosto; p. 335.

¹⁰ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *Óp. cit.*; p. 29.

¹¹ ARCINIEGA ARCE, Rosa. *Óp. cit.*; p. 336.

negociación política, orientada bajo “los principios del «sindicalismo libre» y que basó su eficacia en la amenaza de extensión del conflicto a un gobierno temeroso de un golpe militar; el que, por tanto, debía intervenir presionando a los empresarios para que acepten las demandas mínimas de los trabajadores”¹².

Esta modalidad de negociación, muy propia del ámbito latinoamericano¹³, se inclinaba por un clientelismo que repelía la noción del conflicto colectivo y acentuaba la dependencia del movimiento sindical hacia el Estado; la modelación de un sistema corporativista ocasionaba que el sector empleador no viera al sindicalismo como una carga, pues la relación entre ambos no alteraba su carácter flexible ni instaba a modificaciones del *status quo*¹⁴. Sin embargo, el golpe de Estado de Velasco Alvarado y la instalación del Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas abrían un paso decisivo a la transformación del escenario sindical, al legalizar la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP), de afiliación comunista, la cual desplazaría a la CTP como la central sindical más importante del país¹⁵.

La CGTP se adheriría al modelo del *sindicalismo clasista*, el cual “enfaticó el carácter irreconciliable de los intereses de la clase obrera con los del capital, y la necesidad de una lucha unificada y consecuente de los trabajadores para que ellos alcancen sus objetivos inmediatos e históricos [...] se caracterizó por su dinámica de enfrentamiento contra una clase empresarial que se negaba a reconocerlo como sujeto de derechos”¹⁶. Su participación social durante la década de los setenta, favorecida por el modelo económico de industrialización sustitutiva de importaciones, el cual incorporaba al trabajador en el proceso productivo¹⁷, arrojó resultados positivos para el movimiento sindical, aumentando las tasas de afiliación y generando movilizaciones que convirtieron a los sindicatos en actores políticos de trascendencia fundamental.

Con la salida forzada de Velasco Alvarado, se iniciaría la segunda fase del gobierno militar bajo la dirección de Morales Bermúdez, quien se apartaría del ala *progresista*¹⁸

¹² VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *Loc. cit.*

¹³ MANKY BONILLA, Omar. “El día después del tsunami. Notas para comprender a los sindicatos obreros peruanos en las últimas décadas del siglo XX”. *Debates en Sociología*. Lima, 2011, No. 36; p. 110.

¹⁴ ARCINIEGA ARCE, Rosa. *Óp. cit.*; p. 337.

¹⁵ MANKY BONILLA, Omar. *Óp. cit.*; p. 117.

¹⁶ CANESSA MONTEJO, Miguel. “Una aproximación al sindicalismo resolutivo en el Perú”. *Debates en Sociología*. Lima, 1994, No. 19; p. 171

¹⁷ MANKY BONILLA, Omar. *Óp. cit.*; p. 119.

¹⁸ SULMONT SAMAIN, Denis. “El movimiento sindical frente a la crisis económica: Perú, 1976-1979”. *Nueva Sociedad*. Buenos Aires, 1979, No. 43, julio-agosto; p. 27.

de su antecesor, implementando políticas favorables al empresariado y, en muchas ocasiones, perjudiciales para la clase trabajadora. Es aquí donde el sindicalismo asumió una postura de oposición fundamental, dirigiendo los paros más importantes de su historia, donde los reclamos giraban en torno a las normas relativas a la estabilidad laboral y la *comunidad industrial* (participación de los trabajadores en la empresa)¹⁹. Asimismo, manifestaron su rechazo ante las propuestas conciliatorias del empresariado, ratificándose en su clasismo y su vocación por el conflicto.

Sin embargo, pronto el modelo empezaría a perder eficacia. A la propaganda negativa promovida desde el Poder Ejecutivo, se sumaron las medidas adoptadas para afrontar la crisis económica como algunos de los factores coadyuvantes al desgaste del movimiento sindical²⁰. La recesión debilitó a la huelga como medida de presión, llevando a las centrales a acudir a mecanismos alternativos para concretar sus luchas, tales como las “marchas de sacrificio, tomas de fábricas y locales públicos, huelgas de hambre con el objetivo de presionar por la solución de conflictos prolongados, convocando la solidaridad de los sectores más amplios de la población”²¹.

Siendo esta la situación, para el momento del cierre de la dictadura militar el sindicalismo encontraba serios problemas de sostenibilidad. La dirigencia sindical atravesó modificaciones significativas debido a los despidos masivos y la represión empleadas por el gobierno, y la dispersión era un signo propio del movimiento: salvo excepciones como el sector bancario, eléctrico o textil, la mayoría de sindicatos ceñía su margen de acción al centro de trabajo, y el rol de las organizaciones de mayor envergadura se limitaba a la coordinación y asesoría²². La posibilidad de un movimiento sindical cohesionado y centralizado no era, pues, más que una utopía.

No obstante ello, las circunstancias propiciadas por el régimen dieron lugar a la organización de protestas masivas canalizadas por los movimientos sociales, con un impacto tal que “colocaron al gobierno «entre la espada y la pared», forzando a emprender el camino a la salida”²³. A pesar de las pugnas internas en los sindicatos, su capacidad de movilización para expresar el descontento de la población

¹⁹ MANKY BONILLA, Omar. *Óp. cit.*; p. 120.

²⁰ SULMONT SAMAIN, David. *Óp. cit.*; p. 32.

²¹ YÉPEZ DEL CASTILLO, Isabel. “Perú: Continuidad y ruptura sindical”. *Nueva sociedad*. Buenos Aires, 1986, No. 83, mayo-junio; p. 157.

²² *Ibidem.*; p. 160.

²³ EGUIGUREN PRAELI, Francisco y Domingo GARCÍA BELAÚNDE. “La evolución político-constitucional del Perú 1976-2005”. *Estudios Constitucionales*. Talca, 2008, año 6, No. 2; p. 374.

(descontento al que se adherirían perfiles tan opuestos como las federaciones barriales y los gremios empresariales) fue clave en la crisis política que condujo a la caída del gobierno de Morales Bermúdez y, con ello, de la dictadura militar.

La entrega del poder, sin embargo, sería progresiva: antes de la transición electoral, como es tradición en nuestra historia constitucional²⁴, el gobierno convocó a una Asamblea Constituyente con el fin de plasmar en una nueva Carta Magna las transformaciones promovidas a lo largo de su gestión, o, en palabras de sus representantes, de “constitucionalizar e institucionalizar las reformas estructurales realizadas por el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada”²⁵.

1.2. El estado de cosas previo a la década de 1990: La Constitución de 1979 y sus discrepancias con la realidad laboral

La Asamblea Constituyente se instaló en 1978, y dando cierre a una época de fuerte convulsión en los poderes del Estado, tuvo como norte fundar un ideal en la reflexión jurídica y política, implementando diversas reformas encaminadas a diseñar un modelo constitucional democrático y social²⁶ que consagraba al trabajo como un valor fundamental²⁷. Blancas sostiene que esta Constitución estaba concebida de tal manera que “impone al Estado peruano una orientación inequívoca que lo obligará a establecer políticas, invertir recursos y crear servicios que efectivamente permitan el ejercicio de los derechos sociales y el logro del bienestar, el desarrollo y la eliminación de toda estructura de explotación”²⁸.

En lo laboral, la Constitución de 1979 colocó un fuerte énfasis en la consagración del trabajo como fuente principal de riqueza²⁹, e hizo mención expresa de principios propios de la disciplina como el de irrenunciabilidad de los derechos y el *in dubio pro operario*. Asimismo, fue la primera en incluir instituciones como la jornada ordinaria (artículo 44), la estabilidad en el trabajo (artículo 48) y el crédito laboral (artículo 49), y, en contraste con la escueta referencia al convenio colectivo realizada por el

²⁴ LANDA ARROYO, César. *La evolución constitucional del Perú contemporáneo*. Texto mimeografiado, 2003; p. 2.

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/05C7CB4D527A6EB505257718005DD7D8/\\$FILE/19_La_evoluci%C3%B3n_constitucional_del_Per%C3%BA_contempor%C3%A1neo.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/05C7CB4D527A6EB505257718005DD7D8/$FILE/19_La_evoluci%C3%B3n_constitucional_del_Per%C3%BA_contempor%C3%A1neo.pdf)

²⁵ EGUIGUREN PRAELI, Francisco y Domingo GARCÍA BELAÚNDE. *Loc. cit.*

²⁶ LANDA ARROYO, César. *Loc. cit.*

²⁷ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Óp. cit.*; p. 14.

²⁸ *Ibidem.*; p. 12.

²⁹ PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “El trabajo en la Constitución”. *Ius et veritas*. Lima, 1993, No. 7; p. 27.

constituyente en 1933, sistematizó por primera vez los tres derechos que integran cualquier esquema completo de autonomía colectiva: la libertad sindical (artículo 51), la negociación colectiva (artículo 54) y la huelga (artículo 55).

A pesar de que el texto constitucional recibió aceptación en términos generales³⁰, su implementación y el retorno a la democracia no irían acompañados en lo más mínimo de escenarios económicos y políticos estables (sin que ello implique una relación causal); muy por el contrario, la década de 1980 atestiguó la irrupción del movimiento terrorista Sendero Luminoso, sumando a ello una hiperinflación que condujo al país a una crisis económica sin precedentes. A juicio de Landa,

“[e]stos factores [...] dieron lugar a la progresiva institucionalización de las corrosivas prácticas gubernamentales puestas de manifiesto en el abuso de emergencias constitucionales –económicas y político-militares–, tomando como justificación para cualquier exceso, la crisis del sistema político y económico clásicos; abriéndose, así, una vez más la brecha entre el texto constitucional y la realidad y, poniendo en evidencia la débil vida constitucional y la precaria convicción democrática de los gobernantes del país”³¹.

Ninguno de estos fenómenos fue ajeno al movimiento sindical. Sendero Luminoso tuvo una lectura bastante crítica de los sindicatos clasistas, al considerar que los paros y otras medidas del movimiento resultaban “«revisionistas», en tanto no afrontaban la verdadera lucha de los trabajadores”³². Asimismo, siendo que las centrales sindicales habían perdido el grado de favor político de los partidos de izquierda que el que disfrutaron durante los setenta, Sendero Luminoso capitalizó en este *abandono* y pretendió penetrar en el movimiento mediante acciones destructivas, tomando parte en algunas de las protestas más violentas en la historia del movimiento sindical³³.

Empero, la relación del sindicalismo con el terrorismo no fue unidimensional: se encuentra documentado que Sendero Luminoso asesinó a importantes dirigentes sindicales³⁴ como parte de sus pugnas de poder al interior de los movimientos sociales, lo que, sumado a la infiltración de su ideología extremista en los sindicatos,

³⁰ GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. “La nueva Constitución del Perú”. En: CARPIZO MCGREGOR, Jorge. *Problemas actuales del Derecho Constitucional: Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*. México D.F.: UNAM, 1994; p. 140.

³¹ LANDA ARROYO, César. *Op. cit.*; p. 3.

³² CANESSA MONTEJO, Miguel. “La violencia política en el mundo laboral peruano”. *Debates en Sociología*. Lima, 2011, No. 36; p. 86.

³³ COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN. *Informe Final*. Tomo V. Lima: Comisión de la Verdad y Reconciliación, 2003; p. 466.

³⁴ CANESSA MONTEJO, Miguel. *Op. cit.*; pp. 101-103.

generó una acentuación en la crisis de representatividad que estos atravesaban, originada por su ya deteriorado método de lucha. Al producirse una asociación no deseada –y muchas veces injusta– entre las organizaciones de trabajadores y la insurgencia terrorista, se pasó a cuestionar no solo la praxis sindical, sino su propia legitimidad como mecanismo orientado hacia la tutela colectiva de la fuerza laboral.

A mayor abundamiento, la crisis económica, agravada durante el gobierno de Belaúnde Terry y desbordada con la gestión de García Pérez, llevó a las masas de trabajadores a sufrir un “agudo deterioro de su nivel de vida”³⁵, reconduciendo su lucha hacia el intento de mantener los derechos ya adquiridos, en lugar de procurar el logro de nuevas conquistas sociales y sin asomo de voluntades políticas que defendieran estos intereses. Quizás por esta y otras razones similares, la reforma laboral a la que el Estado se debía encaminar, sobre la base de los principios de la Constitución de 1979, nunca fue encauzada durante la década de los ochenta. Antes bien, se mantuvo una política de “sofocante intervencionismo en las relaciones colectivas y cierta sobreprotección en las relaciones individuales de trabajo”³⁶.

Pese a que la intervención estatal en las relaciones colectivas –cuando se enuncia en clave promocional– es propia de todo Estado Social, y que la configuración constitucional de la misma no “pretendía, en el marco teórico, limitar o anular la autonomía colectiva pues buscaba equilibrar las diferencias sociales y, en concreto, las relaciones laborales”³⁷, las normas de desarrollo de la autonomía colectiva conferían al Ejecutivo facultades de un signo excesivamente reglamentarista. Para Pasco, estas medidas estuvieron parcialmente habilitadas por ambigüedades que el texto constitucional mantenía en algunas de sus disposiciones³⁸, y el resultado de ello fue que terminaron por desvirtuar a la negociación colectiva de su condición de mecanismo autónomo, ahondando en la politización de las relaciones colectivas³⁹.

La regulación que rigió esta materia en el país a lo largo de los ochenta, el Decreto Supremo 006-71-TR, había sido emitida durante la dictadura militar, y no cesaría su vigencia pese a chocar en varios aspectos con el texto constitucional. Su lógica hacía

³⁵ YÉPEZ DEL CASTILLO, Ysabel. *Óp. cit.*; p. 156.

³⁶ NEVES MUJICA, Javier. “Gobierno de Fujimori: La Tensa Relación entre la Economía Liberal y los Derechos Laborales”. *Themis*. Lima, 1991, No. 19; p. 51.

³⁷ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “Los modelos de relaciones laborales, la autonomía colectiva y las constituciones de 1979 y 1993”. *Derecho y Sociedad*. Lima, 1995, No. 10; p. 213.

³⁸ Artículo 54 (párrafo final).- La intervención del Estado solo procede y es definitiva a falta de acuerdo entre las partes.

³⁹ PASCO COSMÓPOLIS. *Óp. cit.*; p. 34.

eco de la visión del gobierno, según la cual el movimiento sindical era indefectiblemente dependiente del quehacer estatal: la autonomía organizacional de los sindicatos no era precisamente un deseo del poder político⁴⁰, el cual los veía más bien como aliados cuya tutela debía ser promovida e impulsada desde arriba. La libertad para negociar tampoco tendría una acepción positiva, reflejándose ello en una legislación que, a grandes rasgos, ponía en tela de juicio la capacidad de los sindicatos para producir normas acordes con sus intereses.

El decreto supremo, de un trasfondo claramente paternalista, en gran medida sometía el cauce del conflicto colectivo a la voluntad política del actor estatal. Si bien se podían avizorar aspectos promocionales en su contenido –como la estipulación del deber de negociar colectivamente–, la norma no se limitaba a ello: a falta de acuerdo entre las partes, y finalizada la etapa de conciliación obligatoria, la Autoridad de Trabajo dictaría las condiciones laborales y remunerativas a incrementarse a través de una resolución. Pese al carácter aparentemente tuitivo de esta disposición, el modelo asumido implicaba “la ausencia de una voluntad negocial de las partes, profundizando los defectos de dependencia de los actores sociales hacia el Estado”⁴¹.

Asimismo, el decreto supremo establecía, en lugar de las partes, diversos aspectos de la negociación; entre ellos, limitaba taxativamente los contenidos a pactarse a las remuneraciones y condiciones de trabajo, establecía un modelo de negociación descentralizada (orientándose por el nivel del centro de trabajo), preveía el procedimiento a seguir (etapas de trato directo, conciliación y resolución administrativa), estipulaba la duración mínima del convenio (un año) y supeditaba la vigencia del mismo a la aprobación de la Administración. Estos rasgos normativos reflejaban una concepción negativa y patológica del conflicto colectivo por parte del Estado, cuyo rol, antes que el de fomentar una igualación sustancial entre los actores sociales, consistiría en finalizar rígida y raudamente la controversia⁴².

A lo largo de su vigencia, este panorama legislativo afrontó serias complicaciones de aplicación y modificaciones durante los periodos de crisis económica que atravesó el país, debido a que, como sería de esperarse en un escenario de inestabilidad política,

⁴⁰ MANKY BONILLA, Omar. *Loc. cit.*

⁴¹ BOZA PRO, Guillermo y Miguel CANESSA MONTEJO. “Relaciones colectivas de trabajo: entre la flexibilidad y el intervencionismo estatal”. *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú*. Lima: OIT, 2000; p. 196.

⁴² NEVES MUJICA, Javier. *El contenido negocial: La compleja relación entre la ley y el convenio colectivo*. Lima: Instituto de Defensa Legal, 1992; p. 26.

los gobiernos de turno no dudaban en comprometer los alcances de las negociaciones en curso, al aplicar políticas económicas de control salarial para efectos de contener la inflación⁴³. Ello terminaría por desnaturalizar a la negociación colectiva, reemplazando a la previa “propuesta integradora autoritaria” por una “administración estatal de las remuneraciones de los trabajadores en los ochenta”⁴⁴.

A finales de los ochenta, el proyecto populista de García Pérez devino en un escenario crítico, “donde los altos índices de inflación habían pulverizado los ingresos de los peruanos, la abrupta caída del Producto Bruto Interno (PBI) hizo retroceder al país por décadas, el fuerte déficit fiscal paralizó al Estado peruano y la presión tributaria fue la más baja de la historia”⁴⁵. Asimismo, los casi nulos resultados en la lucha contra el terrorismo colocaron al gobierno y a la clase política en una posición de “legitimidad cuestionada (ya que la subversión terrorista parecía actuar impunemente). Si a eso se añade que los partidos políticos no habían renovado sus cuadros y habían producido un cansancio en la población [...] toda daba a entender que el país estaba al borde de una seria crisis institucional”⁴⁶.

1.3. El dualismo desregulador-intervencionista como paradigma de las relaciones individuales y colectivas de trabajo y su reflejo en la Constitución de 1993

En base a lo reseñado, es innegable que el país precisaba de una serie de reformas para asegurar la sostenibilidad de la economía y la erradicación de la violencia política. Estas metas constituían retos ineludibles para el gobierno que tuviera que asumir funciones en 1990, por lo que, tras la elección de Fujimori Fujimori, su gobierno iniciaría funciones con objetivos bastante claros. El punto principal de controversia se encontraba en el enfoque a través del cual se llevarían a cabo estas tareas; la reforma laboral era un proceso necesario y dilatado desde la promulgación de la Constitución de 1979⁴⁷, pero la manera en que esta debía concretarse era materia de un debate no solo jurídico, sino también político e ideológico, en el que su adecuación al panorama económico no representaba un eje de poca importancia.

Una vez decretadas las primeras medidas en materia laboral, administrativa, previsional, entre otras, se hizo claro que la vía adoptada por el Ejecutivo respondía a

⁴³ *Ibidem.*; p. 27.

⁴⁴ BOZA PRO, Guillermo y Miguel CANESSA MONTEJO. *Loc. cit.*

⁴⁵ *Ídem.*

⁴⁶ GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. “La nueva...”; pp. 139-140.

⁴⁷ NEVES MUJICA, Javier. “Gobierno de Fujimori...”; p. 51.

la “corriente liberalizadora” que se encontraba en boga en América Latina, la cual, a criterio de sus impulsores, defendía preceptos como “el alejamiento de las fantasías económicas con su secuela de aislamiento internacional, inflación descontrolada e intervencionismo estatal proclive a las prebendas, y [...] el reconocimiento a la inviabilidad del populismo político”⁴⁸.

Bajo esta premisa, el gobierno emprendería una política de flexibilización laboral, regida bajo los principios emanados del neoliberalismo. Esta escuela económica defendía una política consistente en la “individualización de las relaciones laborales, hasta el límite de lo políticamente posible”⁴⁹. Una de las medidas adoptadas, a la que – equivocadamente– se le suele atribuir una relación casi sinonímica con la flexibilidad, fue la desregulación laboral, vista como una forma de “dejar sin regulación, privar de normatividad”⁵⁰, o bien como “una nueva manera de regular el contrato de trabajo, que se aleja de la protección laboral clásica”⁵¹.

Desde un punto de vista dogmático, debe notarse que la desregulación es solo una de las alternativas de acción política dentro de un esquema flexibilizador⁵², siendo entre todas estas la más agresiva, al ser impuesta unilateralmente al trabajador mediante la derogación de beneficios laborales preexistentes. La principal manifestación de esta práctica consistió en una serie de decretos legislativos emitidos por el gobierno peruano desde 1991, en un proceso que Ermida ha llamado “la experiencia más paradigmática de desregulación impuesta verificada en la década de los '90 en América Latina”⁵³. Entre las normas mencionadas se encontraban las siguientes:

“Ley de Compensación por Tiempo de Servicios; Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas Estatales; Ley de Participación del

⁴⁸ FERRO DELGADO, Víctor. “La Flexibilización del Derecho Laboral Peruano”. *Themis*. Lima, 1991, No. 19; p. 55.

⁴⁹ ERMIDA URIARTE, Oscar. “La flexibilidad”. *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú*. Lima: OIT, 2000; p. 10.

⁵⁰ PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “Flexibilización y desregulación”. *Themis*. Lima, 1996, No. 34; p. 23.

⁵¹ QUIÑONES INFANTE, Sergio. “La flexibilidad laboral en España y Perú: análisis de ciertos aspectos diferenciadores”. *Derecho PUCP*. Lima, 2012, No. 68; p. 316.

⁵² Empleando una noción finalista de la *flexibilidad*, que puede abarcar medios de acción distintos como la desregulación impuesta y los mecanismos de adaptación consensuados, como la adoptada por RASO DELGUE, Juan. “Flexibilización: ¿desregulación o adaptación del Derecho del Trabajo?”. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Caracas, 1993, No. 87; p. 389; quien sostiene que este concepto consiste en “la tendencia generalizada de modificar por vía *autónoma o heterónoma* las reglas jurídicas de la prestación de trabajo, alterando los niveles de protección preexistentes del trabajador, con la finalidad de ajustar el factor trabajo a las nuevas exigencias del sistema de producción” (énfasis agregado).

⁵³ ERMIDA URIARTE, Oscar. *Óp. cit.*; p. 16.

*Trabajador en la Empresa; Ley de Beneficios Sociales; Ley del Sistema Privado de Salud; Ley del Sistema Privado de Pensiones; Ley de Fomento del Empleo y Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, conjunto de disposiciones que en todo o en parte colisionaban con la Constitución de 1979*⁵⁴.

Esta nueva normativa se encargó de rediseñar “la integridad de las instituciones que conforman las relaciones individuales de trabajo, y en todos los casos [...] resulta evidente la rebaja de beneficios para los trabajadores y el incremento de los márgenes de la decisión empresarial”⁵⁵. De particular notoriedad fue el caso de las modificaciones a la estabilidad laboral⁵⁶, al crearse nuevas modalidades de contratación a plazo fijo y al simplificarse su aprobación (afectando la estabilidad de entrada), y al preverse nuevas causas de despido y la autorización de las reducciones de personal en empresas estatales declaradas en emergencia, en contradicción con la proscripción del despido injustificado (afectando la estabilidad de salida).

Por otro lado, el panorama de una desregulación impuesta en lo individual se vería fuertemente contrastado por un intervencionismo en lo sindical, anulando la posibilidad de que la política laboral se desplace “de un garantismo estatal a otro colectivo, sin dejar indefensos a los trabajadores”⁵⁷. Ello, sin embargo, resultaba plenamente coherente con el programa político del neoliberalismo, el cual postula que “la acción sindical, la negociación colectiva y la huelga son prácticas monopólicas a través de las cuales los trabajadores tratan de elevar artificialmente el precio de la mercadería que venden –su trabajo–, «ensuciando» el libre juego de la oferta y la demanda entre cada trabajador individualmente considerado y cada empleador concreto”⁵⁸.

Esta concepción ideológica explicaría gran parte del contenido del Decreto Ley 25593, Ley de Relaciones Colectivas del Trabajo (en adelante, LRCT), el cual fue publicado en julio de 1992 y sería la primera legislación en sistematizar los derechos colectivos reconocidos en la Constitución. El contexto histórico de su promulgación también es sumamente relevante: el 5 de abril del mismo año, es decir, solo tres meses antes de la emisión de esta norma, el gobierno había realizado un auto-golpe de Estado que ocasionó el cierre del Congreso y la desarticulación de un número importante de

⁵⁴ CARRILLO CALLE, Martín. “La flexibilización del contenido laboral de la Constitución”. En: FERRO DELGADO, Víctor (coordinador). *Balance de la reforma laboral peruana*. Lima: SPDTSS, 2001; p. 45.

⁵⁵ QUIÑONES INFANTE, Sergio. *Óp. cit.*; p. 328.

⁵⁶ NEVES MUJICA, Javier. “Gobierno de Fujimori...”; pp. 52-53.

⁵⁷ *Ibidem.*; p. 52.

⁵⁸ ERMIDA URIARTE, Oscar. *Óp. cit.*; p. 10.

instituciones estatales. Ello explica la naturaleza heterónoma de esta regulación⁵⁹, pues su elaboración fue monopolizada por el Estado, excluyendo la participación de organizaciones sindicales y empresariales de la misma.

No obstante, la forma a través de la cual se diseñó esta normativa, cuyo ámbito de aplicación sería el de la actividad privada, es tan solo parte de la pluralidad de inconvenientes que trajo consigo: en lugar de adecuar el sistema a los postulados constitucionales que favorecerían la promoción de la autonomía colectiva, el legislador optó por la continuidad del modelo “autoritario, reglamentarista, controlista y restrictivo”⁶⁰ que había regido en el país desde décadas atrás. Este modelo favoreció la descentralización de las relaciones colectivas, encasilló la acción sindical dentro de una labor estática y limitada⁶¹, colocó trabas numerosas al ejercicio de la huelga, y contuvo una serie de vicios adicionales que serán revisados a detalle más adelante.

Resultaba claro a esas alturas que el gobierno había instaurado un régimen “autoritario en lo político y neoliberal en lo económico”⁶², al que, producto de su rompimiento con la institucionalidad, le tocaba afrontar una seria crisis de legitimidad ante la comunidad internacional, la cual despojaría de apoyo económico y financiero a nuestro país⁶³. Tal situación ameritaba el recurso a medidas que “recondujese[n] al Perú a los marcos democrático-constitucionales”⁶⁴, lo que llevó al gobierno *de facto* a convocar elecciones para la formación de un Congreso Constituyente Democrático (en adelante, CCD) en agosto de 1992, a través del Decreto Ley 25684.

El CCD fue convocado con una serie de motivaciones más políticas que jurídicas: por un lado, pese a que existía consenso de que se debía reformar parcialmente la Constitución de 1979, el fujimorismo optó por la formulación de una nueva Carta Magna, pues la que se encontraba vigente en ese entonces contenía disposiciones que sancionaban con gravedad a medidas implementadas por el régimen⁶⁵, entre

⁵⁹ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “El cuestionable continuismo intervencionista o la ausencia de reforma en la regulación general de las relaciones colectivas de trabajo y de la libertad sindical”. En: FERRO DELGADO, Víctor (coordinador). *Balance de la reforma laboral peruana*. Lima: SPDTSS, 2001; pp. 272-273.

⁶⁰ *Ibidem.*; p. 273.

⁶¹ *Ibidem.*; p. 275.

⁶² SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “La protección de los derechos laborales en la Constitución peruana de 1993”. En: Autores varios. *Derechos laborales, derechos pensionarios y justicia constitucional. II Congreso de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima: SPDTSS, 2006; p. 36.

⁶³ LANDA ARROYO, César. *Óp. cit.*; p. 6.

⁶⁴ GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. “La nueva...”; p. 140.

⁶⁵ *Ibidem.*; p. 141.

ellas, claro está, el auto-golpe de Estado. Por otro lado, y quizá en un aspecto que resulta de mayor interés para nuestro análisis, el gobierno precisaba de una Constitución con un contenido que justifique la opción económica adoptada por él⁶⁶; al respecto, Carrillo sostiene que la nueva Carta “en nada es ajena a la reforma de la legislación laboral implementada por el gobierno del presidente Fujimori, pues bien se puede afirmar que aquella deviene en su corolario”⁶⁷.

El producto del CCD sería la hasta hoy vigente Constitución de 1993. En términos macro, el diseño constitucional:

“expresa jurídicamente el programa político y sobre todo el programa económico del gobierno, de servir de carta de garantía para los inversionistas, a través de la consagración de una constitución económica de mercado y de la eliminación de la planificación democrática o concertada, libre de los atavismos empresariales estatales y del control de precios, defensora libérrima de la propiedad privada sin posibilidad de la expropiación por interés social y la exclusión del tratamiento preferencial de ciertos sectores sociales y económicos marginados”⁶⁸.

Estos lineamientos, orientados hacia la consolidación de la economía de mercado, también tuvieron su reflejo en la enunciación de los derechos sociales, económicos y culturales, cuyo alcance fue escasamente precisado por el constituyente, al apelar, básicamente, a generalidades en su formulación y a su posterior desarrollo legislativo para darles contenido⁶⁹. Empero, este reduccionismo no significó su inexistencia en el texto constitucional, toda vez que, por cuestiones de política interna y externa, “si bien [el constituyente] consiguió «podar» muchos de los elementos accesorios del sistema de derechos laborales previsto por la Constitución de 1979, no pudo hacer desaparecer sus componentes nucleares, ni a nivel individual ni a nivel colectivo”⁷⁰.

El ejemplo más paradigmático de estas modificaciones en lo laboral quizás sea el de la tutela del derecho a la estabilidad en el empleo, en cuyo ámbito se produjo la transición de un mandato imperativo e incondicional respecto de la causalidad legal como requisito para la procedencia de un despido (estableciendo así un sistema de

⁶⁶ LANDA ARROYO, César. *Óp. cit.*; p. 7; el autor afirma que el gobierno fujimorista atribuyó al modelo constitucional de 1979 “un rol obstruccionista a las medidas de modernización en función de la economía libre de mercado, otorgando asidero a un pretendido pensamiento neoliberal, que cerró con la etapa del constitucionalismo social más nominal que real”.

⁶⁷ CARRILLO CALLE, Martín. *Loc. cit.*

⁶⁸ LANDA ARROYO, César. *Loc. cit.*

⁶⁹ GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. “La nueva...”; p. 144.

⁷⁰ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Óp. cit.*; p. 51.

estabilidad laboral absoluta), a un mandato diferido que permite al legislador determinar en qué consiste la “adecuada” protección al despido arbitrario⁷¹ (inclinándose indefectiblemente por un sistema de estabilidad laboral relativa, conforme a los actos legislativos previos a la implementación de la Constitución).

En lo concerniente a los derechos derivados de la autonomía colectiva, el esquema comparativo entre ambos textos es el siguiente:

Derecho	Constitución de 1979	Constitución de 1993
Sindicación	<p>El Estado reconoce el derecho de constituir sindicatos sin autorización previa, afiliarse o no a ellos, así como el derecho de los sindicatos a constituir organismos de grado superior, funcionar libremente y disolverse por acuerdo de sus miembros o resolución de la Corte Suprema.</p> <p>Los dirigentes gozan de garantías para el desarrollo de sus funciones. (art. 51)</p>	<p>El Estado reconoce el derecho de sindicación. Cautela su ejercicio democrático.</p> <p>Garantiza la libertad sindical. (art. 28.1)</p>
Negociación colectiva	<p>El Estado garantiza el derecho a la negociación colectiva.</p> <p>La intervención del Estado sólo procede y es definitiva a falta de acuerdo entre las partes.</p> <p>Las convenciones colectivas tienen fuerza de ley para las partes. (art. 54)</p>	<p>El Estado reconoce el derecho de negociación colectiva. Cautela su ejercicio democrático.</p> <p>Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos.</p> <p>La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado. (art. 28.2)</p>
Huelga	<p>La huelga es derecho de los trabajadores.</p> <p>Se ejerce en la forma que establece la ley. (art. 55)</p>	<p>El Estado reconoce el derecho de huelga. Cautela su ejercicio democrático.</p> <p>Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones. (art. 28.3)</p>

Del análisis de ambos textos se pueden extraer diferencias sutiles, pero también sustanciosas, sobre todo en la medida de que revelan la mentalidad que el constituyente traía consigo al enunciar estos derechos. La más notoria de ellas –en cuanto a su desarrollo– es, sin duda, la alusiva a la libertad sindical, pues de una serie

⁷¹ *Ibidem.*; pp. 85-86.

de preceptos no disponibles para el legislador, plasmados en la Carta de 1979, se pasó a una garantía genérica del derecho en la Constitución de 1993. Además, la adenda general según la cual se cautela el *ejercicio democrático* de estos tres derechos se presta a posibles injerencias de corte vulneratorio por parte del Estado⁷², donde precisamente la libertad sindical, por ser el más elástico y el catalizador de los demás derechos, corre mayor riesgo de sufrir afectaciones.

La redacción del artículo 51 en la Constitución de 1979, en cambio, presenta mucha mayor profundidad y ambición en su contenido. Según Villavicencio, se puede afirmar que de dicho artículo se desprenden hasta seis garantías relativas a la libertad sindical⁷³: i) sindicalización sin previa autorización; ii) libertad sindical individual positiva y negativa; iii) constitución de organismos de grado superior; iv) libre constitución, funcionamiento y administración; v) disolución voluntaria o vía resolución de la Corte Suprema (última instancia), y, vi) garantías para que los dirigentes sindicales de todo nivel desarrollen las funciones que les correspondan. Para Pasco, este planteamiento “recogía bella y certeramente el principio de libertad sindical, abundando en elementos que le dan consistencia y fortaleza”⁷⁴.

Si bien la jurisprudencia del TC ha podido reorientar el estado actual del derecho a la libertad sindical hacia un perfil más garantista, tomando como base a los principios reconocidos internacionalmente (y que resultan vinculantes para el Estado peruano, dada su suscripción de los Convenios 87 y 98 de la OIT), es importante resaltar que esta no fue una tarea encaminada por el constituyente. Antes bien, se consideró que precisar los alcances de estos derechos no era una tarea indispensable⁷⁵, poniendo en riesgo su eventual ejercicio y viabilizando una posible ratificación de las disposiciones más lesivas de la LRCT.

En cuanto a la negociación colectiva, la Constitución de 1979 sería reconocida por deslindarse de la política reglamentarista que la había precedido, pues “rompe con el

⁷² CARRILLO CALLE, Martín. *Óp. cit.*; pp. 78-79; considera que esta cláusula “abre la posibilidad a normas e, inclusive a actuaciones administrativas, intervencionistas en la vida y actividad de las organizaciones sindicales, es decir, este extremo del precepto encierra un potencial lesivo a la autonomía sindical, entendida en su sentido más amplio”.

⁷³ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La libertad sindical...*; p. 30.

⁷⁴ PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “El trabajo en la Constitución”; p. 33.

⁷⁵ Tal y como fue enunciado durante los debates del CCD por Ricardo Marcenaro Frers, presidente de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Proyecto de Constitución, para quien era necesario “reducir notablemente la gran cantidad de palabras que contenía la Constitución anterior a fin de dejar solamente los términos y conceptos indispensables en el derecho laboral” (CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO. *Debate Constitucional - 1993*. Tomo II. Lima: Congreso de la República, 2001; p. 970).

esquema anterior e instaura ya no un modelo rígido y cerrado, sino por el contrario uno abierto y flexible de negociación”⁷⁶. Al margen de que, como se ha visto, la labor legislativa no haya tomado esa dirección a lo largo de la vigencia del texto, es claro el propósito promocional con el que el derecho es formulado.

Ejemplo de lo anterior es la intervención garantizadora que el mismo Estado se atribuye, mediante la cual se impone “la obligación de respetar y promover la autonomía colectiva, en su más extensa acepción”⁷⁷. Sobre el particular, Boza sostiene que este enfoque garantista es “un precepto de eficacia directa e inmediata, por lo que no precisa de una norma legislativa de desarrollo para desplegar su virtualidad en forma plena”⁷⁸. En este acápite, la actual Constitución sigue un tenor similar, y resultaría mezquino negar el avance en la materia, pues la redacción no se reduce a reconocer o a garantizar este derecho, sino también a fomentarlo, aplicando así los alcances promocionales previstos por los convenios de la OIT.

Precisamente, el deber de fomento es recogido con perspectivas distintas en ambos textos. Mientras la Constitución de 1979 asume una posición dirimente y supletoria⁷⁹ en caso de desacuerdo entre los actores sociales, la Constitución de 1993 se limita a promover la solución pacífica de los conflictos, lo cual, a criterio de Neves, puede significar la existencia de ambas alternativas: la autorregulación y la heterorregulación, “pero respetuosa de los medios de solución decididos por las propias partes”⁸⁰. Se trata de maneras diferentes de lidiar con un tema tan controvertido como el de los beneficios y perjuicios del intervencionismo en la autonomía colectiva⁸¹, para el cual una salida abierta es quizá la mejor manera de impedir tanto un marco de desprotección como de injerencias lesivas a la autonomía.

Por último, en relación al convenio colectivo, la diferencia entre ambos textos recae en la fuerza jerárquica que le otorgan a esta fuente de regulación de derechos. La Carta de 1979 le conferiría *fuera de ley*, la cual alude a “la fuerza normativa del acuerdo alcanzado entre las partes colectivas”⁸², y, en función de la naturaleza dual del convenio, tendría dimensiones tanto de derechos subjetivos como de derecho objetivo.

⁷⁶ BOZA PRO, Guillermo. “Negociación y convención colectiva en la Constitución de 1979”. *Trabajo y Constitución*. Lima: Cultural Cuzco, 1989; p. 219.

⁷⁷ NEVES MUJICA, Javier. *El contenido negocial...*; p. 49.

⁷⁸ BOZA PRO, Guillermo. *Óp. cit.*; p. 231.

⁷⁹ NEVES MUJICA, Javier. *Óp. cit.*; pp. 49-50.

⁸⁰ NEVES MUJICA, Javier. *Derecho Colectivo del Trabajo*. Lima: Palestra, 2016; p. 35.

⁸¹ OJEDA AVILÉS, Antonio. *Derecho Sindical*. Octava edición. Madrid: Tecnos, 2003; p. 619.

⁸² BOZA PRO, Guillermo. *Óp. cit.*; p. 223.

Si bien el fin perseguido por el constituyente de 1993 sería el mismo, efectuaría una modificación crítica sobre este término, pues se consideraba que su redacción creaba confusión a los operadores jurídicos sobre el valor jerárquico de los convenios⁸³. Por ello, fue reemplazado con el término *fuerza vinculante*, ratificando su valor normativo y generando un contraste entre ambos textos “en que la primera [Constitución de 1979] conlleva además una remisión a un nivel determinado de la jerarquía normativa y la segunda [Constitución de 1993] no”⁸⁴; con ello, se verificaría una vez más la vocación de la primera carta por la seguridad jurídica y la especificidad, y la inclinación de la segunda por las cláusulas abiertas y las remisiones al legislador.

En el caso de la huelga, la delegación a su desarrollo legislativo sería llevada a cabo por ambas Constituciones, lo cual mereció críticas y suspicacias sobre potenciales regulaciones de naturaleza restrictiva⁸⁵; suspicacias, además, que la historia corroboraría y que serán materia de desarrollo más adelante. Pese a que ambos textos comparten este pasivo, la redacción más problemática sería la contenida en la Constitución de 1993: se contrasta claramente el objetivo de *reconocimiento y garantía* de la libertad sindical y el de *reconocimiento y fomento* de la negociación colectiva, con el *reconocimiento y regulación* de la huelga⁸⁶, revelando así una concepción tanto controlista como negativa de la misma.

Además, la expresión de sus limitaciones también es controvertida. Por un lado, “[l]a referencia al interés social como límite al ejercicio del derecho de huelga es extraña en una Constitución que ha abandonado aquel concepto y que sólo lo emplea en este caso”⁸⁷, provocando una ambigüedad innecesaria y peligrosa. Además, al remitir sus “excepciones y limitaciones” al legislador, lo faculta a extender el ratio de categorías ya excluidas de su ejercicio por la propia Constitución⁸⁸, multiplicando exponencialmente el riesgo restrictivo que el texto previo traía consigo. Finalmente, pese a la simpleza de su redacción, la Constitución de 1979 acierta al afirmar la titularidad de la huelga para los trabajadores, mientras su sucesora la omite, profundizando así en su vaguedad.

⁸³ CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO. *Óp. cit.*; p. 973.

⁸⁴ NEVES MUJICA, Javier. *Loc. cit.*

⁸⁵ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Óp. cit.*; p. 46: “El envío [...] a la legislación para la regulación del derecho de huelga hace temer a algunos, teniendo en cuenta la tradición restrictiva de la legislación peruana sobre la huelga, que por esa vía se pueda consagrar una legislación con similares características”.

⁸⁶ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *La cláusula de Estado Social en la Constitución: Análisis de los derechos fundamentales laborales*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2011; p. 472.

⁸⁷ NEVES MUJICA, Javier. *Óp. cit.*; p. 55.

⁸⁸ CARRILLO CALLE, Martín. *Óp. cit.*; p. 84.

1.4. Las facetas de la flexibilización en el Perú: subcontratación, regímenes especiales y precarización del contrato de trabajo

Si bien se han desarrollado algunas de las instituciones sobre las cuales el paradigma neoliberal de los noventa efectuó modificaciones en aras de reestructurar el mercado de trabajo, es importante precisar algunas de las facetas funcionales que asumió el proceso de flexibilización, el cual trasciende al periodo de desregulación masiva y tuvo diversas manifestaciones a lo largo de la década de los noventa (e, incluso, con posterioridad a la misma). Además, es innegable que las nuevas modalidades de regulación de las relaciones individuales de trabajo incidieron en la fluidez y vigencia del –ya para entonces– deteriorado sistema de relaciones colectivas, por lo que la revisión de este vínculo resulta un imperativo para el presente trabajo.

Considerando que cualquier modelo de flexibilización laboral opera con la pretensión de adaptar la regulación del trabajo al escenario económico y productivo vigente, una premisa válida consistiría en sostener que las medidas legislativas de este periodo, más allá de sus decisivas modificaciones en el aparato normativo general, tomaran como fuente de regulación y desarrollo a los cambios que atravesaban los esquemas de organización del trabajo en el país, o bien las actividades económicas que requerían algún tipo de atención particular por parte del Estado.

Lamentablemente, esta premisa no siempre fue la empleada por el legislador peruano, quien curiosamente llegó, en ciertos casos, a implementar una regulación preexistente a los fenómenos en ella descritos. Esto fue lo que ocurrió, por ejemplo, con el fenómeno de la descentralización productiva, entendida como “una nueva forma de organización del proceso de producción de bienes y servicios caracterizada por el recurso por parte de la empresa que asume el control del mismo a la contratación de empresas especializadas o colaboradores externos para la realización de algunas de las fases o actividades que lo integran, en lugar de llevarlas a cabo de forma directa, mediante personal sujeto a una relación de dependencia”⁸⁹.

A pesar de que este fenómeno carecía de manifestaciones claras en el país, Canessa indica que “fue la flexibilización fujimorista de principios de los noventa la que introdujo en el mundo laboral peruano las modalidades de descentralización productiva”, cuya

⁸⁹ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “La «tercerización» de actividades productivas: ¿una estrategia para la puesta entre paréntesis de los principios tutelares del Derecho del Trabajo?”. En: Autores varios. *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Pla Rodríguez*. Lima: SPDTSS, 2004; p. 115.

finalidad, antes que la de adaptar el marco jurídico a las necesidades productivas en el sector empresarial, sería la de “de abaratar los costos laborales de las empresas”⁹⁰.

A través del Decreto Legislativo 728, el Estado “fomentó la cesión de trabajadores como forma privilegiada de contratación”⁹¹, abriendo la posibilidad a las empresas para que estas contraten con cooperativas de trabajadores, o bien con empresas de servicios temporales o complementarios que tenían como factor común el suministro de trabajadores para el cumplimiento de determinadas funciones en el proceso productivo de una tercera empresa, generando así una relación triangular de trabajo. En el caso de las cooperativas, “estas personas jurídicas, por mandato de su regulación específica, están al margen de la legislación laboral, con lo que se abría un peligroso camino para la elusión del contrato de trabajo y su regulación”⁹².

Por otro lado, las modalidades que se encontraban bajo regímenes más propios de la subcontratación⁹³, denominadas como tercerización e intermediación, si bien no ignoraban la existencia de un vínculo laboral (entre el trabajador y la empresa contratista o suministradora de mano de obra), implicaban la “devaluación de las condiciones de trabajo del personal de contrata respecto del personal interno de la empresa principal”⁹⁴. Ello se debe a que las condiciones que se aplican a los trabajadores subcontratados no son las mismas que se ofrecen en el espacio donde desempeñan sus labores –como es el caso del personal contratado directamente por la empresa usuaria o principal–, sino que se encuentran estandarizadas de conformidad con la política salarial de las subcontratistas.

A la degradación salarial se le debe sumar el “efecto precarizador” ocasionado por el carácter triangular de la relación de trabajo, en el sentido de que “la vigencia de las relaciones de trabajo del personal al servicio de la contratista deja de estar sujeta *exclusivamente* a las vicisitudes del desenvolvimiento de la actividad productiva a la que sirven [...] Esto supone que, a través del recurso a la externalización, no sujeto en

⁹⁰ CANESSA MONTEJO, Miguel. *La negociación colectiva en el contexto de la descentralización productiva peruana*. Lima: Cuaderno de Trabajo del CICAJ, Nueva Serie, 2013, No. 8; p. 19.

⁹¹ *Ídem*.

⁹² VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “La intermediación laboral: Alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico”. *Ius et veritas*. Lima, 2004, No. 29; p. 147.

⁹³ Empleando, en la misma línea que VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *Ibidem.*; p. 146; la terminología de la OIT, que distingue ambos conceptos como “subcontratación de mano de obra” (intermediación) y “subcontratación de bienes y servicios” (tercerización o descentralización).

⁹⁴ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Óp. cit.*; p. 121.

principio a ningún tipo de exigencia causal, es posible, en principio, sustentar la conversión de puestos de trabajo permanentes en temporales⁹⁵ (énfasis agregado). Este rompimiento indirecto con el principio de causalidad coloca al trabajador en una situación de vulnerabilidad que también afecta la esfera colectiva de sus derechos.

Justamente, en el caso del ejercicio de estos derechos, la primera y más evidente observación respecto de los trabajadores subcontratistas consiste en que, “al carecer de vínculo directo con el empleador, se encuentran impedidos de formar parte del sindicato de la empresa para la que en realidad trabajan”⁹⁶. Arce apunta a la existencia de dos problemas jurídicos conjuntos en las instituciones tradicionales del Derecho que obstaculizan la constitución de una relación colectiva en estos modelos productivos⁹⁷: la personalidad jurídica como punto de referencia para la cobertura del Derecho y la bilateralidad de los contratos de trabajo, los cuales limitan las posibilidades de los subcontratistas de negociar colectivamente con la empresa que obtiene un beneficio económico directo en base a la prestación de sus servicios.

Asimismo, existen otras circunstancias propias de la subcontratación que, más que colocar trabas directas a la sindicación y a la negociación colectiva, las desincentivan: el factor de la precariedad ocasiona que, al intentar sindicalizarse, los trabajadores subcontratistas sufran “una aguda represión, sobre todo en aquellas áreas de actividad donde pueden ser fácilmente sustituidos por otros trabajadores”⁹⁸.

Esto a su vez genera una especie de círculo vicioso, donde el factor de la degradación salarial perpetuada a través de estas relaciones triangulares, cuya reversión debería materializarse a través de instrumentos como la acción sindical y la negociación colectiva, provoca que se recurra a este mecanismo sin garantía alguna: los trabajadores “a lo sumo podrán sindicarse y negociar colectivamente con [la empresa subcontratista], pero sólo en la medida en que lo permita la temporalidad y precariedad de la relación que se ha establecido entra la empresa subcontratista y la usuaria”⁹⁹.

⁹⁵ *Ibidem.*; p. 120.

⁹⁶ CIUDAD REYNAUD, Adolfo. “Efectos de la flexibilización del Derecho Individual del Trabajo sobre las relaciones colectivas en Perú”. En: FERRO DELGADO, Víctor (coordinador). *Balance de la reforma laboral peruana*. Lima: SPDTSS, 2001; pp. 254.

⁹⁷ ARCE ORTIZ, Elmer. “El sindicalismo peruano en los tiempos de la tercerización”. *Soluciones Laborales*. Lima, 2009, No. 24, diciembre; pp. 63-64.

⁹⁸ COLOTUZZO, Natalia y Oscar ERMIDA URIARTE. *Descentralización, tercerización, subcontratación*. Lima: OIT, 2009; p. 73.

⁹⁹ BRONSTEIN, Arturo. “La subcontratación laboral”. *Cuadernos de integración andina*. Lima, 2007, No. 20; p. 20.

La temporalidad de los contratos no afectaría únicamente a los trabajadores subcontratistas, puesto que la flexibilidad de entrada, como ya ha sido adelantado, fue una de las medidas prioritarias a lo largo de los noventa para reducir el costo laboral. Campana y Prella¹⁰⁰ mencionan dos modificaciones legislativas a través de las cuales se puso en práctica esta política: la contratación sujeta a modalidad y la deslaboralización de la contratación juvenil.

En relación a la primera de ellas, pese a que en teoría la contratación a plazo determinado debería marcar la excepción, sobre la base del principio de estabilidad en el empleo¹⁰¹, “las excepciones, que admiten la contratación temporal mediante la celebración de contratos sujetos a modalidad, [fueron] reguladas con tal amplitud que han terminado por vaciar de contenido a la regla general”¹⁰². Ello incluyó la creación de tres categorías de contratos sujetos a modalidad: los contratos temporales, accidentales y de obra o servicio, cada uno de los cuales abarcaba a su vez tres tipologías aplicables a diferentes supuestos y con plazos distintos.

La proliferación de estas modalidades de contratación ha sido tal que en los hechos ha convertido una excepción en la regla, lo cual puede ser plenamente corroborado mediante la revisión de las cifras vigentes al día de hoy, considerando que, para el año 2017, la proporción entre trabajadores con contratos a plazo determinado y trabajadores con contratos a plazo indefinido ha sido casi de 2 a 1¹⁰³. Esta práctica resulta preocupante no solo porque rompe con la premisa legal del principio de causalidad, sino porque la propia existencia del mismo reside en una serie de causales extra-jurídicas que se ciñen a las consecuencias perjudiciales que esta forma de contratación acarrea sobre el trabajador y sobre la sociedad en su conjunto:

“la incertidumbre que genera en el trabajador la posibilidad de ser cesado, sin compensación alguna, a la conclusión de su contrato, no solo tiene efectos adversos en la posibilidad de planear su futuro en el

¹⁰⁰ CAMPANA ZEGARRA, David y Herbert PRELLE MAYURI. “La reforma normativa de la contratación laboral durante los noventa: ¿flexibilidad o precarización?”. *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú*. Lima: OIT, 2000; pp. 56-66.

¹⁰¹ Sobre el particular, SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Los contratos de trabajo de duración determinada*. Segunda edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2008; p. 16: considera que su propósito es “garantizar que el vínculo laboral durará tanto como la fuente que le dio origen [...] Ello se consigue de dos maneras. De un lado, estableciendo una clara preferencia por los contratos de trabajo por tiempo indefinido (que crean una relación estable o duradera entre las partes) sobre los de duración determinada (que establecen entre ellas una vinculación meramente eventual o transitoria) [...] Pero también, del otro, estableciendo reglas que protejan al trabajador frente al despido sin causa”.

¹⁰² CAMPANA ZEGARRA, David y Herbert PRELLE MAYURI. *Óp. cit.*; pp. 57-58.

¹⁰³ MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. *Óp. cit.*; p. 149.

mediato plazo, sino que a su vez le resta posibilidades de identificación con su empleador, en razón de lo efímero de su vínculo laboral. A ello se agrega, desde una perspectiva macroeconómica, que trabajadores temporales suelen enfrentar particulares dificultades en la obtención de créditos de largo aliento, con las implicancias que ello acarrea en el nivel de consumo y el crecimiento económico. Desde la perspectiva del empleador, es claro que este carecerá de motivación para efectuar inversiones significativas en materia de capacitación y entrenamiento de trabajadores con los cuales sabes que puede optar por cesar sin consecuencias mediante la no renovación de su contrato temporal”¹⁰⁴.

Estas circunstancias devienen en un trato desigual que produce un estancamiento en la situación económica y jurídica del trabajador, atribuible al “reducido poder negocial que tienen los trabajadores modales. La precariedad temporal de su vínculo, los convierte en trabajadores renuentes a participar en actividades de conflicto o negociación con su empleador. Su dependencia del empresario para la renovación del contrato sujeto a modalidad los transforma en trabajadores sumisos”¹⁰⁵. De esta manera, la disparidad de poderes que el Derecho del Trabajo pretende corregir se perpetúa en esta categoría de trabajadores, a través de mecanismos validados por el propio ordenamiento, restringiendo sus oportunidades de mejora y reprimiendo el conflicto social que, encauzado por la acción sindical, apunta a posibilitarlas.

Esta situación de precariedad y desigualdad en lo laboral sería aún más crítica en los sectores más jóvenes de la población, ya que a través del Decreto Supremo 064-90-TR y la Resolución Ministerial 502-90-TR se crearían las modalidades de contratación denominadas como Convenios de Formación Laboral Juvenil y Convenios de Prácticas Pre-Profesionales. El primero de ellos brindaría “conocimientos teóricos y prácticos a jóvenes entre los 16 y 25 años de edad, con el objeto de capacitarlos en una actividad específica que les permita luego insertarse en el mercado de trabajo”, mientras el segundo ofrecería “orientación y capacitación técnica y profesional a estudiantes y egresados de cualquier edad, de universidades e institutos superiores, así como de entidades públicas o privadas que brindan formación especializada o superior en las áreas que correspondan a la formación académica del practicante”¹⁰⁶.

Concebidas desde un punto de vista abstracto como tipos contractuales en los que la causa es la prestación de un servicio a cambio de una retribución salarial y un

¹⁰⁴ FERRO DELGADO, Víctor. “Estado actual de la estabilidad laboral en el Perú”. En: Autores varios. *VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima: SPDTSS, 2015; p. 66.

¹⁰⁵ ARCE ORTIZ, Elmer. *Estabilidad laboral y contratos temporales*. Lima: Departamento Académico de Derecho de la PUCP, 2006; pp. 60-61.

¹⁰⁶ CAMPANA ZEGARRA, David y Herbert PRELLE MAYURI. *Óp. cit.*; p. 63.

componente formativo¹⁰⁷, y siendo este último lo que diferencia a esta categoría contractual de una relación de trabajo tradicional, el legislador peruano optó por una fórmula regulatoria bastante cuestionable de estas figuras: su deslaboralización. Los jóvenes y practicantes regidos bajo estas modalidades contractuales no tendrían acceso a mayores beneficios que los estipulados por la norma especial que las regule y los determinados por el empleador a través del contrato, quedando excluidos de cualquier tipo de cobertura provista por la legislación laboral general.

Esta modalidad contractual, cuyo tratamiento carecía de cualquier tipo de justificación jurídica, presentaba restricciones a la aplicación de principios tuitivos como la primacía de la realidad, pues siendo este una manera de combatir la elusión de la normativa laboral por parte de los operadores económicos, en esta ocasión la parte que validaba esta elusión era el propio legislador. Este desconocimiento de la relación de trabajo impediría también que los afectados acudan a mecanismos alternativos de tutela como la autonomía colectiva, toda vez que, al encontrarse “absolutamente desprotegidos y fuera del campo de aplicación del Derecho del Trabajo, [...] tampoco pueden afiliarse al sindicato de la empresa, no pueden negociar colectivamente ni declararse en huelga, aun cuando la Constitución garantiza estos derechos en forma genérica”¹⁰⁸.

Este *modus operandi* legislativo, en virtud del cual se pretende sustraer total o parcialmente del ámbito de aplicación de la normativa laboral a un sector particular de la economía, ha sido probablemente el rezago más notorio de la política flexibilizadora que rigió en los noventa. Al día de hoy, Tostes y Villavicencio opinan que esta reforma *in peius* “no solo continúa vigente con muy pocos cambios, sino que en algunos casos se ha intensificado, como sucede con los *regímenes laborales especiales*”¹⁰⁹ (énfasis agregado). Dentro del complejo entramado normativo que comprende el Derecho del Trabajo local, estos regímenes se identifican principalmente con “las disposiciones que imponen diferencias con objetivo promocional, recientes en el panorama legislativo y asentadas en la idea de que en determinados casos las diferencias de trato normativo pueden conformar un mecanismo efectivo de igualación”¹¹⁰.

¹⁰⁷ MONTOYA MELGAR, Alfredo. “El contrato de trabajo en prácticas”. *Anuario Jurídico de La Rioja*. Logroño, 1998, No. 4; p. 269.

¹⁰⁸ CIUDAD REYNAUD, Adolfo. *Óp. cit.*; p. 255.

¹⁰⁹ TOSTES VIEIRA, Marta y Alfredo VILLAVICENCIO RÍOS. “Flexibilización del Derecho del Trabajo y sus implicancias sobre las relaciones laborales en el Perú”. *Derecho PUCP*. Lima, 2012, No. 68; p. 365.

¹¹⁰ BALBÍN TORRES, Edgardo. “Regímenes especiales en la legislación laboral peruana”. En: Autores varios. *IV Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima: SPDTSS, 2010; p. 620.

El problema con el contenido de la mayoría de estos regímenes legales sería su ruptura con una serie de principios que resultan inalienables para el ordenamiento laboral, y sobre todo, su ineficacia respecto de los objetivos promocionales que plantea su formulación. Por ejemplo, el régimen de fomento del empleo en las actividades exportadoras no tradicionales, plasmado en el Decreto Ley 22342, posibilitaba la contratación temporal de los trabajadores de este rubro “como una herramienta para flexibilizar la entrada y salida del mercado de trabajo en sectores de gran importancia para el desarrollo económico del país [...] con la finalidad de fomentar la inversión y el crecimiento económico de un segmento empresarial que a fines de la década del setenta tenía una orientación exportadora incipiente”¹¹¹.

Esta norma contiene vicios tanto genéticos como sobrevinientes. Por un lado, implicaba un claro quebrantamiento del principio de causalidad¹¹², toda vez que perpetuaba la posibilidad de suscribir contratos a plazo determinado sin atender a la naturaleza de la prestación efectuada por el trabajador. Asimismo, si se toma en cuenta el hecho de que esta política fue decretada tan pronto como en el año 1978, su aplicación prolongada fuera de los márgenes de temporalidad que todo régimen especial está destinado a abarcar¹¹³ ha devenido en su desnaturalización¹¹⁴, sobre todo cuando empieza a coexistir con las políticas de flexibilización de entrada ya enumeradas de inicios de los noventa.

Además de los problemas jurídicos intrínsecos señalados sobre el régimen de exportaciones no tradicionales, para hablar de sus implicancias exógenas se pueden reseñar las mismas consecuencias sociales y económicas que la precariedad ocasiona sobre el estatuto de los trabajadores con contratos sujetos a modalidad. Y una mirada a la realidad no hace más que confirmar estas premisas, si se tiene en cuenta que esta legislación ha generado efectos como los siguientes:

“desigualdad en el nivel de ingresos de los trabajadores de una misma categoría ocupacional pero con diferente modalidad contractual, afectación de las tasas de sindicación y de negociación colectiva, incremento del flujo de entrada y salida del mercado de trabajo, con la

¹¹¹ CUADROS LUQUE, Fernando y Christian SÁNCHEZ REYES. “Efectos de la política de fomento del empleo temporal en la actividad textil exportadora”. En: SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Los contratos de trabajo...*; p. 154.

¹¹² *Ibidem.*; p. 157.

¹¹³ BALBÍN TORRES, Edgardo. *Loc. cit.*: “si bien el derecho desigual igualatorio es admitido unánimemente por la doctrina, este se encuentra sometido a condiciones estrictas que aseguren su *carácter transitorio* así como la legitimidad de sus fines, la coherencia de sus medios, y la suficiencia de su contenido” (énfasis agregado).

¹¹⁴ CUADROS LUQUE, Fernando y Christian SÁNCHEZ REYES. *Óp. cit.*; pp. 157-158.

*consiguiente reducción de la duración media del empleo (mayor percepción de inseguridad laboral) y de los niveles de capacitación (menor productividad) y una menor cobertura de protección social*¹¹⁵.

Otros ejemplos paradigmáticos de legislaciones promocionales que exceptúan a los trabajadores adscritos a determinados sectores económicos de la cobertura de la legislación laboral general son el régimen de la micro y pequeña empresa y el régimen agrario, ambos de los cuales representan una política basada en “la diferenciación legislativa a la baja”¹¹⁶: a efectos de reducir los costos de contratación y de despido, disminuirían el monto de indemnización por despido arbitrario y facilitarían –en el caso del régimen agrario– la contratación a plazo determinado; asimismo, en relación a los costos salariales, disminuirían o eliminarían beneficios sociales propios del régimen general como la Compensación por Tiempo de Servicios, las Gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad, y las vacaciones.

Nuevamente, la mejor manera de reivindicar a los trabajadores sujetos a estos regímenes de la descompensación salarial a la que están sometidos es a través del ejercicio de los derechos colectivos; sin embargo, la legislación sistemáticamente presenta trabas para que este pueda llevarse a cabo. En el ámbito de las microempresas, el requisito máximo de 10 trabajadores hasta el año 2013 hizo imposible la constitución de un sindicato de empresa, si se toma en cuenta que la norma exige un mínimo de 20 trabajadores para registrarlo. Sumando a ello el impedimento legislativo para la afiliación directa de un trabajador a un sindicato de grado superior¹¹⁷, cabe concluir la práctica imposibilidad de conciliar los preceptos de este régimen especial con la normativa general de las relaciones colectivas.

En el caso del régimen agrario, las bajas tasas de sindicalización¹¹⁸ se deben a un panorama institucional más complejo, el cual responde, entre otras razones, a la reciente inserción de los trabajadores agrícolas al mundo del trabajo asalariado, así como al poder monopsónico que ejercen las empresas en un mercado aun reducido¹¹⁹, con el correlativo temor de la parte trabajadora hacia una eventual represalia patronal contra posibles iniciativas sindicales. En el ámbito jurídico, el trasfondo de este

¹¹⁵ *Ibidem.*; p. 169.

¹¹⁶ BALBÍN TORRES, Edgardo. *Óp. cit.*; p. 626.

¹¹⁷ QUIÑONES INFANTE, Sergio y Christian SÁNCHEZ REYES. “Igualdad ante la ley y regímenes laborales especiales”. En: Autores varios. *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Libro homenaje a Javier Neves Mujica*. Lima: Grijley, 2009; p. 302.

¹¹⁸ GAMERO REQUENA, Julio. *Derechos laborales y empleo en la agroexportación*. Lima: Centro Peruano de Estudios Sociales – CEPES; p. 25.

¹¹⁹ *Ibidem.*; p. 31.

incipiente desarrollo de las relaciones colectivas en el agro se encuentra más que nada vinculado a la ausencia de acción estatal de fomento de la autonomía colectiva¹²⁰, en un mercado demandante de mecanismos que eleven las condiciones de trabajo ante las insuficientes garantías otorgadas por la legislación sectorial.

Esta revisión crítica de las instituciones que rigen hoy la política laboral en el Perú, así como de sus antecedentes, es de gran importancia para entender bajo qué concepciones ha operado el legislador en materia de relaciones de trabajo. Como se ha visto, el empleo de una lógica economicista frente a las diversas crisis que ha atravesado el país ha ocasionado que se reglamente en desmedro de los derechos laborales, y el pensamiento neoliberal que ha conducido a estos procesos de retroceso aún continúa influenciado en el diseño y elaboración de las normas que regulan el trabajo, lo cual puede ser corroborado a través de los regímenes laborales especiales que han sido brevemente reseñados aquí.

La historia reciente revela que las constituciones han sido básicamente instrumentos formulados para validar regímenes políticos, sin que sus contenidos tuitivos en materia laboral –cuya intensidad ha variado, pero no se han ausentado– tengan manifestaciones coherentes en las normas secundarias. La flexibilización fujimorista da testimonio de ello, toda vez que su faceta de desregulación impuesta, junto a otras maniobras de debilitamiento laboral, han socavado diversos derechos fundamentales y han intervenido con particular incisión en la autonomía colectiva, ya sea de manera indirecta (conforme se ha visto a grandes rasgos) como directa, en la regulación de las relaciones colectivas cuyo examen es preciso realizar a continuación.

2. La Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo

Como se ha visto, la LRCT tuvo como virtud ser la primera norma en el país en ocuparse por legislar cada uno de los tres derechos relativos a la autonomía colectiva, dejando atrás los rezagos entonces vigentes de normas que, en el caso del derecho a la huelga, databan desde inicios del siglo veinte¹²¹. Lamentablemente, este elemento ordenador es una de las pocas nociones positivas que se podrían sustraer de la

¹²⁰ *Ídem.*; el autor diagnostica que “la ausencia de iniciativas de la autoridad de trabajo en pro de la sindicalización agraria, requiere de reversión en el corto plazo. Para ello sería importante que desde el MTPE se promovieran espacios de diálogo social en las regiones con mayor presencia de trabajo asalariado agrario. Ello es clave a efectos de que las relaciones laborales [sic] se desenvuelvan con mayor equidad”.

¹²¹ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “La Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo: ¿promoción a la negociación colectiva?” *Ius et veritas*. Lima, 1992, No. 5; p. 93.

formulación inicial de esta legislación y su reglamento, pues en conjunción con las políticas de individualización y aislamiento de la parte trabajadora desarrolladas por el gobierno neoliberal, se hizo evidente que su función fue la de despojar de mecanismos alternativos de tutela a la relación de trabajo¹²², a la que las normas de derecho individual ya habían conferido la calidad de precaria y desequilibrada.

Cabría preguntarse por qué, si el propósito del legislador peruano era el de debilitar a la autonomía colectiva, se optó por emitir una legislación que, mal que bien, profundizaría en el contenido de sus instituciones en lugar de ignorar su ya incipiente desarrollo normativo. Ante ello, se puede ensayar una serie de respuestas que, más que excluirse mutuamente, se complementan.

Desde un punto de vista de política de empleo, si bien la legislación preexistente no garantizaba un sistema autónomo de relaciones colectivas, evocaba un modelo cerrado que, en ausencia de acuerdo entre las partes, coadyuvaba a la concreción de un convenio colectivo normado por la Autoridad de Trabajo, lo cual profundizaría la dependencia del sindicato respecto del Estado tanto como devenía en un perjuicio económico poco predecible para el empleador. Por tanto, de la misma manera en que el escenario normativo anterior de sobrerregulación de las relaciones colectivas contenía vicios que resultaban perjudiciales para la parte sindical, tampoco presentaba condiciones positivas para la parte patronal, generando esto último una incompatibilidad entre la norma y la orientación neoliberal de la Administración.

Por otro lado, una cuestión de estrategia legislativa o, en palabras de Toyama, una “política de consolidación normativa”¹²³, conduciría al Ejecutivo a responder al crítico estado de dispersión normativa de nuestro ordenamiento con instrumentos que, o bien organizaran en un solo cuerpo a las normas previamente emitidas a través de los llamados Textos Únicos Ordenados (TUO) o los Textos Únicos de Procedimientos Administrativos (TUPA), o bien derogaran las normas anteriores para establecer un

¹²² SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Los sindicatos y la libertad sindical en la nueva Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Ley 25593)”. En: Autores varios. *¿Quo Vadis Jus? Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Ricardo La Hoz Tirado*. Lima: UNMSM, 1994; p. 295. Para el autor, es curioso que “esta Ley ha sido aprobada por un Gobierno dentro de cuyos objetivos se encuentra el de lograr una mayor liberalización y flexibilización de nuestro sistema de relaciones laborales. Al parecer [...], dicha liberalización se predica respecto de las relaciones individuales de trabajo, en las que el retroceso de la intervención del Estado conlleva un incremento del poder de decisión del empleador; pero no de las colectivas, donde el reconocimiento de niveles efectivos de autonomía a las organizaciones sindicales sería capaz de contribuir a un fortalecimiento de éstas, que sirviese de «contrapeso» a lo anterior”.

¹²³ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Loc. cit.*

nuevo marco regulatorio sistemático en una materia determinada; tarea, por lo demás, loable desde la perspectiva de la simplificación administrativa y de la seguridad jurídica, pero problemática en la medida de que revelaría la operatividad autoritaria y el afán peyorativo de los Decretos Ley fujimoristas.

Una razón que debería haber justificado la existencia de una legislación de esta naturaleza fue la necesaria adecuación del aparato normativo del Derecho Colectivo nacional al ordenamiento constitucional, el cual promocionaba la autonomía colectiva en todos sus ejes. Lamentablemente, esta premisa no concurriría con el contenido de la norma, toda vez que, de diversas maneras, se puede observar su vocación por el “continuismo intervencionista”¹²⁴ del modelo que sus predecesoras iniciaron. Ello se hizo manifiesto en cada una de las expresiones del principio de la autonomía colectiva, esto es, la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga.

No obstante, cabe aclarar que muchas de las disposiciones cuestionadas fueron objeto de una justa reforma tras el retorno del país a la democracia. Ello se materializó con la emisión de la Ley 27912, emitida en el año 2003 y sistematizada mediante el Decreto Supremo 010-2003-TR, la cual levantó muchas de las observaciones emitidas por el Comité de Libertad Sindical (en adelante, el CLS) a su predecesora. Sin embargo, muchos consideran que dicho cambio fue tardío¹²⁵, pues los efectos nocivos de la norma anterior sobre nuestro sistema de relaciones colectivas ya se habían desplegado plenamente a lo largo una década, afectando su funcionamiento hasta la actualidad y generando un desequilibrio social difícil de superar.

Es por ello que la crítica al modelo negocial adoptado por la primera versión de la LRCT es un punto de partida importante para determinar las reformas que precisa nuestro sistema el día de hoy, pues son sus rezagos –así como las deficiencias subsistentes en la normativa vigente– los cimientos sobre los que se deben reformular las necesidades jurídicas que plantea la cuestión sindical en el presente. En las próximas líneas, los indicadores de la tendencia represiva y antisindical del Estado en los noventa (y algunos manifiestos hasta hoy), dilucidados en diversos acápite de la norma, serán materia de un análisis crítico, respaldado en perspectivas generales de la disciplina y en los criterios emitidos internacionalmente.

¹²⁴ Empleando el término utilizado por VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “El cuestionable continuismo...”.

¹²⁵ CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos. “La modificación a la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo”. *Foro Jurídico*. Lima, 2003, No. 2; p. 216.

2.1. Las injerencias controlistas sobre la libertad sindical

La relevancia de la libertad sindical como derecho laboral –y como derecho fundamental reconocido en la gran mayoría de constituciones– recae en el hecho de que “es un prerequisite o condición de posesión y ejercicio de otros derechos”, en el sentido de que actúa como “un instrumento de desigualdad compensatoria o igualación en tanto constituye o permite constituir un contrapoder que limita, acota o compensa el poder económico del empleador”¹²⁶, otorgando fáctica y legalmente un nuevo grado de legitimidad al colectivo de trabajadores que le permite conquistar progresivamente más derechos.

Sobre esto recae la importancia de regular diversos aspectos como su titularidad, su contenido, sus límites y su adecuación a un panorama de plena autonomía colectiva. Para muchos autores, es ingenuo considerar que una posición estatal totalmente abstencionista es favorable para la fluidez de las relaciones colectivas¹²⁷, en las que la norma debe cumplir un rol promocional para que estas alcancen el óptimo social que su existencia busca. El problema de la vía adoptada en el Perú sería su adhesión –o ratificación– a la tendencia regional de abordarlas de forma “asimétrica”, con una orientación “más reglamentarista, exigente, limitadora y restrictiva con los sindicatos de trabajadores, que con las organizaciones de empleadores”¹²⁸.

El tratamiento que la LRCT otorgaba a los derechos colectivos fue duramente criticado por los organismos de control de la OIT, llevando al CLS a emitir un total de 16 observaciones sobre diversas disposiciones que afectarían su ejercicio, de conformidad con los principios que el ordenamiento internacional reconoce y fomenta. En el caso de la libertad sindical, sus límites legales serían los que encontraron más críticas, ya que nueve de estas observaciones desarrollaron las vulneraciones en las que la norma incurría contra este derecho¹²⁹:

- i) respecto al mínimo de 100 trabajadores para constituir sindicatos de otra naturaleza, el Comité pidió que, en consulta con las organizaciones de trabajadores y empleadores, se reduzca este número;

¹²⁶ ERMIDA URIARTE, Oscar. “Crítica de la libertad sindical”. *Derecho PUCP*. Lima, 2012, No. 68; p. 36.

¹²⁷ OJEDA AVILÉS, Antonio. *Óp. cit.*; p. 98.

¹²⁸ ERMIDA URIARTE, Oscar. “La intervención estatal en las relaciones colectivas de trabajo latinoamericanas”. *Nueva Sociedad*. Buenos Aires, 1993, No. 128, noviembre-diciembre; p. 31.

¹²⁹ Lista y análisis extraídos de VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú*; pp. 34-35.

- ii) en cuanto a la obligación de los sindicatos de emitir informes solicitados por las autoridades de trabajo, esta posibilidad debería limitarse a casos de denuncia de los afiliados cuando hubiere violación de la ley o de los estatutos;
- iii) en lo relativo a la cancelación del registro sindical por la autoridad de trabajo, perdiendo su personería gremial, el Comité solicitó que la legislación sea modificada, de manera que la cancelación sólo sea posible por vía judicial;
- iv) en lo referido al impedimento de las organizaciones sindicales de dedicarse a cuestiones de política partidaria, el Comité solicitó que esta prohibición sea claramente limitada a las cuestiones puramente políticas, que no entran en el campo de aplicación de los principios de la libertad sindical;
- v) sobre el requisito de no encontrarse en período de prueba para ser miembro de un sindicato, el Comité solicitó que la legislación permita a estos trabajadores constituir las organizaciones que estimen convenientes y afiliarse a ellas;
- vi) en lo concerniente a la prohibición a los trabajadores de encontrarse afiliados a un sindicato para poder formar parte de otra organización sindical, el Comité solicitó que la legislación sea modificada para que permita a los trabajadores afiliarse a varios sindicatos;
- vii) en relación al requisito de ser miembro activo del sindicato y de tener una antigüedad no menor de un año al servicio de la empresa para integrar la junta directiva, el Comité solicitó que la legislación permita a los trabajadores ejercer sin trabas el derecho de sindicación y de libre elección de sus dirigentes;
- viii) en materia del número de dirigentes amparados por el fuero sindical, si bien para el Comité el número establecido por la ley es razonable, se debería poder acordar vía convenio colectivo un número mayor;
- ix) en lo referente a la imposición de un límite para los permisos a los dirigentes sindicales, en opinión del Comité, el límite de 30 días por año calendario de permisos no debería impedir a las organizaciones de trabajadores y empleadores de establecer una duración superior vía convenios colectivos.

La primera observación alude a la estructura del sindicato, la cual ha sido definida como aquella que “permite conocer las fórmulas organizativas mediante las cuales los trabajadores llevan a cabo esta labor de defensa y promoción en los dos ámbitos [productivo y sociopolítico]”¹³⁰. Su diseño sería una de las primeras señales de la inclinación legislativa por la constitución de sindicatos reducidos al ámbito de empresa

¹³⁰ BALBÍN TORRES, Edgardo y Augusto CARRILLO SALAZAR. “Reflexiones sobre la estructura sindical en el Perú: Los intentos de cambio y la efectividad del derecho de libertad sindical”. En: Autores varios. *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Libro Homenaje a Javier Neves Mujica*. Lima: Grijley, 2009; p. 351.

y por la negociación en este nivel, pues “la formación de sindicatos de ámbito supraempresarial no sólo no se ve alentada, sino que [...] teniendo en cuenta la realidad de la que se parte, la cifra requerida parece ser igualmente lo suficientemente elevada como para desalentar la creación de organizaciones de este tipo”¹³¹.

Esta vocación estatal por una estructura sindical atomizada ha logrado infectar a cada uno de los operadores políticos que influyen en su constitución. Por un lado, “el legislador ha optado indirecta pero muy efectivamente por mantener una estructura sindical totalmente descentralizada, que resulta funcional a una política de desaliento de la sindicación contraria a las obligaciones constitucionales e internacionales del Estado”¹³², al establecer un requisito de cien afiliados para sindicatos que no sean de nivel de empresa (cifra modificada hoy por un mínimo de cincuenta). Esta política, por lo demás, se ve complementada por las actuaciones del Poder Ejecutivo, sobre todo cuando las ambigüedades existentes en la norma abren paso a que se acudan a interpretaciones restrictivas que solo limitan el accionar sindical.

El ejemplo más claro de ello se encuentra en las tipologías sindicales prescritas en la ley¹³³, en las que, si bien su enunciación rompe con el esquema de unicidad sindical previsto en las normas anteriores¹³⁴, su imprecisión permitió durante la primera década de su aplicación que, en el seno del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante, MTPE), al “interpreta[r] rígidamente que la normativa solo reconoce los niveles de empresa o de rama de actividad”¹³⁵, es decir, de manera taxativa y no enunciativa, se atente contra el derecho de constituir las organizaciones que se estime conveniente¹³⁶. Así, no solo se ha vulnerado directamente el derecho a la libertad sindical, sino que se dejó de aplicar principios constitucionales claves para la tutela – individual o colectiva– del trabajador, como el *in dubio pro operario*.

Otro concepto de gran envergadura, cuya regulación no ha sido ajena a los cuestionamientos del CLS, es el referido a su constitución. Ermida afirma que es aquí donde “el Estado interviene ya no sólo como legislador, sino también como actor, a

¹³¹ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Óp. cit.*; p. 269.

¹³² VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “El cuestionable continuismo...”; p. 279.

¹³³ Artículo 5 del TUO-LRCT.- “Los sindicatos pueden ser:

a) De empresa [...]

b) De actividad [...]

c) De gremio [...]

d) De oficios varios [...]

¹³⁴ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *Óp. cit.*; pp. 278-279.

¹³⁵ CANESSA MONTEJO, Miguel. *Óp. cit.*; p. 41.

¹³⁶ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú*; pp. 110-111.

través de la administración del trabajo”¹³⁷, partiendo de que el otorgamiento de la llamada *personería gremial* (artículo 18) a la organización de trabajadores se sujeta a un procedimiento de registro frente a la autoridad administrativa. Si bien la existencia de este instituto es comprensible para efectos de que los terceros tomen conocimiento de la existencia del sindicato (entre otros fines), “este debe ser absolutamente formal sin que pueda otorgarse al registrador discrecionalidad alguna que le permita rechazar una solicitud de inscripción”¹³⁸.

Lo anterior se rige bajo la lógica del derecho a constituir organizaciones “sin autorización previa”, conforme al artículo 2 del Convenio 87 de la OIT. El problema llega cuando en los hechos se incumple con esta disposición, toda vez que, si bien la norma establece que el registro es un acto formal, no constitutivo (artículo 17), la exigencia de requisitos y formalidades en exceso para que se desplieguen los efectos jurídicos de la sindicación se convierte en una traba para su ejercicio¹³⁹. Adicionalmente, el régimen propicia una “duplicidad de inscripciones”¹⁴⁰, a la que se encuentran sujetos los sindicatos para tener efectos jurídicos plenos, pues siendo la modalidad organizativa adoptada en el país la del sindicato-asociación¹⁴¹, se sujetan sus efectos civiles a su inscripción en el registro de asociaciones (artículo 19).

Para Villavicencio, los problemas más importantes en esta materia “girar en torno a que los encargados del registro sindical son funcionarios del Poder Ejecutivo y a la ausencia de un procedimiento con todas las garantías para los solicitantes”¹⁴². Ello permite que la inscripción se someta a la discrecionalidad de los operadores políticos y, de esta manera, compromete a la libertad sindical con los intereses del gobierno de turno; así, la Administración adquiere un poder extendido e inconstitucional sobre la determinación de la fuerza sindical, lo que posibilita escenarios de actuación arbitraria del gobierno, injerencias patronales ilegítimas en la formación del colectivo de trabajadores, y la politización del accionar sindical.

En la versión original de la norma, la delegación de facultades excesivas al poder estatal en materia de registro sindical también podría ser predicada en el ámbito ex-

¹³⁷ ERMIDA URIARTE, Oscar. *Óp. cit.*; p. 33.

¹³⁸ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *Óp. cit.*; p. 154.

¹³⁹ *Ibidem.*; p. 157.

¹⁴⁰ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Óp. cit.*; p. 272.

¹⁴¹ *Ibidem.*; p. 271: modelo definido por el autor como la “unión permanente y estable de trabajadores, de constitución y afiliación voluntarias, conformada de acuerdo con los esquemas del derecho de asociación”.

¹⁴² VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *Loc. cit.*

post del mismo, toda vez que, entre las causales legales para su cancelación, se encontraba la pérdida de alguno de los requisitos exigidos para su constitución y subsistencia (artículo 20), verificación que inicialmente correspondía a la Autoridad de Trabajo. Para Boza y Canessa, con esta atribución otorgada al Ejecutivo “se estaría afectando la autonomía de disolución que tienen reconocida las organizaciones sindicales, tanto en el plano constitucional como en la normativa internacional, para decidir libremente la extinción de la vida del sindicato”¹⁴³.

Afortunadamente, esta medida se corregiría en aras de su adecuación a las observaciones emitidas por el CLS, para efectos de, en primer lugar, condicionar la cancelación del registro sindical a la disolución del sindicato, aclarando la confusión a la que propiciaba la anterior regulación cuando expresaba que “[l]a cancelación del registro por la Autoridad de Trabajo sólo procederá por disolución, fusión o absorción, o por pérdida de alguno de los requisitos exigidos para su constitución y subsistencia”. Asimismo, la norma actual confiere la facultad exclusiva de disolver el sindicato por vía heterónoma al Poder Judicial, que solo podrá intervenir en caso de solicitud de un sujeto que “acredite legítimo interés económico o moral”, reduciendo en forma decisiva los márgenes de discrecionalidad estatal que existían anteriormente.

Mención aparte merece el tema de la libertad sindical individual, cuyos contenidos “se reconducen al derecho a crear sindicatos, de afiliarse al de propia elección o no afiliarse a ninguno, y al de participar en las actividades del que se es miembro”¹⁴⁴. Los principales inconvenientes que ha presentado la norma en este campo se encuentran, en primer lugar, referidos al derecho de afiliación “libre y voluntaria” (conforme a la propia redacción del artículo 3 de la LRCT), donde se encuentran requisitos que lindan con la ambigüedad, la arbitrariedad y el paternalismo. Ejemplo de lo primero es aquel precepto –aún vigente– que condiciona al sujeto a “[s]er trabajador de la empresa, actividad, profesión u oficio que corresponda según tipo de sindicato” (artículo 12.a). Pese a la aparente obviedad de su enunciación, Sanguinetti muestra sus reservas:

“De un lado, hace posible que se interfiera en la actividad del sindicato recurriendo al despido de sus militantes o dirigentes (basta aquí recordar los miles de despidos de dirigentes sindicales que se produjeron a raíz de paro nacional de 19 de julio de 1977, y los negativos efectos que éstos produjeron en los sindicatos). Del otro, impide que, en los sindicatos de rama o gremio, pueda el trabajador

¹⁴³ BOZA PRO, Guillermo y Miguel CANESSA MONTEJO. *Óp. cit.*; pp. 200-201.

¹⁴⁴ OJEDA AVILÉS, Antonio. “La libertad sindical”. *Revista de Política Social*. Madrid, 1979, No. 121; p. 351.

mantener la afiliación durante los períodos en que no se encuentra trabajando (por ejemplo, en la construcción civil, entre una y otra obra)”¹⁴⁵.

Asimismo, la norma inicialmente excluía del derecho de afiliación a los trabajadores bajo periodo de prueba, aun pese a que “la titularidad de la libertad sindical depende tan sólo de su condición de trabajador y no de su antigüedad”¹⁴⁶. A pesar de que podía argüirse que esta exclusión encontraba su fundamento en el peligro que corría el trabajador de ser despedido libremente durante su periodo de prueba por causa de su afiliación, esta justificación es débil, porque considera que “la afiliación debe hacerse pública y, con ello, llegar necesariamente a conocimiento del empleador”, y entiende al despido efectuado durante este periodo como “un acto libérrimo, no sujeto a ningún tipo de límite, condicionamiento o control”¹⁴⁷.

Otra de las restricciones subjetivas al derecho de afiliación hace referencia al personal de dirección o a los trabajadores que desempeñen un cargo de confianza del empleador, “salvo que el estatuto expresamente lo admita” (artículo 12.b). Este precepto representa una “típica disposición de contenido paternalista”¹⁴⁸, donde la proscripción de los “actos de injerencia” en la constitución de organizaciones de trabajadores (artículo 2 del Convenio 98 de la OIT) conduce al legislador a recurrir a una medida bastante limitativa, con el objeto de impedir que se filtren trabajadores afines al empleador dentro de la esfera sindical. Ello, ignorando que a través de la autonomía colectiva se puede obtener el mismo resultado, sin sacrificar de manera generalizada la libertad sindical de estas categorías de trabajadores.

El problema de la medida adoptada es que resulta desproporcionada y excesiva: el CLS estima que “debería limitarse la definición de la palabra «dirigentes» para que abarque solamente a las personas que verdaderamente representan los intereses de los empleadores”¹⁴⁹. No obstante, la redacción genérica de la norma no permite su aplicación restrictiva, puesto que la única excepción para esta prohibición es la admisión estatutaria. En este sentido, el legislador “confunde las cosas al tratar de preservar los principios de pureza y autonomía sindical, condicionando el derecho de libertad sindical de los trabajadores de confianza o dirección a que el estatuto sindical

¹⁴⁵ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Óp. cit.*; p. 273.

¹⁴⁶ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *Óp. cit.*; p. 101.

¹⁴⁷ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Óp. cit.*; p. 274.

¹⁴⁸ *Ibidem.*; p. 273.

¹⁴⁹ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Quinta edición (revisada). Ginebra: OIT, 2006; p. 55, párrafo 248.

los admita”¹⁵⁰; así, la medida no solo impide la sindicación de esta categoría de trabajadores, sino que es ineficaz en su objetivo de evitar las injerencias patronales.

El último requisito citado en la norma es el de “no estar afiliado a otro sindicato”. Esta estipulación, que también fue observada por el CLS, generaba una limitación en el esquema de pluralidad sindical que la propia ley había desarrollado en beneficio de la libertad de constitución de organizaciones sindicales, teniendo en cuenta que restringía la posibilidad de que el trabajador individualmente considerado pueda formar o integrar organizaciones sindicales de distintos ámbitos. Este inconveniente sería corregido vía reforma legislativa, que frasearía la norma de forma tal que el impedimento consista en “no estar afiliado a otro sindicato *del mismo ámbito*” (énfasis agregado), permitiendo así que un trabajador pueda integrar, por ejemplo, un sindicato de empresa y un sindicato de rama de actividad a la vez.

En cuanto al derecho de los sindicatos a su libre organización y funcionamiento, sus alcances son precisados por el Convenio 87, en cuyo artículo 3 se incluye el derecho “de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción”. Según Ojeda, el principio desarrollado en este apartado es el de la *autonomía orgánica*¹⁵¹, el cual “[c]omprende los poderes necesarios para perfilar su estructura y mover su existencia a su libre albedrío: complejión y vicisitudes a respetar por los entes públicos y los empresarios sin intromisiones de ninguna clase”¹⁵².

Sobre el grado de aplicación que ha tenido este principio dentro de nuestro ordenamiento, en la primera LRCT el mismo fue escaso. En lo que concierne a la libertad de reglamentación o la autonomía sindical normativa, siendo que el estatuto sindical es “la norma fundamental que establece los principios y reglas básicas que van a regir la configuración, funcionamiento y actuación de la organización sindical”¹⁵³, el legislador adoptó medidas altamente cuestionables, al reglamentar de manera controlista diversas esferas que, bajo los principios exhibidos, deberían ser delegadas a la autorregulación del colectivo.

¹⁵⁰ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *Óp. cit.*; p. 102.

¹⁵¹ Conforme a la clasificación elaborada por nuestra propia jurisprudencia constitucional en el fundamento 8 de la sentencia recaída en Exp. 1124-2001-AA/TC, Caso Sindicato Único de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL, donde, como parte del contenido esencial del derecho a la libertad sindical, se distingue su aspecto funcional del orgánico.

¹⁵² OJEDA AVILÉS, Antonio. *Óp. cit.*; p. 368.

¹⁵³ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *Óp. cit.*; p. 129.

Así, se produjeron interferencias en campos como el funcionamiento y las atribuciones de la asamblea general (artículos 21 y 22), el papel de la junta directiva y los requisitos para integrarla (artículos 23 y 24), el patrimonio sindical (artículos 27), y los supuestos de renuncia voluntaria, separación temporal y expulsión de miembros (artículos 25 y 26), estableciendo injustificadamente el deber legal de comunicar al empleador sobre la expulsión de un afiliado¹⁵⁴. La lógica de estas normas no llega a ser supletoria, pues no admite disposiciones estatutarias alternativas; ni paternalista, en la medida de que no protege el interés del sindicato o de sus afiliados; revelando, más bien, una inclinación del Estado por restringir sus facultades auto-organizativas y por conceder, en algunos casos, excesivas prerrogativas al empleador¹⁵⁵.

En el campo de la libertad de representación, el CLS ha sostenido que:

“[e]l derecho de las organizaciones de trabajadores a elegir libremente a sus dirigentes constituye una condición indispensable para que puedan actuar efectivamente con toda independencia y promover con eficacia los intereses de sus afiliados. Para que se reconozca plenamente este derecho, es menester que las autoridades públicas se abstengan de intervenciones que puedan entorpecer el ejercicio de ese derecho, ya sea en la fijación de las condiciones de elegibilidad de los dirigentes o en el desarrollo de las elecciones mismas”¹⁵⁶.

En relación a la adecuación de nuestra legislación a estos preceptos, la normativa anterior “no articulaba ningún procedimiento de aprobación de candidatos o resultados electorales, ni reglamentaba minuciosamente los procedimientos electivos”¹⁵⁷. Sin embargo, el campo donde el legislador se atribuyó la potestad de intervenir de manera indebida fue en el de las condiciones de elegibilidad de los dirigentes, las cuales excluían a numerosos afiliados de la posibilidad de aspirar a cargos directivos, entre ellos a los menores de edad, a los que no eran miembros activos del sindicato y a los que tenían una antigüedad menor a un año trabajando en la empresa (artículo 24).

Estos requisitos fueron cuestionados expresamente por el CLS, y no solo como parte de las observaciones mencionadas párrafos atrás, sino también en virtud de la

¹⁵⁴ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Óp. cit.*; p. 276.

¹⁵⁵ Ejemplo de ello es el esquema de “tregua sindical” para las empresas recién constituidas, el cual se desprende de una lectura sistemática de la norma: mientras el artículo 24 exigía que para ser miembro de la junta directiva del sindicato se debía tener una “antigüedad no menor de un año al servicio de la empresa”, el artículo 41 establecía la obligación de negociar colectivamente solo a “las empresas que hubiesen cumplido al menos un año de funcionamiento”, reflejando así una clara intención de impedir la actividad sindical durante el primer año de formación de la empresa (SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Óp. cit.*; p. 277).

¹⁵⁶ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Óp. cit.*; p. 88, párrafo 391.

¹⁵⁷ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *Óp. cit.*; p. 132.

consagración de la libertad de representación como uno de los principios generales relativos al derecho de las organizaciones: “[l]a determinación de las condiciones para la afiliación o la elegibilidad para cargos directivos sindicales es una cuestión que *debería dejarse a la discreción de los estatutos de los sindicatos* y que las autoridades públicas deberían abstenerse de toda intervención”¹⁵⁸ (énfasis agregado). La consecuencia de tales cuestionamientos fue el debido acatamiento del legislador, al modificar la norma en el sentido de estipular como único requisito para ser miembro de la junta directiva el ser trabajador de la empresa.

Por otro lado, el último derecho al que se hace mención expresa en el artículo 3 del Convenio 87 es el que faculta a los sindicatos a “organizar su administración y sus actividades” y a “formular su programa de acción”; en otras palabras, la libertad de gestión. Esta libertad se puede subdividir en dos tipos de manifestaciones, en tanto unas “se desarrollarán al interior de la propia organización: *libertad de gestión interna*”, mientras otras “encuentran su ámbito de expresión en las relaciones externas, de negociación y conflicto principalmente, que el sindicato traba para cumplir con sus fines: *libertad de gestión externa*”¹⁵⁹, por lo que estas últimas encontrarían su expresión en otros derechos sindicales que serán desarrollados más adelante.

Por su parte, en materia de libertad de gestión interna, la disposición más objetada fue la actualmente derogada obligación de las organizaciones de trabajadores de “emitir los informes que puedan solicitarles la Autoridad de Trabajo u otras autoridades gubernamentales” (artículo 10, inciso f). Ello afectaría ilegítimamente la autonomía de los sindicatos, pues “[e]s evidente que la actuación de los sindicatos se encuentra sujeta a la legalidad, de forma tal que los actos contrarios a ésta son pasibles de control y sanción. Pero tal situación no legitima cualquier tipo de intervención de las autoridades públicas, las que deben abstenerse en principio de toda intervención que limite o entorpezca la gestión, por el propio sindicato, de sus actividades”¹⁶⁰.

La libertad de federación es otro de los derechos reconocidos por el Convenio 87, cuyo artículo 5 señala el “derecho de constituir federaciones y confederaciones, así como el de afiliarse a las mismas”. Su regulación local se halla en el artículo 35 de la LRCT, en virtud del cual “[l]os sindicatos de base podrán constituir o integrar organismos de grado superior, sin que pueda impedirse u obstaculizarse tal derecho”.

¹⁵⁸ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Óp. cit.*; p. 90, párrafo 405.

¹⁵⁹ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *Óp. cit.*; p. 133.

¹⁶⁰ BOZA PRO, Guillermo y Miguel CANESSA MONTEJO. *Óp. cit.*; p. 201.

La legislación corrige las falencias de su predecesora¹⁶¹, al establecer un mínimo de dos sindicatos para constituir una federación, y la misma cifra de federaciones para formar una confederación, cuando aquella establecía un mínimo de cinco sindicatos para constituir federaciones y diez federaciones para formar confederaciones.

Sin embargo, no todas las disposiciones legislativas deslindarían de un estancamiento en esta materia, pues se mantendría un formalismo subsistente hasta hoy, en virtud del cual los sindicatos deberán ser “de la misma actividad o clase” (artículo 36) para que pueda constituirse la federación. Ello implica una contravención directa de los principios consagrados por la OIT, cuyas pautas interpretativas señalan que “[u]na legislación que impida la constitución de federaciones y confederaciones en que pudieran unirse los sindicatos o federaciones de diferentes actividades en una misma localidad o región, está en contradicción con el artículo 5 del Convenio núm. 87”¹⁶².

De todos los derechos relacionados a la sindicación, quizás el más importante es el de la actividad sindical. Definido como la *autonomía de acción* o *capacidad de obrar colectiva*¹⁶³, confiere a los sindicatos “un espacio de libertad dentro del cual puedan llevar a cabo todas las acciones instrumentales que resulten necesarias para el cumplimiento de su función de autotutela”¹⁶⁴. La norma lo formula como el sentido teleológico de la sindicación, toda vez que el artículo 2 lo reconoce “para el estudio, desarrollo, protección y defensa de [los] derechos e intereses [de los sindicatos] y el mejoramiento social, económico y moral de sus miembros” (énfasis agregado).

Si bien el artículo 8 de la LRCT consagraba una lista abierta de funciones atribuibles a las organizaciones sindicales, entre las que se encontraban sus facultades representativas, de negociación y de promoción de sus intereses, encontrando su límite en las actividades que no se encontrasen reñidas “con sus fines esenciales ni con las leyes” (inciso f), los impedimentos que vendrían enunciados en el artículo 11 merecieron serios cuestionamientos. En particular, el inciso a) de dicho artículo prohibía a los sindicatos el “[d]edicarse institucionalmente a asuntos de política partidaria, religiosa o de índole lucrativa”.

¹⁶¹ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Óp. cit.*; p. 279.

¹⁶² OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Óp. cit.*; p. 154, párrafo 714.

¹⁶³ OJEDA AVILÉS, Antonio. *Óp. cit.*; p. 371.

¹⁶⁴ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “El derecho a la actividad sindical y su protección constitucional en el ordenamiento jurídico-laboral español”. *Derecho y Sociedad*. Lima, 1995, No. 10; p. 198.

Desde el punto de vista de su objeto social, tal disposición podría encontrar sentido. Como sostiene Ojeda, “si hemos de conceder a la actividad sindical un amplio margen de autonomía, sus límites funcionales vendrán establecidos por la existencia de otras personas jurídicas con objetivos propios que deben respetarse”. Así, “cuando el sindicato se dedica [...] a actividades culturales, políticas o religiosas, habrá de reconocerse que ha entrado en el campo de actividad propio de las asociaciones, los partidos, las confesiones”¹⁶⁵. Sin embargo, como el autor sostiene en otro momento,

“la emancipación de la clase trabajadora no se obtiene exclusivamente por medios «laborales», digamos el convenio colectivo y la huelga, sino que exige el empleo de otros medios, culturales, económicos, políticos. De ahí que el principio básico para enjuiciar la corrección de un sindicato en sus acciones consistirá en analizar si las realizaciones propias de otros tipos de persona jurídica son consideradas por él como medios para lograr «su» finalidad, o bien, muy al [sic] contrario, han pasado a ocupar el centro y eje de sus ambiciones”¹⁶⁶.

La prohibición general de estas actividades es una traba mayor para que los sindicatos puedan cumplir con los fines para los cuales han sido concebidos. Genera un margen de acción reducido que, nuevamente, pone en evidencia el autoritarismo del Estado, que prefiere ser el ente que determine los alcances de la sindicación, sin permitir que la colectividad laboral sea la que opte por los mecanismos y ámbitos más idóneos para lograr sus objetivos. De las limitaciones presentes en la norma, “la más importante [...] era la exclusión del campo político de la *actuación institucional* de los sujetos sindicales; siguiendo [...] los mandatos de toda una historia tratando de negar a punta de decretos las vinculaciones de la actividad sindical con el mundo de la política”¹⁶⁷.

La despolitización de la cuestión sindical era más que nada un ideal poco asequible para los operadores políticos, pues en su deseo de desarticular la influencia de la clase trabajadora en el espacio público, ignoraron intencionalmente la historia y doctrina que respaldan el accionar sindical, las cuales dejan en clara evidencia que “la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores tiene expresiones diversas en el terreno de lo político, tanto general como sectorial, razón por la cual son las confederaciones y las federaciones las que impulsan o recusan leyes y decretos, o buscan la formulación de determinadas políticas públicas afines a tales intereses”¹⁶⁸.

¹⁶⁵ OJEDA AVILÉS, Antonio. *Loc. cit.*

¹⁶⁶ *Ibidem.*; p. 372.

¹⁶⁷ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *Óp. cit.*; p. 138.

¹⁶⁸ *Idem.*

Con el fin de corregir estas disociaciones absurdas y arbitrarias, la modificación de este inciso indicaría que el impedimento recae sobre las organizaciones sindicales empeñadas en “[d]edicarse institucionalmente *de manera exclusiva* a asuntos de política partidaria, sin menoscabo de las libertades que la Constitución Política y los Convenios Internacionales de la OIT ratificados por el Perú les reconocen” (énfasis agregado). Sin duda, tal modificación constituiría un avance, sin perjuicio del hecho de que resulta innecesariamente redundante, en el sentido de que, como se ha visto, la propia naturaleza jurídica de la organización sindical le impide dedicarse exclusivamente a actividades ajenas a su objeto social.

Por último, como parte de la protección a esta actividad sindical, ordenada por los artículos 1 y 2 del Convenio 98, los cuales estipulan el deber de una “adecuada protección” contra “todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical” y “contra todo acto de injerencia” entre las organizaciones en conflicto, la institución latinoamericana del fuero sindical se configura como “un conjunto de medidas de protección del dirigente y del militante sindical, que tienden a ponerlos a cubierto de los perjuicios que puedan sufrir por su actuación y a posibilitar un desarrollo normal y eficaz de la actividad sindical”¹⁶⁹.

Pese a la amplitud de tal definición, los artículos 30 y 31 de la LRCT convierten al fuero sindical en un concepto “doblemente restringido, puesto que en lo subjetivo está referido sólo los dirigentes sindicales, y ni siquiera todos ellos sino a un número reducido, y en lo objetivo sólo se protege respecto de dos actos sindicales: los despidos y traslados sin causa justa debidamente comprobada o sin aceptación”¹⁷⁰. A mayor abundamiento, ninguna de estas disposiciones contiene mecanismos de reparación que aseguren una tutela eficaz de la libertad sindical¹⁷¹, por lo que no solo su ámbito de protección es limitado, sino que carece de dispositivos que hagan del fuero sindical un verdadero espacio de refuerzo para los derechos sindicales.

El artículo 32, por su parte, estipula que por vía convencional se pactarán “las actividades sindicales en lo relativo a reuniones, comunicaciones, permisos y licencias”. Ello implicaría que, “a falta de estipulación expresa, los trabajadores carecen de derechos tan elementales como el de reunión [...] o el de comunicación”¹⁷²,

¹⁶⁹ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “La protección de la libertad sindical y su regulación (limitada y simbólica) en el Perú”. *Ius et veritas*. Lima, 1999, No. 19; p. 225.

¹⁷⁰ *Ibidem.*; p. 230.

¹⁷¹ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Los sindicatos y la libertad sindical...”; p. 293.

¹⁷² *Ibidem.*; p. 287.

delegándose el íntegro de esta regulación a la debilidad de las fuerzas sindicales; por lo demás, ello evidenciaría una pretensión sistemática del legislador de eliminar las facilidades con las que contaban los dirigentes sindicales para ejercer sus funciones, pues la Quinta Disposición Transitoria y Final de la LRCT original procedería a derogar numerosas normas relacionadas a licencias sindicales, cobros de cuotas sindicales, descuentos asociados a los gastos de la dirigencia, entre otras¹⁷³.

El tenor aparentemente dispositivo de la norma, no obstante, se vería severamente contrastado con la fijación heterónoma de límites numéricos para los dirigentes amparados por el fuero sindical, y para el periodo de días por año calendario (30) para los permisos de cada dirigente; el último de los cuales ha sido catalogado como un “«máximo de Derecho necesario» (no susceptible de ser superado por la negociación colectiva) en cuanto al goce de una de las prerrogativas más necesarias para el ejercicio de la función sindical, sobre todo tratándose de organizaciones dotadas de cierta complejidad (sindicatos de empresas de grandes dimensiones o de ámbito supraempresarial, federaciones y confederaciones)”¹⁷⁴.

Por ello, no debería sorprender que ambas disposiciones hayan sido materia de observación por el CLS, el cual objetó, más que la proporcionalidad de los límites fijados, el reglamentarismo detrás de estas restricciones. Por esta razón, la reforma legislativa modificó su carácter impositivo, para trasladar a las partes la facultad de determinar estos límites mediante la autonomía colectiva, actuando la norma únicamente como un instrumento supletorio para estas cuestiones.

2.2. El modelo intervencionista sobre la configuración de la negociación y los convenios colectivos

La negociación colectiva es sintetizada por Neves como “el cauce a través del cual las organizaciones sindicales y los empleadores tratan sobre las materias que competen a las relaciones laborales con miras a la celebración de un convenio colectivo. Entre negociación y convenio hay, pues, una relación de procedimiento a producto”¹⁷⁵. Pese a que el precepto constitucional se rige bajo la idea del fomento de la negociación colectiva, la regulación de las variables que inciden en el ejercicio de este derecho en la actividad privada se encuentran reguladas bajo el mismo tenor limitativo y controlista que el tratamiento recibido por el derecho a la libertad sindical, por lo que en las

¹⁷³ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *Óp. cit.*; p. 133.

¹⁷⁴ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Óp. cit.*; p. 288.

¹⁷⁵ NEVES MUJICA, Javier. *Derecho colectivo...*; p. 33.

siguientes líneas se procederán a exponer algunas de las falencias que presenta la LRCT en esta materia.

Desde el ámbito subjetivo del derecho, es preciso distinguir dos conceptos: la capacidad y la legitimación negocial. Por capacidad negocial entendemos a “la potestad normativa genérica que poseen los sujetos laborales para la ordenación de las relaciones laborales”¹⁷⁶, es decir, consiste en un “poder abstracto”¹⁷⁷ que concede a una parte la aptitud de celebrar convenios. Esta aptitud se encuentra garantizada por el artículo 41 de la LRCT, el cual habilita a las organizaciones sindicales o, en ausencia de estas, a los representantes de trabajadores “interesados, expresamente elegidos y autorizados”, para participar en la celebración de acuerdos colectivos, para luego estipular –inexplicablemente– que las empresas tendrán la obligación de negociar siempre y cuando cuenten por lo menos con un año de funcionamiento.

Mientras tanto, la legitimidad negocial implica “poseer una potestad concreta para entablar y llevar a cabo una negociación así como, eventualmente, llegar a un acuerdo específico, producto de la misma, con la contraparte”¹⁷⁸. Sobre este campo, resulta de aplicación el artículo 47 de la LRCT, el cual establece reglas de legitimación tanto para los convenios colectivos de nivel empresarial como los sectoriales. Si bien la formulación de dichas reglas es bastante escueta, al facultar genéricamente a las organizaciones sindicales o, en su defecto, a los representantes elegidos por los trabajadores a tomar parte de las negociaciones, se deben recordar los obstáculos que presenta la norma para la constitución de los sindicatos, pues justamente la negociación es la manifestación más plena del ejercicio de la actividad sindical.

Bajo esa lógica, por un lado se tiene a numerosas empresas con menos de 20 trabajadores imposibilitados de registrar sindicatos de empresa¹⁷⁹, por lo que carecen de un aparato institucional que facilite la negociación en ese nivel, lo cual es, a todas luces, un desincentivo para al ejercicio de este derecho. Sin embargo, también es

¹⁷⁶ BOZA PRO, Guillermo y otros. *Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo comentada*. Lima: Consultores Jurídicos, 1994; p. 108.

¹⁷⁷ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Óp. cit.*; p. 95.

¹⁷⁸ BOZA PRO, Guillermo y otros. *Loc. cit.*

¹⁷⁹ Según TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Loc. cit.*, para el año de la emisión de la norma (1992) “[e]n el Perú, predominan los centros de trabajo con menos de 20 trabajadores (43.5% de la PEA asalariada)”. Esto deja en evidencia que el escenario laboral en este aspecto no era muy distinto del vigente, en la medida de que la exigencia numérica priva a un número importante de trabajadores de empresa de constituir organizaciones sindicales. En todo caso, en la actualidad este problema se ha agravado, toda vez que el régimen especial MYPE margina directamente a los trabajadores sujetos al mismo de esta posibilidad.

cierto que a los sujetos sociales en nuestro país no les ha sido ajena la práctica de recurrir a la “representación no institucionalizada”¹⁸⁰, consistente en la designación de delegados de personal, los cuales son elegidos “cuando en la empresa hay entre 5 y 19 trabajadores y suplen la representación sindical para todo fin”¹⁸¹.

Por otra parte, en lo alusivo a la negociación por rama de actividad, el planteamiento inicial del artículo 46 obstaculizaba la sola posibilidad de negociar a este nivel, pues a los requisitos numéricos excesivos para formar sindicatos de esa naturaleza, se sumaba la estipulación de que los convenios celebrados a ese nivel solo podrían concretarse si contaban con una eficacia general; la arbitrariedad, sin embargo, no terminaría ahí, pues en este ámbito se establecía como requisitos no solo una mayoría de trabajadores de la actividad respectiva, sino también una mayoría de empresas, vulnerándose así diversas dimensiones de la libertad sindical¹⁸².

En cuanto al nivel de la negociación colectiva, la misma ambigüedad con la que se aborda el tema de las tipologías sindicales es empleada en el artículo 44 para los ámbitos negociales, mencionándose, sin aclarar su condición ejemplificativa, a las negociaciones de empresa, de rama y de gremio. Por otro lado, las reglas de juego para determinar la unidad negocial en el supuesto de primera negociación han sido, desde la versión inicial de la LRCT hasta hoy, las estipuladas en su artículo 45: “Si no existe previamente una convención colectiva en cualquier nivel de los señalados en el artículo anterior, las partes decidirán, de común acuerdo, el nivel en que entablarán la primera convención. A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa”.

En opinión de Arce, a través de esta disposición se imponen dos cosas: “[p]rimero, lo más evidente, que la negociación se llevará a nivel de empresa [...] [s]egundo, que la negociación se llevará por decisión del legislador en un solo nivel”; esto último, en la medida de que, a través de esta redacción, se “está señalando implícitamente que no se puede negociar simultáneamente en dos niveles empresa y rama. En otras palabras, basta con optar por uno u otro nivel”¹⁸³.

¹⁸⁰ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “Atomización y disfuncionalidad de la tutela colectiva en el Perú”. *Ius et veritas*. Lima, 2011, No. 42; p. 227.

¹⁸¹ *Ibidem.*; p. 223.

¹⁸² Lo cual mereció las observaciones del CLS en los casos 1648 y 1650 (NEVES MUJICA, Javier. *Op. cit.*; p. 37). Tras la reforma legislativa, un marco negocial que no cumpla con tales requisitos daría lugar a la suscripción de un convenio de eficacia limitada.

¹⁸³ ARCE ORTIZ, Elmer. “Réquiem al artículo 45 de la Ley de Relaciones Colectivas del Trabajo”. En: Autores varios. *Compendio de Derecho Colectivo del Trabajo*. Lima: Ius et Veritas, 2010; p. 487.

Como reflejo de la “impronta descentralizadora”¹⁸⁴ asumida por el legislador, el único problema estructural no era este. La Tercera Disposición Transitoria y Final del Decreto Ley obligaba a los sujetos comprendidos en negociaciones colectivas a nivel de rama a ratificar o modificar su voluntad de continuar negociando en dicho nivel, estipulando que, en ausencia de tal ratificación dentro de un periodo de 30 días posteriores a la emisión de la norma, la negociación se realizaría a nivel de empresa. Ello afrontaba una evidente contradicción con el segundo párrafo del artículo 45, el cual establecía que, “[d]e existir convención en algún nivel, para entablar otra en nivel distinto, con carácter sustitutorio o complementario, es requisito el acuerdo de partes, no pudiendo establecerse por acto administrativo ni por laudo arbitral”.

Pese a que la norma expresaba la necesidad de que, donde mediase un convenio colectivo preexistente, las partes sociales arriben a un acuerdo para modificar el nivel de negociación, cediendo este espacio, en principio, a la autonomía colectiva, con la disposición transitoria y final citada el legislador contravenía su propia regla; ello, al modificar de manera heterónoma la negociación por rama si es que las partes no la ratificaban, facultando así a los empresarios a relegar la negociación al nivel de empresa en forma unilateral. De esta manera, “de una u otra forma se reconduce la negociación colectiva al ámbito de la empresa”¹⁸⁵, y si bien la disposición ha sido correctamente sustraída del ordenamiento, sus efectos iniciales posibilitaron la progresiva eliminación de la negociación sectorial.

Un último inconveniente que se debería resaltar de la regulación de los niveles negociales, sin perjuicio de que los mismos serán objeto de un análisis más detallado en secciones posteriores, es la prohibición de establecerlos por acto administrativo o por laudo arbitral, la cual, a criterio de Villavicencio, “carece de razón; puesto que si el recurso a estos terceros es voluntario o lo manda un tribunal [...], se está impidiendo que las partes sociales accedan a medios de solución de conflictos laborales que podrían serles de inmensa utilidad o que el Estado provea una solución adecuada en casos específicos”¹⁸⁶, consolidando así lo que para Lovatón fue el intento de “mantener el actual sistema de «micro-negociación colectiva», de atomización de la actividad negocial y conflictual y, por ende, también de la estructura sindical”¹⁸⁷.

¹⁸⁴ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *Loc. cit.*

¹⁸⁵ BOZA PRO, Guillermo y otros. *Óp. cit.*; p. 103.

¹⁸⁶ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *Óp. cit.*; p. 224,

¹⁸⁷ LOVATÓN PALACIOS, David. “Autonomía colectiva e intervencionismo estatal en la determinación del nivel negocial en el Perú”. *Laborem*. Lima, 1995, No. 2; p. 155.

Por otro lado, en relación al contenido de los convenios, es preciso partir de las pautas establecidas por el Convenio 154; en su artículo 2, este instrumento determina que el fin de la negociación colectiva es el de: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo; b) regular las condiciones entre empleadores y trabajadores; o, c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores. Esta diversidad de posibilidades se basa en la necesidad de promover la autonomía colectiva en todas sus facetas, en este caso la autoconfiguración de los convenios colectivos por los sujetos involucrados en su elaboración, por lo que era necesario un marco legal bastante abierto en la materia.

En este sentido, la LRCT reconoció como elementos sujetos a negociación a “las remuneraciones, condiciones de trabajo y productividad y demás” (artículo 41), por lo que ha sido aceptada como garante de un contenido negocial amplio¹⁸⁸, al emplear una cláusula abierta y al fomentar novedosamente la negociación de una materia tan importante como la productividad. Asimismo, su reglamento, emitido mediante Decreto Supremo 011-92-TR, emplea la aceptada clasificación doctrinal de cláusulas normativas, obligacionales y delimitadoras (artículo 29) para su interpretación y tratamiento, no sin incurrir en algunas imprecisiones conceptuales en el proceso¹⁸⁹.

Sin embargo, y pese a la apertura que la norma ofrece para las materias sujetas a negociación, durante la primera década de su aplicación ello no se tradujo en una reformulación de los contenidos negociales, sino todo lo contrario:

“La mayor parte de los acuerdos colectivos se circunscriben a aspectos estrictamente salariales y a muy contadas condiciones de trabajo [...] [L]a negociación colectiva no ha servido de instrumento de flexibilización del ordenamiento laboral, de ahí que resulte difícil encontrar convenios orientados en esa dirección. Por otro lado, resulta preocupante que los actores sociales no hayan introducido nuevos contenidos que los tiempos actuales exigen, sobre todo en materia de productividad y capacitación para el trabajo.

En definitiva, el mayor poder de negociación que ostenta el empleador tras la reforma, sumado al debilitamiento de las organizaciones representativas de los trabajadores, permite entender cómo la negociación colectiva en términos globales ha perdido parte de sus contenidos tradicionales, sin que esto haya significado la inclusión de nuevos aspectos en la agenda de la negociación”¹⁹⁰.

¹⁸⁸ NEVES MUJICA, Javier. *El contenido negocial...*; p. 29.

¹⁸⁹ BOZA PRO, Guillermo y otros. *Óp. cit.*; pp. 92-93.

¹⁹⁰ BOZA PRO, Guillermo y Miguel CANESSA MONTEJO. *Óp. cit.*; p. 221.

En cuanto al procedimiento negocial, nuevamente se produciría una suerte de divorcio entre la regulación y la realidad: la norma, cuyo artículo 57 estipula que “[l]a negociación colectiva se realizará en los plazos y oportunidades que las partes acuerden, dentro o fuera de la jornada laboral, y debe iniciarse dentro de los diez (10) días calendario de presentado el pliego”, fue saludada por la doctrina por consagrar “una amplísima autonomía de las partes en el proceso de negociación colectiva”¹⁹¹; sin embargo, su aplicación en la realidad evidenció un incumplimiento generalizado con los plazos legales para la instalación de las mesas de negociación, registrándose, peor aún, numerosos casos “en que las negociaciones no logran ni siquiera instalarse”¹⁹².

Lo anterior podría tener dos explicaciones fundamentales: una, basada en el legado normativo de las décadas anteriores, cuya rigidez estableció un sistema en el que “negociación, conciliación y arbitraje se colocaban en una misma vía continua, como un ferrocarril de varias estaciones, en el que la única importante es la última, la resolución administrativa, resultando una negociación colectiva muy conflictual precisamente por la intervención del Estado”¹⁹³. Así, la dependencia tradicionalmente arraigada de los actores sociales hacia el aparato administrativo para la sustanciación del procedimiento complicaba el funcionamiento de una norma que, novedosamente, promovía su operatividad a través de la autonomía colectiva.

La segunda razón se basa justamente en el aspecto ejecutivo de esta cuestión legal, pues no es extraña a la realidad la complicidad histórica entre la Administración y la parte patronal, al punto de que Ojeda afirma que “en Perú [son] los empresarios quienes se acogen rápidamente a la laminadora intervención administrativa”¹⁹⁴; y, sobre los frecuentes procesos en los que la negociación no llega a instalarse, se ha cuestionado “el rol tutelar de la AAT [Autoridad Administrativa de Trabajo] en esta etapa de la negociación, en tanto permite las irregularidades señaladas”¹⁹⁵. Por ello, sobre el Estado recae gran parte de la responsabilidad del hecho de que sus normas, aun las más dispositivas y garantistas, carezcan de eficacia.

Entre los mecanismos que la norma prevé y que son –o, en todo caso, deberían ser– instrumentales a la realización de un procedimiento negocial exitoso, tenemos, en

¹⁹¹ BOZA PRO, Guillermo y otros. *Óp. cit.*; p. 127.

¹⁹² BOZA PRO, Guillermo y Miguel CANESSA MONTEJO. *Óp. cit.*; p. 218.

¹⁹³ OJEDA AVILÉS, Antonio. “El procedimiento de la negociación colectiva”. En: ERMIDA URIARTE, Oscar y Antonio OJEDA AVILÉS (coordinadores). *El Derecho Sindical en América Latina*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1995; p. 150.

¹⁹⁴ *Ibidem.*; p. 148.

¹⁹⁵ BOZA PRO, Guillermo y Miguel CANESSA MONTEJO. *Loc. cit.*

primer lugar, a la obligación del empleador de recibir el pliego petitorio presentado por la parte trabajadora, salvo que exista causa legal o convencional para no hacerlo (artículo 54 de la LRCT). Conocido como el *deber de negociar*, esta figura, reforzada a su vez por el deber de buena fe, supone que los empleadores “no tendrán legalmente la posibilidad de rechazar la pretensión de los trabajadores (o de sus organizaciones representativas) de negociar colectivamente (ya sea el pliego, ya sea el nivel)”¹⁹⁶.

La existencia del deber de negociar no obliga a las partes a suscribir un convenio colectivo, es decir, no implica un correlativo deber de convenir o de contratar¹⁹⁷, pues únicamente las induce a negociar de buena fe; este principio, por lo demás, no podría ser el elemento que compela a los actores a alcanzar el producto negocial pretendido, pues ello solo es posible bajo una interpretación que, a los ojos de Sánchez, configuraría una “modalidad de negociación colectiva desvirtuada”¹⁹⁸. En concordancia con este criterio, los órganos de control de la OIT se han referido al deber de buena fe en un sentido subjetivo, pues no apuntan propiamente a un resultado, sino a reforzar una conducta de las partes para que “hagan todo lo posible por llegar a un acuerdo”¹⁹⁹.

A pesar de que hasta el año 2011 el contenido de la buena fe en la negociación colectiva no encontró mayor desarrollo que el de los organismos internacionales, a través del Decreto Supremo 014-2011-TR el ordenamiento dejó de otorgarle un espacio meramente enunciativo, y le atribuyó la condición de causal en sentido negativo para que, en caso la una de las partes incurra en prácticas que contravengan a este principio, la contraparte afectada por dicha falta pudiera diferir el conflicto a un arbitraje. A mayor abundamiento, la Resolución Ministerial 284-2011-TR se emitió como complemento a la citada norma reglamentaria, a efectos de establecer una lista abierta de supuestos que configurarían actos de mala fe en la negociación colectiva.

¹⁹⁶ AGUINAGA MEZA, Ernesto y Guillermo BOZA PRO. “El deber de negociar y el arbitraje potestativo como parte del contenido del derecho constitucional de negociación colectiva”. *Derecho PUCP*. Lima, 2013, No. 71; p. 288.

¹⁹⁷ Una institución que no ha estado ausente en diversos países de la región: según OJEDA AVILÉS, Antonio. “Los deberes de negociar y de contratar”. En: ERMIDA URIARTE, OSCAR Y Antonio OJEDA AVILÉS (editores). *La negociación colectiva en América Latina*. Madrid: Trotta, 1993; p. 55; en Bolivia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Panamá y Paraguay existe un patrón cultural muy similar tendiente a la contratación forzosa.

¹⁹⁸ SÁNCHEZ TORRES, Esther. *El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva*. Madrid: Consejo Económico y Social, 1999; pp. 100-101. La autora menciona que, basándose en el modelo norteamericano de relaciones industriales, no falta quien plantee escenarios en los que la excesiva rigidez en la interpretación de la buena fe negocial conduzca a las partes no solo a la suscripción de un acuerdo forzoso, sino incluso a la configuración “[d]el propio contenido material del convenio”.

¹⁹⁹ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Óp. cit.*; p. 200, párrafo 935.

Por otro lado, otra de las obligaciones del empleador con anticipo a la negociación directa que es de gran importancia para que el derecho de los trabajadores pueda verse correctamente atendido es el deber de información. El artículo 55 de la LRCT indica que, “[a] petición de los representantes de los trabajadores, los empleadores deberán proporcionar la información necesaria sobre la situación económica, financiera, social y demás pertinentes de la empresa”. Es importante que este deber sea reconocido como una institución autónoma en nuestro ordenamiento, y su función según la doctrina es la de “garantizar la plena capacidad negociadora de las partes y su más próxima situación de paridad en el proceso”²⁰⁰.

El problema con el cumplimiento de este deber legal es que la norma no asegura garantías suficientes para su goce, empezando por la cláusula que establece límites a la información a ser proporcionada “en la medida en que la entrega de tal información no sea perjudicial para [la empresa]”. Dicha disposición ha sido calificada de “contradictoria”, considerando que “por algo se establece, paralelamente al derecho de información, el deber de sigilo, es decir, la obligación de guardar reserva sobre la información recibida como garantía de los intereses del empresario. Un uso indebido de esta facultad empresarial podría tornar ineficaz el derecho”²⁰¹.

Y es que, efectivamente, el tercer párrafo de la norma citada estipula el deber de los trabajadores de guardar reserva absoluta de la información recibida. El sigilo profesional, reconocido como un “instrumento de protección del interés empresarial”²⁰², tiene un rango de protección bastante extenso en la LRCT, toda vez que no se mencionan sus límites ni se pondera su tutela con derechos u obligaciones propios de la parte trabajadora. Asimismo, frente al supuesto de su incumplimiento se establece una sanción cuestionablemente desproporcionada, al someterse a apercibimiento de suspensión el derecho a la información de la parte trabajadora; la norma, además, no ha sido minuciosa en especificar cuál debería ser la instancia o la entidad responsable de determinar la configuración de tal incumplimiento.

La posible suspensión del derecho a la información en caso no se guarde el deber de sigilo es particularmente grave por dos razones: i) porque la falta de uno o dos trabajadores no debería tener como consecuencia la pérdida de un derecho de la

²⁰⁰ SÁNCHEZ TORRES, Esther. *Óp. cit.*; p. 123.

²⁰¹ BOZA PRO, Guillermo y otros. *Óp. cit.*; p. 124.

²⁰² GARRIDO PÉREZ, Eva. “Los cambios sistemáticos, materiales y funcionales en los derechos de información y consulta de los representantes unitarios del personal (nuevos arts. 64 y 65 del ET)”. *Temas Laborales*. Sevilla, 2008, No. 95; p. 34.

colectividad²⁰³, pérdida que ocasiona una distorsión en la nivelación de poderes y pone en situación de amenaza al ejercicio pleno e informado del contenido nuclear de la negociación colectiva; y, ii) porque se registraba un tratamiento desigual hacia la parte laboral, al no existir sanciones aplicables al empleador ante el supuesto de incumplimiento de su deber de informar.

Un último aspecto vinculado a las cuestiones procedimentales previas a la negociación directa es la introducción de la caducidad del convenio colectivo. Antes de la emisión de la LRCT, la normativa pertinente estipulaba “la duración indeterminada de los beneficios pactados en el convenio colectivo hasta su modificación expresa por otro posterior”²⁰⁴. En contraste, la LRCT dispondría que el convenio colectivo “[c]aduca de modo automático al vencimiento de su plazo, salvo en aquello que se haya pactado con carácter permanente o cuando las partes acuerden su renovación o prórroga total o parcial” (artículo 43), para luego ser reformulada, en el sentido de que continuaría rigiendo mientras no sea modificada por un convenio posterior.

No obstante, este sería un nuevo caso en que la norma, por más que haya sido reformada en la actualidad, cumplió con un propósito histórico fundamental muy propio de su “perfil flexibilizador”: “retirar del mundo jurídico los derechos consagrados en una convención colectiva, con la finalidad de que la nueva convención que sustituya a la vencida no estuviera condicionada a respetar los beneficios anteriormente conseguidos en sede colectiva”²⁰⁵. Así las cosas, y con los replanteamientos ya comentados respecto a la determinación de la unidad negocial, el nuevo escenario normativo conduciría a que las partes se vean obligadas a negociar nuevos contenidos en condiciones profundamente dispares.

Ya en el terreno de la negociación directa, debe recordarse que la ley tramita un procedimiento abierto a la autonomía de las partes, cuyo cumplimiento ha sido y continúa siendo relativo, sobre todo en lo que respecta a los plazos para iniciar las tratativas una vez presentado el pliego petitorio. Ante la falta de acuerdo, la LRCT reconoce los instrumentos típicos para la autocomposición del conflicto: la conciliación y la mediación (artículos 58 y 59), ambos de los cuales implican la participación de un tercero neutral, con grados de intervención distintos en función de la institución, pero con atribuciones no vinculantes dentro de ambas. Pese a que podrían haberse

²⁰³ BOZA PRO, Guillermo y otros. *Loc. cit.*

²⁰⁴ BOZA PRO, Guillermo y Miguel CANESSA MONTEJO. *Óp. cit.*; p. 214.

²⁰⁵ BOZA PRO, Guillermo y otros. *Óp. cit.*; pp. 97-98.

establecido causales para su procedencia²⁰⁶, estas alternativas resultan respetuosas de la autonomía colectiva y optimizan la voluntariedad *inter partes* en la negociación.

Por otra parte, y en contraste con la larga data que las dos instituciones precedentes tienen en nuestro ordenamiento, el arbitraje como vía heterónoma para la solución del conflicto colectivo sería acogido en reemplazo de la autoridad administrativa²⁰⁷, la cual desarrollaba esta función desde la emisión del D.S. 006-71-TR. Desde un inicio, se plantearon divergencias hermenéuticas sobre los supuestos de procedencia de esta figura, e inicialmente la Autoridad de Trabajo se inclinó por favorecer su naturaleza potestativa²⁰⁸, esto es, facultando a una de las partes a someter el diferendo a esta instancia de forma unilateral; ello, en atención al hecho de que un arbitraje voluntario demandaría el consentimiento de la otra parte, abriendo paso a la prolongación del conflicto y arriesgando la concreción de un producto negocial²⁰⁹.

Empero, asumiendo eventualmente la Administración su reiterada costumbre de interpretar las normas laborales en forma peyorativa, “esta postura [en favor del arbitraje potestativo] tuvo muy corta duración, pues al poco tiempo dio un giro a favor del arbitraje voluntario”²¹⁰. A raíz de ello, ante la prolongada e imperiosa necesidad de una aclaración conceptual, el TC se pronunció mediante Resolución del Exp. 03561-2009-PA/TC (Caso Portuarios), a fin de precisar que el arbitraje regulado por la LRCT, partiendo de una interpretación sistemática que incluía los artículos 61, 62 y 63 de la Ley, así como el artículo 46 del Reglamento, era de naturaleza potestativa.

Es a propósito de esta resolución que el Poder Ejecutivo publicó el ya mencionado D.S. 014-2011-TR, con el fin de aplicar el fallo y de “precisar el alcance del arbitraje potestativo al que se refiere el artículo 61 de la LRCT”. Sin embargo, esta

²⁰⁶ *Ibidem.*; pp. 128: “[L]a no existencia de causas específicas para la iniciación de una conciliación de oficio resulta incoherente con el principio de autonomía, como ha señalado la propia OIT, pues al ser tan amplio abre paso a la injerencia estatal en la negociación colectiva”.

²⁰⁷ MORALES CORRALES, Pedro. “Problemas del arbitraje en la negociación colectiva”. *Derecho y Sociedad*. Lima, No. 30, 2008; p. 132.

²⁰⁸ AGUINAGA MEZA, Ernesto y Guillermo BOZA PRO. *Óp. cit.*; p. 302-303.

²⁰⁹ Para OSORIO VÉLIZ, Valeria y Mauro UGAZ OLIVARES. “La heterocomposición de las negociaciones colectivas de trabajo”. *Ius et veritas*. Lima, 2015, No. 51; pp. 299-300, la inclinación de los trabajadores hacia el arbitraje potestativo responde, entre otros factores, a “la nula repercusión que existía en los hechos para los empleadores que mantenían un conflicto abierto”, y al hecho de que “la necesidad de obtener un resultado en un plazo más corto era una frustración”, por lo que privilegiarían “concluir con la negociación de forma rápida en comparación con tener un mayor control del contenido de lo que puedan acordar en la negociación” (p. 308).

²¹⁰ AGUINAGA MEZA, Ernesto y Guillermo BOZA PRO. *Óp. cit.*; p. 303.

reglamentación adoleció de vicios tales como el de restringir los derechos otorgados por la ley (ante la interpretación decisiva y vinculante realizada por el TC), habiendo “recortado las posibilidades del arbitraje potestativo al establecer causales para su procedencia y restringirlas solo a dos”²¹¹. Estas dos causales consistirían en: i) el desacuerdo entre las partes durante la primera negociación²¹², ya sea en relación al nivel o al contenido de la misma; y, ii) la advertencia de actos de mala fe que persigan el efecto de dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo.

Sin perjuicio de la controversia que subsiste hasta hoy en nuestra jurisprudencia y doctrina sobre la constitucionalidad del D.S. 014-2011-TR y la naturaleza causal o incausada del arbitraje potestativo regulado en nuestro ordenamiento, lo importante es que esta reglamentación realizada por el Ejecutivo y la Resolución Aclaratoria del TC, a diferencia de la sentencia que las precedía²¹³, perseguía más claramente una vocación de generalidad, la cual permitiría a los árbitros y demás operadores jurídicos formular un criterio vinculante al momento de determinar los supuestos de procedencia del arbitraje y su naturaleza potestativa. Desde una perspectiva procedimental, tales supuestos incluirían la *etapa pre-negocial* de fijación del nivel y la negociación directa.

Sin embargo, en lo que concierne a la determinación del nivel de negociación, la norma contiene problemas de fondo y forma que complican seriamente su aplicación, toda vez que hasta el día de hoy se puede considerar como vigente al íntegro del artículo 45 de la LRCT. En dicha medida, la coexistencia de dos disposiciones aplicables al mismo supuesto de hecho (una que, a falta de acuerdo entre las partes, asigna la determinación del nivel de la negociación a un tribunal arbitral, y otra que designa automáticamente el nivel de empresa) resulta confusa y genera una atmósfera de incertidumbre tanto para los interlocutores sociales como para los terceros intervinientes en la negociación, por lo que merecerá una revisión más detallada en una etapa posterior del presente trabajo.

Lo que no se puede dejar de mencionar aquí es que, para la formulación inicial de la LRCT, la determinación del nivel de negociación nunca debió de ser un percance

²¹¹ GALICIA VIDAL, Saulo y Juan Carlos GIRAOLA ROSA. “Entrevista a Javier Neves Mujica: Arbitraje potestativo”. *Ius et veritas*. Lima, 2012, No. 45; p. 435.

²¹² A lo que se le añadiría, vía D.S. 013-2014-TR, un plazo de tres meses de negociación.

²¹³ La cual, a pesar de mostrarse abiertamente crítica de lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 45 de la LRCT, determinó en su Fundamento 28: “Dicha frase resulta inconstitucional no sólo porque contraviene la libertad para decidir el nivel de la negociación, sino también porque lesiona el derecho a la negociación colectiva [...] Por dicha razón, y en virtud del poder deber del control difuso [...], este Tribunal *declara inaplicable dicha frase al caso concreto*” (énfasis agregado).

obstructivo para el progreso del procedimiento negocial; no solo por la ya mencionada opción asumida en el artículo 45, sino porque, como bien anotan Dolorier y Villaseca, “según lo dispuesto por el artículo 51 de la LRCT, la negociación colectiva se inicia con la presentación del pliego que contiene el proyecto de convención colectiva. De acuerdo con ello, la etapa en que las partes deciden el nivel de negociación se *encontraría excluida de la negociación colectiva propiamente dicha*”²¹⁴ (énfasis agregado); es decir, esta fase pre-negocial no dispondría de los mismos mecanismos de tutela y autotutela que sí existen en instancias posteriores.

Por su parte, es en lo relativo a la negociación directa donde la naturaleza potestativa del arbitraje regulado en la LRCT adquiere un sentido jurídico pleno: en primer lugar, el artículo 61 estipula la posibilidad de someter el diferendo a esta instancia, y el artículo 62 presenta la alternativa de recurrir a la huelga como mecanismo de presión, en cuyo escenario eventualmente se podrá diferir el conflicto a un arbitraje solo con la expresa aceptación del empleador (artículo 63). De ello, se sustraen dos conclusiones: i) que sería redundante requerir el consentimiento patronal en el artículo 63 en caso el arbitraje previsto en el artículo 61 fuera voluntario; y, ii) que según el modelo normativo adoptado, “huelga y arbitraje no pueden darse simultáneamente, por considerar que resultaría una presión innecesaria al árbitro o al Tribunal”²¹⁵.

Bajo la línea de razonamiento seguida por el TC, de no contar la norma con un modelo de arbitraje potestativo, la organización de trabajadores no dispondría de alternativas para concretar un acuerdo ante la infructuosidad de las etapas anteriores y la falta de asentimiento de la parte patronal para diferir el conflicto, por lo que, tácitamente, se estaría promoviendo una huelga. Esto, desde un punto de vista constitucional, no es admisible en un Estado que, si bien reconoce esta medida de autotutela como un derecho fundamental, no la fomenta, sino que la identifica como el punto más álgido y no deseado del conflicto²¹⁶, promoviendo, antes bien, las formas de solución pacífica del mismo, por lo que existe una coherencia sistemática detrás de lo planteado.

En este sentido, si bien toda huelga debe ser pacífica por definición, también es cierto que, siendo una “medida pública, que exterioriza el conflicto y que lo traslada a

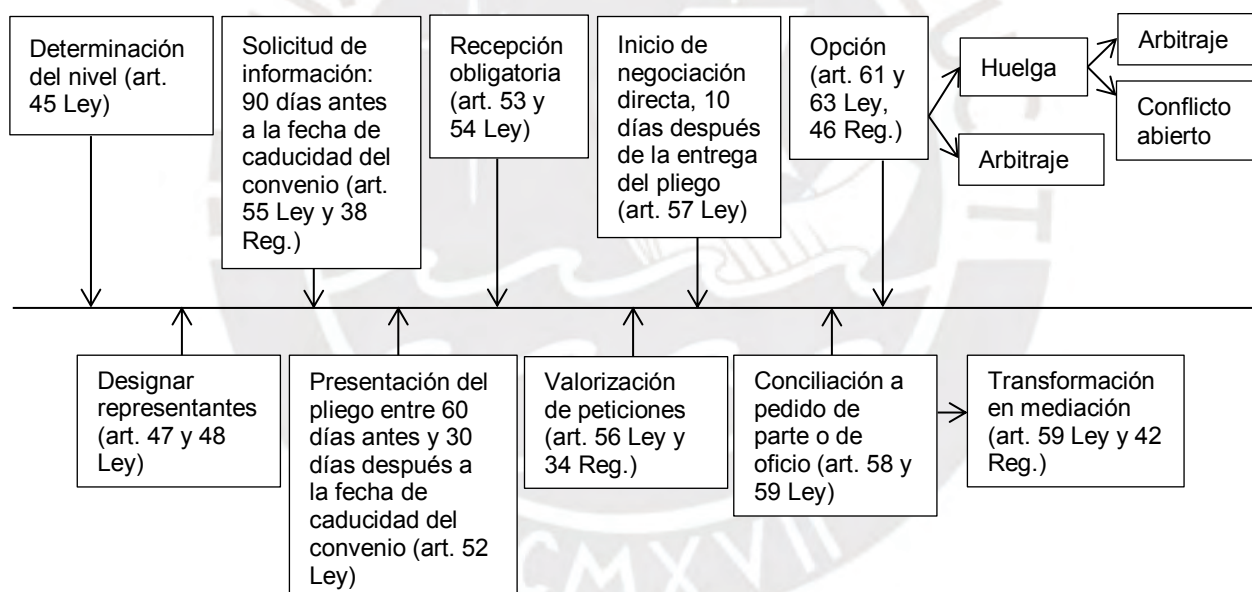
²¹⁴ DOLORIER TORRES, Javier Ricardo y Flor de María VILLASECA HERNÁNDEZ. “El arbitraje (¿obligatorio?) como mecanismo para definir el nivel de negociación colectiva a falta de acuerdo entre las partes”. *Actualidad Laboral*. Lima, 2009, No. 192, noviembre; pp. 240.

²¹⁵ BOZA PRO, Guillermo y otros. *Óp. cit.*; p. 136.

²¹⁶ Fundamento 7 de la Resolución Aclaratoria recaída en el Exp. 03561-2009-PA/TC de fecha 10 de junio del 2010.

ámbitos distintos del centro de trabajo²¹⁷, acentúa dicho conflicto a un nivel que no puede ser deseado ni por la parte patronal, ni la trabajadora, ni por el propio Estado. Tal mecanismo de presión, entonces, siempre puede permanecer como una opción a ser ejercida por los trabajadores, pero no como un instrumento promovido desde la normativa²¹⁸. Una interpretación distinta correría el riesgo de colocar en una situación “sumamente complicada para la parte laboral, en cuanto, tendrían que someterse a lo que proponga el empleador, o en todo caso, no habría término de la negociación, configurándose un conflicto abierto”²¹⁹.

Habiéndose analizado los vaivenes jurídicos que ha presentado la materia, y con la presencia de derechos e instituciones debida o indebidamente garantizadas en el sistema legal, compartimos la síntesis realizada por Neves²²⁰ conforme al actual estado de cosas, en relación a las distintas etapas que componen o pueden componer el procedimiento negociado regulado por la LRCT:



2.3. La ausencia de garantías sobre el ejercicio de la autotutela colectiva

La huelga es definida por Ojeda como “el incumplimiento colectivo y concertado de la prestación laboral debida, adoptada como medida de conflicto”²²¹. Los problemas

²¹⁷ UGAZ OLIVARES, Mauro. “La huelga en el ordenamiento laboral peruano”. En: Autores varios. *Homenaje Aniversario de la SPDTSS*. Lima: El Búho, 2013; p. 407.

²¹⁸ Fundamento 8 de la Resolución Aclaratoria recaída en el Exp. 03561-2009-PA/TC.

²¹⁹ BOZA PRO, Guillermo y otros. *Loc. cit.*

²²⁰ NEVES MUJICA, Javier. *Derecho colectivo...*; pp. 46-47.

²²¹ OJEDA AVILÉS, Antonio. *Derecho Sindical*; p. 478.

conceptuales de esta institución tienen diversos puntos de controversia; entre ellos, por ejemplo, se encuentra la discusión en torno a su naturaleza. Se ha mencionado que la huelga constituye una acentuación agravada del conflicto, pero ello no le resta razón a Ermida cuando sostiene que “la huelga es, a un mismo tiempo, el conflicto de trabajo y una de las formas de solucionarlo”²²². Es una de las garantías otorgadas por la autonomía colectiva para que la parte laboral pueda ejercer presión sobre el empleador al efecto de que este pueda satisfacer sus pretensiones.

Empero, la polémica más importante desde el punto de vista regulatorio alude a la definición legal de la huelga. La doctrina tradicionalmente ha acogido dos modelos para su definición: el estático, que “define a la huelga como la cesación continua y total de servicios, donde los trabajadores abandonan el centro de trabajo en procura de la defensa de objetivos profesionales”; y el dinámico, el cual “conceptúa la huelga como toda alteración en forma habitual de prestar el servicio y que busca satisfacer cualquier interés relevante de los trabajadores”²²³. En el caso de nuestra norma, es innegable su inclinación hacia el modelo estático, toda vez que el artículo 72 de la LRCT prescribe a la huelga como la suspensión de labores “con abandono del centro de trabajo”.

Ello debe ser complementado con el artículo 81, el cual no considera amparables las modalidades que denomina como “irregulares”: se menciona dentro de esta categoría a la “paralización de zonas o secciones neurálgicas de la empresa” (la cual es aquella que “afecta un sector sensible o estratégico de la empresa y que genera como consecuencia directa la paralización total de la empresa”²²⁴), “trabajo a desgano, a ritmo lento o a reglamento” (“modalidad que provoca una alteración en la forma normal del trabajo sin omitir la prestación”²²⁵), o, en una cláusula abierta y genérica, “cualquier paralización en la que los trabajadores permanezcan en el centro de trabajo y la obstrucción del ingreso al centro de trabajo”.

Al respecto, los órganos de control de la OIT se han pronunciado, aunque tímidamente²²⁶, en el sentido de que “cabe considerar como huelga toda suspensión

²²² ERMIDA URIARTE, Oscar. *La flexibilización de la huelga*. Montevideo: Fondo de Cultura Universitaria, 1983; p. 13.

²²³ UGAZ OLIVARES, Mauro. *Óp. cit.*; p. 413.

²²⁴ FERNÁNDEZ BRIGNONI, Hugo. “La huelga: ¿un derecho fundamental en crisis?” *Laborem*. Lima, 2013, No. 12; p. 93.

²²⁵ *Idem*.

²²⁶ Para SERVAIS, Jean-Michel. “The ILO law and the freedom to strike”. *Canadian Labour and Employment Law Journal*. Toronto, 2010, No. 15; pp. 147 y siguientes, el miedo a amenazar la libertad de las relaciones entre organizaciones de trabajadores y empleadores, así como la restricción de sus posibilidades de recurrir a la acción directa, podrían ser las razones

del trabajo, por breve que sea ésta”, y de que “las restricciones en relación a los tipos de huelgas sólo se justificarían si la huelga perdiese su carácter pacífico”²²⁷. Además, se debe entender que la funcionalidad de estas medidas (conocidas por la doctrina como *modalidades atípicas* de huelga) responde a la idea de “mejorar la ecuación entre el objetivo de presionar y el costo económico que asume el trabajador por el tiempo que dura la medida”²²⁸.

Lamentablemente, nuestro ordenamiento laboral no solo prohíbe cualquiera de estas modalidades alternativas, al considerar que una huelga que se dé bajo estas condiciones será declarada ilegal (artículo 84), sino que prescribe que su práctica configuraría una “causal válida para la suspensión de la negociación en cualquiera de sus etapas” (artículo 69); peor aún, si la presión ejercida recurriendo a estas modalidades conlleva finalmente a la suscripción de un acuerdo o laudo arbitral, este incurrirá en una nulidad insalvable. Este precepto ha sido calificado de “excesivo” por la doctrina, toda vez que “en ningún caso, el ejercicio legítimo del derecho de huelga u otras medidas de autotutela [...] pueden entenderse como hechos que entorpecen la negociación, o que pueden viciar el acuerdo de las partes o el laudo arbitral”²²⁹.

En relación a la titularidad de este derecho, la norma se prestó originalmente a algunas confusiones –originadas en el propio texto constitucional– que a la fecha han sido solo parcialmente aclaradas. Recordando que la Constitución de 1993 solo establece un derecho genérico a la huelga, sin aclarar quiénes lo ostentan, el Decreto Ley en su versión original optó por la titularidad individual, pues de lo sustraído de los artículos 72²³⁰ y 73²³¹ se entendía “que la huelga se trataba de un derecho de titularidad individual pero de ejercicio colectivo”²³².

Sobre el particular, Sala Franco considera que el derecho de huelga puede disgregarse en dos derechos totalmente distintos: “[u]n derecho a adherirse (¿o no?) a

principales por las que la OIT ha implementado tan pocos estándares internacionales para la solución de conflictos colectivos.

²²⁷ Citada por GERNIGON, Bernard, Horacio GUIDO y Alberto ODERO. *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*. Ginebra: OIT, 2000; p. 12.

²²⁸ FERNÁNDEZ BRIGNONI, Hugo. *Óp. cit.*; p. 94.

²²⁹ BOZA PRO, Guillermo y otros. *Óp. cit.*; p. 153.

²³⁰ Artículo 72 (D.L. 25593).- “Huelga es la suspensión colectiva del trabajo acordada mayoritariamente y realizada en forma voluntaria y pacífica *por los trabajadores*, con abandono del centro de trabajo [...]” (énfasis agregado).

²³¹ Artículo 73 (D.L. 25593).- “Para la declaración de huelga se requiere: [...]”

b) Que la decisión se adoptada *por más de la mitad de los trabajadores a los que comprende*, reunidos en asamblea y mediante votación universal, individual, directa y secreta [...]” (énfasis agregado).

²³² UGAZ OLIVARES, Mauro. *Óp. cit.*; p. 417.

una huelga y otro derecho a convocarla y administrarla [...] El primero será siempre de titularidad individual; el segundo podrá, al contrario, ser de titularidad individual o colectiva, según se atribuya a los trabajadores singularmente considerados o a los sujetos colectivos, sus representantes”²³³. Es bajo este criterio que la posterior modificatoria establecería como requisito en el artículo 73.b) “[q]ue la decisión sea adoptada en la forma que expresamente *determinen sus estatutos* o que en todo caso representen la voluntad mayoritaria de los trabajadores comprendidos en su ámbito [...]” (énfasis agregado).

Para Ugaz, este cambio, mediante el cual se introduciría al sindicato en la convocatoria de la huelga, “planteó la posibilidad de encontrarnos ante un sistema de doble titularidad: no solo los trabajadores tendrían derecho a convocar la medida mediante una voluntad mayoritaria en el ámbito sino que, además se admitía que la huelga sea emplazada por un ente gremial”²³⁴. Este sistema doble sería ratificado por el reglamento, cuya estipulación vigente establece que “[l]a organización sindical podrá declarar la huelga en la forma que expresamente determinen sus estatutos, siempre que dicha decisión sea adoptada, al menos, por la mayoría de sus afiliados votantes asistentes a la asamblea” (artículo 62).

Retomando la referencia al artículo 73, no ha sido ajeno a la controversia su inciso a), en virtud del cual se requería inicialmente para la admisibilidad y eficacia de la huelga que esta verse sobre “la defensa de los derechos e intereses profesionales de los trabajadores en ella comprendidos”. Dada la perspectiva reduccionista de dicha disposición, cabría preguntarse cuál es el modelo al que se adhería la norma respecto de la validez normativa de la huelga; esto es, existiendo alternativas como el modelo contractual (“donde el derecho de huelga se reduce a las relaciones de negociación colectiva”²³⁵) y el modelo profesional (“en el que se considera que la huelga es un medio de autotutela colectiva en todos los aspectos de la relación laboral”²³⁶), resultaba importante determinar sus alcances dentro de una regulación tan cerrada.

Del análisis sistemático de la norma, el hasta hoy subsistente artículo 75 prevé que, para ejercer el derecho de huelga, se debe agotar previamente la negociación directa entre las partes. Ello podría llevarnos a la conclusión de que la norma se aferraba a un modelo contractual, puesto que se ceñiría como una alternativa para la parte

²³³ SALA FRANCO, Tomás. *Derecho Sindical*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003; p. 389.

²³⁴ UGAZ OLIVARES, Mauro. *Loc. cit.*

²³⁵ FERNÁNDEZ BRIGNONI, Hugo. *Óp. cit.*; p. 100.

²³⁶ *Ídem*.

trabajadora dentro del procedimiento negocial, en aras de defender intereses de carácter eminentemente *profesional*. Este escenario sería cuestionado por el CLS, para cuyo criterio estos fines “resultaban limitativos del derecho”²³⁷, en la medida de que excluían el planteamiento de soluciones relacionadas a cuestiones de política económica y social, así como a los problemas que se pueden originar en la empresa.

Ante esta situación, el legislador modificó el contenido del artículo 73.a) al efecto de estipular como objeto de tutela por parte de la huelga a “los derechos e intereses socioeconómicos o profesionales de los trabajadores”. Con esta alternativa, “las huelgas con móviles puramente socioeconómicos o profesionales, o que combinaran estos con los políticos o solidarios serían factibles de desarrollar”²³⁸; permitiendo de esta manera un acercamiento de la norma a un tercer modelo: el universal, “en el que se concibe a la huelga como un mecanismo de autotutela de los trabajadores en todos los ámbitos de la vida social”²³⁹, aunque con un alcance limitado, toda vez que no cabría el ejercicio de una huelga que versara únicamente sobre asuntos políticos o sobre tópicos que no estén vinculados a la relación laboral.

Cuando se discuten las modalidades de huelga o las funciones que el ordenamiento le asigna, se hace mención implícita del concepto que la doctrina ha denominado sus *límites internos*, los cuales “estarían delineados por la valoración político-social que se hace en un momento determinado del fenómeno (modelo), y por la modalidad en que se ejerce la huelga [...] todo lo que no encaje dentro del concepto construido se tornará ilícito o, cuanto menos, despojado de la protección del orden jurídico”²⁴⁰. Por otro lado, en el ámbito de los *límites externos*, se “estarían indicando la protección de otros derechos y bienes jurídicos de igual o superior jerarquía que la huelga, que eventualmente se pueden ver lesionados por ésta”²⁴¹.

Los límites externos propiamente dichos se encuentran en las prestaciones que han venido a ser denominadas como *servicios esenciales*, aquellos que constituyen “prestaciones vitales de las que no se puede privar a la sociedad”²⁴². Este tipo de

²³⁷ NEVES MUJICA, Javier. *Óp. cit.*; p. 57.

²³⁸ UGAZ OLIVARES, Mauro. *Óp. cit.*; p. 420.

²³⁹ FERNÁNDEZ BRIGNONI, Hugo. *Loc. cit.*

²⁴⁰ MANTERO ÁLVAREZ, Ricardo. *Límites al derecho de huelga*. Montevideo: Amalio Fernández, 1992; p. 54.

²⁴¹ *Idem*.

²⁴² VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “Huelga y servicios esenciales: Alcances, estándares internacionales y nueva afectación (educación básica regular)”. En: Autores varios. *Trabajo y Seguridad Social. Estudios Jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez*. Lima: Grijley, 2008; p. 447.

limitaciones legales han sido acogidas unánimemente tanto por la doctrina como por los estándares internacionales: el CLS “ha optado por el reconocimiento del ejercicio de la huelga con carácter general, admitiendo solamente como posibles excepciones las que pudieran imponerse a cierto tipo de funcionarios públicos y a los *trabajadores de los servicios esenciales* en el sentido estricto del término”²⁴³ (énfasis agregado).

El inconveniente, entonces, no se encuentra en el hecho de que nuestra norma imponga este límite *per se*, sino en la confusión que parece tener el legislador peruano sobre lo que se debe entender por servicios esenciales (o, bajo su terminología, “servicios públicos esenciales”) y la amplitud con la que estos son regulados en el ordenamiento. Reiterando la referencia a los órganos internacionales, las pautas interpretativas para entender la naturaleza de un servicio esencial deben tener un carácter más bien restrictivo, pues se les ha definido como “los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población”²⁴⁴.

Este criterio, sin embargo, no ha sido el adoptado por la LRCT, pues la norma tiene una regulación extensa y abierta (al menos en su planteamiento inicial²⁴⁵), atendiendo a actividades económicas que serían más asimilables a la etiqueta de “estratégicas”²⁴⁶ que a la de *esenciales*. Además, la normativa previa era confusa respecto del alcance de la restricción a la huelga otorgada a los trabajadores que prestaran estos servicios, toda vez que el artículo 67, hoy derogado, los conducía necesariamente al arbitraje obligatorio en caso de no haber acuerdo en el trato directo o la conciliación, por lo que se encontraban desprovistos íntegramente del derecho; el artículo 82, por su parte, no lo restringía en su totalidad, sino que requería la presencia de un personal mínimo²⁴⁷ exigible para el cumplimiento de actividades indispensables.

²⁴³ GERNIGON, Bernard, Horacio GUIDO y Alberto ODERO. *Óp. cit.*; p. 17.

²⁴⁴ *Ibidem.*; p. 20.

²⁴⁵ En el artículo 83 del Decreto Ley 25593 se incluía un inciso que establecía como servicios esenciales a “[a]quellos cuya interrupción cree riesgo grave e inminente para personas o bienes”, dando lugar a una cláusula abierta. Posteriormente, sería modificado para referirse a “[o]tros [servicios] que sean determinados por ley”.

²⁴⁶ CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos. “La huelga en los servicios esenciales y el Decreto Ley 25593”. *Themis*. Lima, 1993, No. 26; p. 120.

²⁴⁷ Lo que internacionalmente ha sido identificado como “servicios mínimos”, aquellos cuya imposición es aceptable “en las situaciones en que no parece justificada una limitación importante o la prohibición total de la huelga y en que, sin poner en tela de juicio el derecho de huelga de la gran mayoría de trabajadores, podría tratarse de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios o el funcionamiento continuo y en condiciones de seguridad de las instalaciones” (GERNIGON, Bernard, Horacio GUIDO y Alberto ODERO. *Óp. cit.*; p. 23).

Si bien se han corregido algunas de las irregularidades listadas, “[q]ueda pendiente excluir algunas actividades de la relación legal de servicios esenciales, cuya inclusión no tiene justificación alguna [...] al no tener una definición legal de servicios esenciales que permita encuadrar la limitación dentro de conflictos de gran dimensión que interrumpan la prestación de servicios básicos para la sociedad”²⁴⁸. Ello no hace sino corroborar la tutela selectiva de derechos que realiza el legislador en materia colectiva, relegando a sectores importantes de la clase trabajadora del ejercicio pleno de este derecho fundamental sin otro criterio de ponderación que su lógica economicista.

Sobre el trámite y el ejercicio de la huelga, sumado al procedimiento de designación previa de servicios mínimos y de mantenimiento, la norma dispone que, una vez adoptada la decisión conforme a las formalidades previstas, se deba otorgar un pre-aviso al empleador y a la Autoridad de Trabajo. Esta última exigencia ha sido objetada en diversos espacios, “debido a la parcialidad que tal organismo pudiera tener en estas situaciones. Asimismo, también se ha observado que la huelga tenga una intervención *ex ante* de su ejecución”²⁴⁹.

A estos requerimientos se les debe sumar los plazos previstos para apelar ante el supuesto de una resolución que declara su improcedencia, lo cual es una práctica común dentro del quehacer administrativo²⁵⁰ en nuestro país. El artículo 74 de la LRCT establece que la Autoridad de Trabajo tiene el plazo de 3 días útiles para pronunciarse sobre la posible improcedencia de la huelga, resolución que será apelable dentro del tercer día de su notificación. La resolución que se emita ante tal apelación se hará dentro de los dos días siguientes; persistir en la práctica de la huelga supondría que se declare su ilegalidad (artículo 84.a) dentro de los dos días de producidos los hechos, mediante resolución cuya apelación también dispondría de dos días para ser resuelta.

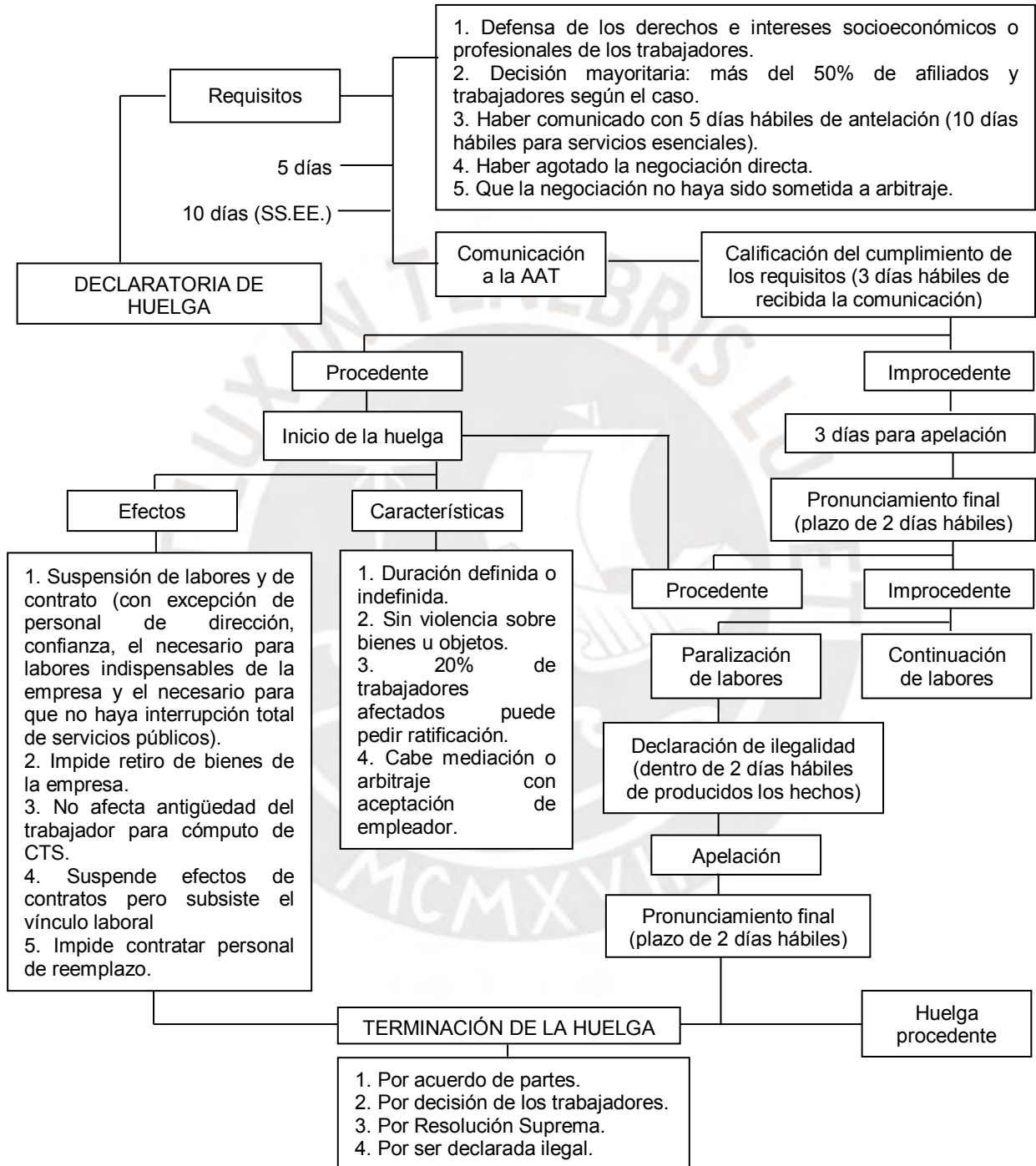
El establecimiento de estos plazos significa que, entre la recepción de la declaración de huelga y la resolución de segunda instancia sobre su ilegalidad, existiría un margen mínimo para que este mecanismo de presión pueda ser ejercido sin que las resoluciones estatales acarreen consecuencias perjudiciales para la parte laboral. Tales consecuencias incluyen el que, “además de perderse las remuneraciones y no

²⁴⁸ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *Óp. cit.*; pp. 463-464.

²⁴⁹ UGAZ OLIVARES, Mauro. *Óp. cit.*; p. 423.

²⁵⁰ Según VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “Las huelgas en el Perú actual: radiografía del atormentado ejercicio de un derecho constitucional”. *Laborem*. Lima, 2008, No. 8; p. 124; se puede realizar una “constatación histórica de que prácticamente todas las huelgas son declaradas improcedentes e ilegales en nuestro país (salvo cuando Carlos Blancas y Javier Neves fueron Ministros), a pesar de que un gran número cumple con los requisitos exigidos”.

ganarse la citada acumulación de antigüedad, se incurre en la posibilidad de un despido por falta grave, consistente en ausencias injustificadas²⁵¹; así, la estrechez del procedimiento es un claro desincentivo para su ejercicio. Por lo demás, el trámite puede esquematizarse de la siguiente manera²⁵²:



²⁵¹ NEVES MUJICA, Javier. *Óp. cit.*; p. 63.

²⁵² ESTUDIO CABALLERO BUSTAMANTE. *Manual de relaciones colectivas de trabajo para el sector privado*. Lima: Asesoría Laboral, 2007; p. 58.

3. El modelo regulatorio sobre la estructura de la negociación

Pese a la brevedad y lo escueto de la regulación que la LRCT presenta sobre la estructura negocial, bastándole básicamente un artículo para diseñar el íntegro de una institución que de por sí es bastante compleja, existe abundante desarrollo doctrinal que puede arrojar luces sobre las mejoras pendientes y alternativas que se pueden presentar para regular una figura a la que el legislador no le ha otorgado el trato que le corresponde. Para explorar este fenómeno, es importante detenerse en las implicancias de la adopción de modelos centralizados o descentralizados para la negociación colectiva, en la medida de que cada uno de ellos tiene ventajas y desventajas que, sin duda, los operadores políticos en América Latina han tomado en cuenta para diseñar las legislaciones que se amparan en una u otra opción.

Nuestra jurisprudencia constitucional aquí ha cumplido un rol de alta importancia, toda vez que, como es común en diversas instituciones laborales del país, ha construido reformulaciones parciales que ratifican el rol tuitivo del Estado, más allá de que la validez jurídica y la idoneidad práctica de tales alteraciones puedan ser cuestionadas. Estos cambios no pueden ser pasados por alto, puesto que atañen a aspectos medulares de este trabajo y rescatan unos de los pocos rezagos de una verdadera cultura promocional de las relaciones colectivas, la cual hace mucha falta en un Estado desafiado permanentemente por las desigualdades y colmado de una incapacidad patente para encauzar debidamente los conflictos sociales.

Sostener la importancia de la estructura negocial como institución supone abordar el génesis mismo de la colectivización del trabajo: “la búsqueda de unidad en lo colectivo implicó determinar con quiénes unirse, a qué efectos y cuáles serían las cuestiones comunes que amalgamasen la colectividad”²⁵³. Además, se trata –nuevamente– de un campo en el que las disposiciones heterónomas del modelo intervencionista han menoscabado la autonomía colectiva en su faceta ordenadora, la cual consiste en la labor consensuada de diseñar las “normas estructurales que definen las sedes de negociación, los procedimientos, las funciones y relaciones entre los diferentes convenios colectivos, etc”²⁵⁴.

²⁵³ MUGNOLO, Juan Pablo. *Estructura de la negociación colectiva, intervención estatal y su influencia en la configuración*. Tesis de doctorado en Derecho. Granada: Universidad de Granada, Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 2013; p. 11.

²⁵⁴ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “La estructura de la negociación colectiva: Bases conceptuales y análisis del caso peruano”. *Asesoría Laboral*. Lima, 1996, No. 64, abril; p. 17.

La mejor manera de analizar el escenario regulatorio de la estructura negocial será deconstruyendo cada uno de sus componentes en nuestro modelo legal. En primer lugar, se desarrollará la elección del nivel negocial ante el supuesto de primera negociación, para luego mencionar el escenario de cambio de nivel ante la existencia de convenios anteriormente suscritos. Posteriormente, se evaluarán los mecanismos de articulación de los que disponen los agentes negociales ante la eventual concurrencia de convenios de distintos niveles, en un terreno que, valgan verdades, no ha sido sometido a mayor discusión en la doctrina nacional debido a su falta de concreción en la realidad.

Asimismo, como ya ha sido adelantado, se abordará la manera en que la jurisprudencia del TC ha modificado sustancialmente el contenido del derecho a la negociación colectiva en materia de determinación de su estructura. Se analizará el razonamiento jurídico detrás de estas variaciones y los elementos del mismo que han tenido o deberían tener un alcance general en el ordenamiento laboral, partiendo puntualmente de dos sentencias que han sido paradigmáticas en este ámbito: la que recae sobre el Exp. 0261-2003-AA/TC (Caso CAPECO) y la derivada del ya mencionado Exp. 03561-2009-PA/TC (Caso Portuarios), ambas emitidas bajo criterios e interpretaciones normativas distintas que merecen análisis por separado.

3.1. La imposición de un nivel de negociación como regla

La comprensión que tienen los sistemas legislativos sobre la determinación del nivel de negociación se puede clasificar en dos categorías: por un lado, el modelo autónomo “es aquél en que los propios actores sociales sin ninguna interferencia pública han diseñado, regulado y puesto en marcha una determinada estructura negocial; por tanto hablamos de una estructura autónoma sin digitación externa”; mientras tanto, el modelo heterónomo se configura en “sistemas en que existe una estructura fuertemente controlada por un sujeto externo (el Estado), que define las sedes en que puede desarrollarse la negociación, las relaciones posibles entre ellas y los criterios en que se resolverán los conflictos entre convenios colectivos”²⁵⁵

En el ámbito latinoamericano, con la notable excepción del caso uruguayo²⁵⁶, la mayoría de legislaciones nacionales han adoptado un modelo heterónomo para

²⁵⁵ *Ibidem.*; p. 21.

²⁵⁶ CASTELLS ARROSA, María. “Autonomía colectiva e intervención estatal en los niveles de negociación”. *Laborem*. Lima, 1995, No. 2; p. 95: “[La libertad sindical] tiende a ser interpretada como un ámbito de libertad reconocido a los interlocutores sociales, que permite que el sistema

estructurar el sistema de relaciones colectivas, y más allá de las particularidades históricas o económicas que conlleven a los gobiernos a establecer estos sistemas, es evidente que detrás de ello siempre han de existir voluntades políticas rectoras. En función de este último criterio, se podría subdividir a los sistemas heterónomos, a grandes rasgos, en dos modelos, según las premisas que rigen la regulación de la negociación colectiva y el nivel de cobertura con el que se busca cubrir a la población laboral a través de la misma: el modelo corporativista y el modelo neoliberal.

El primero de estos modelos es uno de signo populista que, basado en “un ejercicio de colaboración de clase sometido al control del Estado [...] produce una suerte de incorporación política y económica de los sectores populares para romper la dominación oligárquica, pero también para ejercer un control que prevenga la emergencia de bases, liderazgos y metas autónomas”²⁵⁷ El dirigismo estatal es un rasgo común con el modelo neoliberal, pero difiere en cuanto a los propósitos que se persiguen detrás de esta intervención: “puede tratarse de la obtención del apoyo del movimiento obrero para realzar la habilidad del Estado de perseguir ciertos objetivos amplios que mejoran su situación relativa o puede procurarse en realidad el control de los sindicatos para reducir su habilidad para oponerse al Estado”²⁵⁸.

Por su parte, el modelo neoliberal parte de la premisa de que “la negociación colectiva no [puede] ser un mecanismo de redistribución de la riqueza de un país, situación que sólo produce efectos perversos sobre el funcionamiento de la economía, al establecerse remuneraciones que sobrepasan los niveles de productividad”²⁵⁹. Ello implica que, a pesar de que las constituciones nacionales favorezcan enfáticamente el derecho a la negociación colectiva²⁶⁰, las legislaciones lo regulan bajo criterios excesivamente restrictivos y reglamentaristas: reducen la negociación a su mínima expresión y, en la mayoría de casos, limitan las posibilidades de negociación de las partes al nivel de empresa, con todas las consecuencias que ello puede acarrear.

de relaciones colectivas de trabajo en el Uruguay se desenvuelva en base a la acción autónoma de sindicatos y organizaciones de empresarios que eligen libremente la forma de organización y actuación que más les conviene”.

²⁵⁷ GOLDIN, Adrián. “Corporativismo, neocorporativismo y libertad sindical”. *Derecho Laboral*. Montevideo, 2012, No. 247; p. 459.

²⁵⁸ *Ibidem.*; p. 458.

²⁵⁹ GAMONAL CONTRERAS, Sergio. “La negociación colectiva y su desaparición en Chile: Entre neoliberalismo y neofeudalismo”. En: GORELLI HERNÁNDEZ, Juan (coordinador). *El derecho a la negociación colectiva: “Liber Amicorum” Profesor Antonio Ojeda Avilés*. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2014; p. 148.

²⁶⁰ BRONSTEIN, Arturo. “La negociación colectiva: un análisis comparativo”. *La negociación colectiva: un principio fundamental, un derecho, un convenio*. Ginebra: OIT, 1999; p. 27.

En términos de estructura negocial, el modelo corporativista suele optar por sistemas centralizados de negociación, en los que “el poder negociador se encuentra concentrado en las unidades de negociación de los ámbitos territorial y funcional más amplios: ya sea a nivel sectorial o interprofesional”²⁶¹. En el ámbito comparado, Goldin indica que esta política de “corporativismo de Estado de corte «inclusionary» está asociado a los regímenes populistas mexicano, brasileño y argentino”²⁶².

En el caso brasileño, la estructura sindical “se organiza en torno a tres ejes principales: los sindicatos oficiales (la investidura sindical), la unicidad y la contribución sindical obligatoria”²⁶³. La idea rectora de un sindicato auspiciado por el poder estatal en cada categoría económica, conjugada con un modelo de unicidad sindical, dan como resultado una dinámica en la cual “cada sindicato detenta un monopolio de representación de un grupo económico o social”²⁶⁴; siendo el Estado el que “otorga al sindicato la representatividad de determinado seguimiento de los trabajadores en el sindicalismo brasileño, atribuyendo a este mismo sindicato –único– el poder de negociación colectiva para afiliados y no afiliados mediante su reconocimiento como sindicato oficial de determinado sector profesional-económico”²⁶⁵.

Una de las aspiraciones típicas de la centralización de la negociación colectiva que se busca cumplir en este país es la de “empareja[r] las reglas, disminuyendo –o en muchos casos anulando– la competencia entre las distintas unidades de producción, lo que evita el dumping entre empresas”, así como la de crear “niveles mínimos equitativos entre trabajadores que realizan tareas iguales, unificando valores económicos”²⁶⁶. Ello se expresa, por ejemplo, en las cláusulas donde se pactan las condiciones salariales de cada categoría, cuyas modalidades oscilan entre los tradicionales pisos salariales y otras estructuras de diseño más complejo como los salarios normativos, sin mencionar a las bonificaciones adicionales por tiempo de servicios, actividades peligrosas, trabajo en locaciones insalubres, entre otros²⁶⁷.

²⁶¹ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *Óp. cit.*; p. 22.

²⁶² GOLDIN, Adrián. *Loc. cit.*

²⁶³ GARCÍA SCHWARZ, Rodrigo. “El sistema sindical y la representación de los trabajadores en el lugar de trabajo en Brasil”. Documento del foro *Representación en el lugar de trabajo*. Madrid: RELATS, 2017; p. 8.

²⁶⁴ Traducción libre de CRIVELLI, Ericson. “La negociación colectiva em Brasil”. En: CSA-CSI. *Estrategias sindicales por una mayor y mejor negociación colectiva en América Latina y Caribe*. San José: OIT, 2013; p. 242.

²⁶⁵ GARCÍA SCHWARZ, Rodrigo. *Óp. cit.*; p. 9.

²⁶⁶ CASTELLS ARROSA, María. *Óp. cit.*; p. 94.

²⁶⁷ CRIVELLI, Ericson. *Óp. cit.*; p. 249.

Por otro lado, en el caso argentino el Estado también asume la tarea de diseñar una estructura predeterminada, solo que aquí lo hace de forma indirecta: a pesar de que no se presenten mayores trabas para la inscripción de un sindicato, sólo al más representativo de una determinada actividad económica se le concede el estatus denominado como *personería gremial*, y únicamente las organizaciones que la detentan se encuentran legitimadas para negociar colectivamente. De esta manera, “la existencia de un férreo control sobre la estructura sindical con el mecanismo de personería gremial genera una tendencia a la superposición entre el mapa sindical y el comercial cuyo diseño determina una gran centralización de la estructura”²⁶⁸.

Más allá de la uniformización salarial que tiende a generar la negociación centralizada, otra de las ventajas que se le suele atribuir es que favorece “la unidad sindical fortaleciendo al actor sindical frente al empresario y permitiendo un tratamiento más solidario, contemplativo del todo laboral, de las condiciones salariales y de trabajo”²⁶⁹. En la práctica comercial argentina, una de las principales expresiones de este aspecto de la centralización versó, durante décadas, sobre las cláusulas de organización del trabajo, donde “[l]a definición de las categorías profesionales en los convenios colectivos, y la asignación de tareas específicas a cada una de ellas, [...] operaba como garantía para los trabajadores, quienes de esta manera podían imponer límites al ejercicio de los poderes patronales en cuanto a la organización del trabajo”²⁷⁰.

Desde el modelo neoliberal, por otra parte, los Estados buscan restringir la acción sindical “hasta el límite de lo políticamente posible”²⁷¹. Siendo que esta última limitación puede basarse en el diseño constitucional o en los convenios internacionales suscritos por cada país, como también en sus modelos históricos, ha sido en los países con tradiciones más reglamentaristas y descentralizadas que el modelo neoliberal ha tenido mayores facilidades para debilitar la autonomía colectiva; entendiéndose, por lo demás, que la descentralización opera cuando “al menos una cuota significativa de las iniciativas negociales se realizan desde puntos intermedios o desde la base del sistema, o, también, desde una multiplicidad de sedes”²⁷².

²⁶⁸ MUGNOLO, Juan Pablo. *Óp. cit.*; p. 274.

²⁶⁹ *Ibidem.*; p. 25.

²⁷⁰ CAMPOS, Luis y Guillermo GIANIBELLI. “La negociación colectiva en Argentina”. En: CSA-CSI. *Estrategias sindicales por una mayor y mejor negociación colectiva en América Latina y Caribe*. San José: OIT, 2013; p. 229.

²⁷¹ ERMIDA URIARTE, Oscar. “Políticas laborales después del neoliberalismo”. *Segundo Diploma Internacional en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*. Montevideo: OIT, 2009; p. 367.

²⁷² VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *Loc. cit.*

El sistema chileno de negociación colectiva es uno de los ejemplos más evidentes de la tendencia a delimitar los espacios de la actividad sindical hacia un mínimo: la legislación reduce la posibilidad legal de negociar en ámbitos supraempresariales (o *multiempresariales*, como lo denomina la norma) a una “mera expectativa”, al disponer que “la negociación colectiva que «afecte a más de una empresa requiere siempre acuerdo previo de las partes»”²⁷³, por lo que no existe obligación de negociar en niveles superiores al de empresa. A mayor abundamiento, se establecen disposiciones que permiten a los trabajadores no sindicalizados adherirse a los beneficios pactados en los convenios colectivos mediante el abono de un porcentaje de la cuota sindical²⁷⁴.

Ahora bien, en contraste con las rigideces en las que puede desembocar la aplicación de un convenio sectorial, la negociación descentralizada afecta “a condiciones de trabajo que, por razones de productividad y competitividad, demandan una regulación que permita su adaptación a las circunstancias concretas de cada empresa”²⁷⁵. Aquí se expresan dos dimensiones del modelo neoliberal: el peso otorgado a la adaptación de las normas a la productividad, y el cercenamiento de perspectivas igualitarias como las promovidas en negociaciones centralizadas; en Chile, la consecuencia de esto último es que “la desigualdad se ha convertido en un dato estructural de la economía chilena, y las cifras [...] dan cuenta de la falta de poder negociador colectivo de los trabajadores, lo que sugiere una incidencia negativa y directa en esta desigualdad”²⁷⁶.

No obstante lo reseñado hasta aquí, y más allá de la discusión político-económica que implica la adopción de uno u otro modelo, una aproximación jurídico-internacional ha de ser necesariamente crítica con toda legislación que estructure heterónomamente la negociación colectiva, en el entendido de que son los sujetos sociales quienes se encuentran “en inmejorable posición para decidir cuál es el nivel más adecuado”²⁷⁷ para llevar a cabo la negociación colectiva. Es por esta razón que el modelo más avanzado y celebrado de nuestra región es el uruguayo, caracterizado por ser predominantemente “abstencionista, autónomo, arreglado, informal, centralizado,

²⁷³ MORGADO VALENZUELA, Emilio. “Negación de la negociación colectiva. La legislación y la práctica en Chile”. En: GORELLI HERNÁNDEZ, Juan (coordinador). *El derecho a la negociación colectiva: “Liber Amicorum” Profesor Antonio Ojeda Avilés*. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2014; p. 328.

²⁷⁴ BARRETTO GHIONE, Hugo. “Modelos de negociación colectiva en América Latina y Caribe”. En: CSA-CSI. *Estrategias sindicales por una mayor y mejor negociación colectiva en América Latina y Caribe*. San José: OIT, 2013; p. 80.

²⁷⁵ MERINO SEGOVIA, Amparo. “Cambios en la estructura negocial: ¿Descentralización o desactivación de la negociación colectiva?”. *Lan Harremanak*. País Vasco, 2012, No. 27; p. 46.

²⁷⁶ GAMONAL CONTRERAS, Sergio. *Óp. cit.*; p. 149.

²⁷⁷ GERNIGON, Bernard, Horacio GUIDO y Alberto ODERO. “Principios de la OIT sobre la negociación colectiva”. *Revista Internacional del Trabajo*. Ginebra, volumen 119, No. 1; p. 46.

simple, estático y protector o industrial”²⁷⁸, en el que la centralización no es impuesta por el Estado, sino que se ciñe a la práctica histórica de los actores sociales.

Reconduciéndonos al sistema local de negociación, cabe afirmar que este, al igual que el chileno, es regulado bajo un paradigma neoliberal que restringe heterónomamente la negociación al nivel de empresa. Por lo demás, habiendo estudiado justificadamente la política económica que la precede en secciones anteriores del trabajo, conviene situarnos en el análisis jurídico de la norma: al respecto, se ha discutido mucho sobre la constitucionalidad del primer párrafo del artículo 45 de la LRCT. Por un lado, un sector abrumadoramente mayoritario de la doctrina sostiene la inconstitucionalidad de la designación supletoria del nivel de empresa, al entrar en expresa discrepancia con dos principios reconocidos tanto a nivel local como internacional: el de negociación libre y voluntaria y el deber de fomento estatal de la negociación colectiva.

En relación al primero de estos principios, se debe partir por precisar la postura de los órganos de control de la OIT, los cuales le dan contenido a la negociación libre y voluntaria afirmando que “la determinación del nivel de negociación colectiva debería depender esencialmente de la voluntad de las partes y, por consiguiente, dicho nivel no debería ser impuesto en virtud de una legislación”²⁷⁹. La doctrina, por su parte, tiende a adherirse a esta posición, que vincula fuertemente a la voluntariedad de la negociación con la fijación del nivel: es el caso de Valdés, quien considera que, “en un sistema de relaciones laborales que sitúe en el vértice de sus principios informadores la libertad sindical en todas sus vertientes y manifestaciones, la elección de la unidad de contratación corresponde adoptarla a las colectividades que negocian”²⁸⁰.

Por otro lado, se ha dejado muy en claro que la indiferencia no debe ser una opción a ser asumida por el aparato estatal: la propia Constitución establece el deber de fomento de la negociación, esto es, “un rol activo destinado a asegurar su plena efectividad”²⁸¹. Además, los propios convenios internacionales de la OIT plantean este deber promocional (particularmente el Convenio 98), y estos instrumentos resultan vinculantes para la interpretación de los derechos fundamentales por dos razones: las pautas de interpretación establecidas en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la

²⁷⁸ CASTELLO ILLIONE, Alejandro. “Negociación colectiva. Diversas modalidades de intervención de terceros. Niveles y articulación”. *Laborem*. Lima, 2011, No. 11; p. 71.

²⁷⁹ OFICINA INTERNACIONAL DE TRABAJO. *Óp. cit.*; p. 210, párrafo 988.

²⁸⁰ VALDÉS DAL-RE, Fernando. “Crisis y continuidad en la estructura de la negociación colectiva”. *Revista de Política Social*. Madrid, 1983, No. 137; p. 401.

²⁸¹ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *La cláusula de Estado Social...*; p. 446.

Carta Magna²⁸², y su incorporación expresa al bloque de constitucionalidad²⁸³ del derecho a la negociación colectiva a través de la jurisprudencia del TC.

Se ha dicho, asimismo, que el alcance de este deber debe interpretarse sistemáticamente junto a elementos como “la cláusula del estado social, el carácter progresivo de los derechos sociales y la definición de un derecho del trabajo garantista enfocado hacia el logro de mayores niveles de protección y equilibrio que garanticen el tránsito hacia una igualdad sustancial”²⁸⁴; las medidas que se ajusten a estos criterios no se encuentran taxativamente predefinidas por una norma ni deberían estarlo (aunque no se pueden ignorar los medios de fomento propuestos mediante instrumentos como la Recomendación 163) , sino que tienen como puerto común su adecuación al enfoque encaminado a tal modelo de igualdad (la sustancial).

Conforme a lo desarrollado en estas líneas, ¿resulta jurídicamente viable la defensa del primer párrafo del artículo 45 de la LRCT como un instrumento de optimización de los principios asociados a la negociación colectiva? Para Villavicencio, si bien es válido adscribirse a la primera parte de la disposición cuestionada, la cual estipula que la determinación del nivel se realizará por acuerdo de partes, empleando un criterio voluntarista para promover la libertad de negociación, lo que resulta “totalmente cuestionable” es “la imposición legal del nivel menos favorable para la existencia, difusión y eficacia de la tutela colectiva, contraviniendo abiertamente el mandato de fomento de la misma que establece nuestra Constitución”²⁸⁵.

Neves elabora desde la misma perspectiva, sosteniendo que la norma citada “conduce forzosamente al nivel de empresa. Basta que el empleador, que comúnmente prefiere dicho nivel, se oponga al supraempresarial solicitado por la organización sindical, para

²⁸² Cuarta Disposición Final y Transitoria.- Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

²⁸³ En la sentencia del Caso Portuarios, el Fundamento 18 indica que, “[t]eniendo presente que los Convenios núms. 98, 151 y 154 desarrollan y complementan el derecho de negociación colectiva para que su ejercicio sea real y efectivo, este Tribunal considera que dichos convenios forman parte del bloque de constitucionalidad del artículo 28° de la Constitución”. En el caso del Convenio 154, cabe resaltar que este no ha sido ratificado por el Estado peruano, por lo que el método empleado por el TC para incorporarlo como criterio de interpretación de la negociación colectiva puede ser cuestionado desde un punto de vista estrictamente formal, pero tales cuestionamientos no deberían ser motivo suficiente para omitir su uso y su importancia en el otorgamiento de contenido y forma a este derecho.

²⁸⁴ CUADROS LUQUE, Fernando y Christian SÁNCHEZ REYES. “El rol estatal de fomento de la negociación colectiva”. En: Autores varios. *III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima: SPDTSS, 2008; p. 509.

²⁸⁵ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “Atomización y disfuncionalidad...”; p. 223.

que prevalezca la voluntad de aquel”²⁸⁶. A esta lógica cabría complementarla con lo dicho por Lovatón, quien cuestiona la complicidad entre el Estado y la parte patronal para perpetuar una única y atomizada estructura negocial, “pues a través de estas injerencias estatales en la determinación del nivel negocial [...] nuestro legislador pretende inducir la negociación colectiva a los exclusivos y excluyentes niveles de empresa o de centro de trabajo”²⁸⁷.

Sin embargo, no todos han coincidido con esta posición; una opinión contraria, que defiende la constitucionalidad del primer párrafo del artículo 45, es la de Vílchez:

“[N]o debe perderse de vista que la primera oración del artículo 45 de dicho cuerpo normativo consagra el principio de la negociación libre y voluntaria, dejando a las partes la facultad de decidir de común acuerdo el nivel en el cual desean realizar la primera negociación. Ahora bien, la referencia a la negociación a nivel de empresa como nivel a falta de acuerdo, persigue justamente asegurar el rol promotor y de fomento que exige al Estado [...] Es decir, las partes sí pueden decidir libre y voluntariamente el nivel en el cual desean negociar, pero si una de ellas actuando de mala fe, no desea negociar y realiza actos orientados a obstaculizar el acceso al derecho a la negociación colectiva, corresponde al Estado introducir garantías que habiliten el acceso a la negociación colectiva, siendo el nivel de empresa, el nivel en el cual existe en la realidad mayor posibilidad real de actuación colectiva”²⁸⁸.

Si bien las condiciones meta-jurídicas²⁸⁹ que complementan las deficiencias de nuestro escenario legal podrían favorecer el argumento de que, en nuestra realidad nacional, existe una mayor predisposición a negociar en el nivel de empresa, la posición de la autora es cuestionable por tres razones. Primero, porque no se puede alegar una falsa imparcialidad del Estado²⁹⁰ cuando estipula de manera supletoria la fijación del nivel de empresa, y las razones de ello se encuentran tanto dentro del Derecho como fuera de él. Las razones jurídicas se ciñen a la lectura sistemática de la LRCT, la cual, en su

²⁸⁶ NEVES MUJICA, Javier. “La determinación del nivel negocial en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre los estibadores portuarios”. *Ius et veritas*. Lima, 2010, No. 40; p. 134.

²⁸⁷ LOVATÓN PALACIOS, David. *Óp. cit.*; p. 155.

²⁸⁸ VÍLCHEZ GARCÉS, Lidia. “¿Modificar la ley en el caso concreto es una atribución del Tribunal Constitucional? Comentario a la sentencia recaída en el Expediente 03561-2009-PA/TC. *Gaceta Jurídica*. Lima, 2009, tomo 104, octubre; p. 73.

²⁸⁹ Aquellas que, según LOVATÓN PALACIOS, David. *Óp. cit.*; p. 152; son “en gran medida independientes de la voluntad de los actores sociales y del propio Estado”, pero que de igual manera son “condicionantes” en la formación de los niveles negociales”.

²⁹⁰ De una forma similar en que lo hace PASCO LIZÁRRAGA, Mario. “Sin puerto a la vista: Apuntes sobre el difícil proceso de la negociación colectiva en el Callao”. *Soluciones Laborales*. Lima, 2010, No. 32, agosto; p. 26; cuando afirma, al cuestionar la constitucionalidad del artículo en desarrollo, que “[s]iempre que la ley predetermina un camino, abre la puerta para que una de las partes, *cualquiera de ellas*, a la que le acomode más dicho camino, se respalde simplemente en el mandato y, por ende, no dialogue” (énfasis agregado).

versión inicial, acompañó a la disposición estudiada con la inexplicable prohibición de establecer el cambio de nivel vía laudo arbitral y la incoherente exigencia de ratificación por ambas partes de la negociación por rama.

Las razones no jurídicas responden a la pregunta de por qué los sujetos sociales adoptarían tal o cual nivel de negociación. En este respecto, más allá de las ventajas y desventajas que en teoría ofrece la adopción de cada nivel (algunas de las cuales fueron mencionadas párrafos atrás), tales aserciones “no captan toda la compleja estrategia que moviliza a los sindicatos y a los empresarios o a sus asociaciones a concertar una determinada unidad y a celebrar en ella la negociación, renunciando a desarrollarla en otra distinta de las hipotéticamente posibles o incluso deseables”²⁹¹. Para Rodríguez, la elección del nivel negocial significa “decidir dónde van a ejercitar sindicatos y empresarios el poder para regular las relaciones de trabajo que supone el reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva”²⁹².

Por ello, siendo tamaña la relevancia estratégica de la fijación de la unidad de negociación y su impacto en la subjetividad de los colectivos laborales, una medida legislativa que supla la decisión de las partes sociales en esta materia no puede, bajo ninguna circunstancia, considerarse como una manera de promover el ejercicio libre de sus derechos. Sumando a ello la presunción de que el modelo negocial que adopte un Estado siempre está vinculado con su modelo económico (presunción que ha sido fundamentada en la primera parte de esta sección), no es posible concluir que la adopción de un sistema que le otorgue una preponderancia casi absoluta a la negociación descentralizada haya sido circunstancial ni mucho menos neutral.

El problema de la parcialidad estatal nos conduce a un segundo argumento, por el cual se debe descartar la idea de que el primer párrafo del artículo 45 promueve garantías que habiliten el acceso a la negociación colectiva, o, en todo caso, garantías cuya configuración resulte acorde con el ordenamiento constitucional: si bien la fase pre-negocial puede ir acompañada de un conflicto propio²⁹³, la opción legislativa de fijar automática y heterónomamente el nivel de empresa ignora la existencia de mecanismos alternativos para resolver la discrepancia sobre la unidad de negociación,

²⁹¹ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “La estructura...”; p. 23.

²⁹² RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, María Luz. *Negociación colectiva, igualdad y democracia*. Granada: Comares, 2016; p. 66.

²⁹³ MUGNOLO, Juan Pablo. *Óp. cit.*; p. 29: “la búsqueda de coincidencia sobre el nivel de negociación constituirá sin dudas un proceso conflictivo que discurrirá tanto hacia el interior de cada parte como también entre las partes de contrato colectivo”.

a través de instancias que pueden atender cada caso particular, en lugar de la emisión de un criterio general que supla arbitrariamente la voluntad de ambas partes.

Se ha discutido cómo, entre las unánimes críticas al D.S. 006-71-TR, se encuentra su visión patológica del conflicto laboral, así como la regulación heterónoma y cerrada que hace del mismo, sometiendo la dación del producto final a una resolución administrativa en caso fracasen las etapas de trato directo y conciliación. Una reflexión coherente con estas críticas no podría, por ello, ignorar la opción cerrada y vertical que asume el legislador para dirimir el conflicto pre-negocial, toda vez que la arbitrariedad del Estado (manifestada a través de una resolución o de una norma²⁹⁴) no puede ser, en ninguna instancia de la negociación, una de las “formas de solución pacífica de los conflictos laborales” promovidas por la Constitución.

La propia norma ha desarrollado los diversos mecanismos disponibles para resolver los conflictos colectivos, siendo quizás el arbitraje la vía más idónea entre las opciones vigentes para dirimir las controversias de este tipo, en las que el conflicto se acentúa y es menos probable que las partes realicen algún tipo de concesión, por lo que es más práctico y realista delegar su solución a un tercero. Así parecerían haberlo entendido tanto el TC como el Ejecutivo, al haber favorecido la realización del arbitraje potestativo para estos supuestos, sin perjuicio de lo cual la relevancia fáctica de esta institución en el panorama estructural bajo estudio será analizada en su oportunidad.

Por último, el argumento según el cual es en el nivel de empresa donde existen mayores posibilidades reales de actuación colectiva tampoco cuenta con asidero en la realidad, pues, muy por el contrario, la imposición excluyente de la negociación en este nivel puede llegar a privar a numerosos trabajadores del ejercicio de sus derechos colectivos. Ello se colige de una serie de presupuestos fácticos y normativos que han sido adecuadamente precisados por Barretto:

“[En el Perú] se ha instaurado un modelo descentralizado de relaciones laborales, en el que lo sindical gira alrededor de la empresa, concentrando la conflictividad laboral en la sede empresarial al favorecerse la sindicación, negociación colectiva y huelga en ese ámbito: se impone una estructura negocial donde el nivel de negociación se define por acuerdo de partes y que, a falta de ésta, se negociará a nivel de empresa. Si a ello le sumamos el requisito de

²⁹⁴ Recordando, una vez más, que la OIT sostiene sobre el nivel negocial que este “no debería ser impuesto en virtud de la legislación, de una decisión de la autoridad administrativa o de una jurisprudencia de la autoridad administrativa de trabajo” (OFICINA INTERNACIONAL DE TRABAJO. *Óp. cit.*; p. 210, párrafo 988).

*veinte trabajadores para constituir un sindicato, se deja al 75% de la PEA asalariada sin posibilidades reales de ejercer su libertad sindical*²⁹⁵.

A mayor abundamiento, y aun si no se tomasen en cuenta las particularidades de nuestro país, la doctrina tiende a sostener que el obligar a las partes a negociar en el nivel de empresa complica seriamente el propósito de garantizar la libertad sindical y fomentar la negociación colectiva. Para Ermida, la imposición de un modelo estructural descentralizado puede acarrear los siguientes inconvenientes²⁹⁶:

- i) La generación de una baja tasa de afiliación sindical a nivel nacional y de cobertura de la negociación colectiva, al excluir a la mayor parte de los trabajadores de la posibilidad de sindicalizarse.
- ii) La mayor exposición de los trabajadores sindicalizados a actos de discriminación antisindical realizados por el empleador.
- iii) La sensibilidad del sindicato a la segmentación y al cierre de la empresa: “[s]i el sindicato es de empresa, desaparece si desaparece la empresa”.
- iv) La permeabilidad del colectivo a la “cultura empresaria”.
- v) Siendo que la esencia de los derechos colectivos consiste en oponer fuerza numérica al poder económico del empleador, cuanto más reducido es el ámbito negocial, menor es su poder de negociación.
- vi) El riesgo de que el sindicato de empresa sea menos solidario, dado su carácter “cerrado, circunscripto a la empresa y endogámico”.
- vii) La menor capacidad del sindicato para participar en asuntos macro como la política nacional y el diálogo social, toda vez que “[e]l radio de su visión es limitado y ajeno a los ámbitos mayores”.

La lógica del autor es bastante simple: cuanto más reducida sea la estructura sindical y negocial, menor va a ser la cobertura de la negociación, menor va a ser el poder de la parte trabajadora para negociar contenidos (salvo en el caso de las grandes empresas) y menor va a ser su capacidad para participar en asuntos de política económica, social y cultural (tanto a nivel regional como nacional); ello, sin incluir a las repercusiones que tiene la descentralización sobre el trabajador individual, pues este se encuentra evidentemente más expuesto a las posibles medidas que pueda tomar el empleador para impedir o reducir las posibilidades de que el conflicto progrese.

²⁹⁵ BARRETTO GHIONE, Hugo. *Óp. cit.*; p. 78.

²⁹⁶ ERMIDA URIARTE, Oscar. “Crítica de la libertad sindical”; pp. 55-57.

Como síntesis de lo expuesto, se puede afirmar que: i) el diseño legislativo que bloquea la negociación en todo nivel que no sea el de empresa tiene su origen en la orientación neoliberal del Estado, el cual se encuentra lejos de cumplir un rol promotor –o siquiera imparcial– del ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores; ii) la designación supletoria del nivel de empresa no es una garantía que habilite el acceso a la negociación colectiva o promueva formas de solución pacífica del conflicto en su etapa pre-negocial; y, iii) la imposición de un esquema de negociación descentralizada merma en la libertad de las partes y en las posibilidades reales de los trabajadores de contraer negociaciones complejas y fructíferas, favoreciendo así al sector empresarial.

Por otro lado, el segundo párrafo del artículo 45 indica que el acuerdo de partes es indispensable para modificar el nivel de negociación cuando ya existe convenio en algún nivel, y despoja a los sujetos sociales de alternativas para resolver un supuesto de desacuerdo por la vía administrativa o arbitral, pues sustrae de su competencia la determinación de dicha materia. Si la norma se analiza nuevamente desde el prisma político empleado detrás de su elaboración, es evidente su propósito de complementar lo establecido en el párrafo que la precede, en el sentido de que, una vez que todas las negociaciones hayan sido imperativamente encaminadas al nivel de empresa, se procura mantener dicho nivel a través de dos cuestionables disposiciones.

La primera de ellas es la que estipula el acuerdo “indispensable” entre las partes para modificar el nivel, lo cual no es *per se* un desacierto. El problema es que el legislador parece operar bajo la premisa de que la estructura negocial es un fenómeno estático que, en principio, no debería modificarse en un escenario de renegociación, cuando en realidad debería ser sujeta a la concertación de las partes cada vez que se pretenda suscribir un nuevo convenio colectivo: “antes de empezar a negociar [...] las concretas condiciones de trabajo que se incluirán como contenido del convenio colectivo de que se trate, debe negociarse dónde, en qué nivel o espacio, quieren negociarse esas condiciones de trabajo y para quién se quieren negociar”²⁹⁷.

La segunda disposición es la que genera mayores alertas sobre la vocación legislativa por la petrificación de la estructura negocial descentralizada, pues el impedimento de que sea un tercero imparcial el que resuelva el desacuerdo sobre la negociación en un nuevo nivel es totalmente arbitrario: en lugar de promover el acceso voluntario a un mecanismo pacífico de solución de conflictos en esta etapa procedimental, la norma

²⁹⁷ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, María Luz. *Loc. cit.*

priva a las partes, sin lógica alguna, de dicha posibilidad²⁹⁸. La inconstitucionalidad de esta medida es clara, mas ello no ha implicado su erradicación del ordenamiento, lo cual es un despropósito si se considera que, por vía reglamentaria, ya se ha previsto que, para los casos de primera negociación, el nivel sí se pueda fijar vía laudo arbitral.

La lectura sistemática de este precepto revela que la acentuación que se hace inicialmente sobre la autonomía de las partes para que su pacto sea el único que puede modificar la estructura negocial es selectiva, pues inmediatamente después el legislador mella en esta autonomía, descartando la posibilidad de que acudan libremente a vías alternativas para solucionar la disputa. Así, la racionalización del conflicto pre-negocial termina de ser imposibilitada ante cualquier supuesto de hecho, asegurándose por la vía normativa la continuidad del fenómeno de “inercia estructural”²⁹⁹ que perpetúa la descentralización de nuestro modelo negocial.

3.2. La inexistencia de mecanismos e instituciones idóneos para la articulación de los convenios colectivos

El tercer y cuarto párrafo del artículo 45 de la LRCT estipulan que:

“Las convenciones de distinto nivel acordadas por las partes deberán articularse para definir las materias que serán tratadas en cada una. En caso de conflicto se aplicará la convención más favorable, confrontadas en su integridad.

Podrán negociarse a nivel de empresa las materias no tratadas en una convención a nivel superior, que la reglamenten o que se refieran a condiciones de trabajo propias y exclusivas de la empresa”.

Las disposiciones referidas hacen mención tanto de la articulación convenida como de un marco general en caso haya convenios de distintos niveles que afecten a un mismo colectivo, como también de los supuestos de concurrencia conflictiva entre convenios, y los vínculos de complementariedad de contenidos regulados en diferentes unidades de negociación. El diseño normativo establecido para la articulación es bastante genérico, lo cual puede considerarse positivo si se toma en cuenta que ofrece una fórmula abierta para que la autonomía colectiva configure los instrumentos y mecanismos para alcanzarla, pero también podría cuestionarse que no se disponga de un marco institucional que propicie espacios óptimos para la realización de esta tarea.

²⁹⁸ VILLAVICENCIO RÍÓS, Alfredo. *Óp. cit.*; p. 25.

²⁹⁹ *Ibidem.*; p. 20.

Partiendo con una definición de la negociación colectiva articulada, se entiende a esta como “la práctica negocial en la que el convenio «superior» no sólo contiene una regulación de relaciones de trabajo, sino que ordena a su vez las relaciones entre convenios de ámbito «inferior», que han de completar el contenido de aquél, fijando cuáles son las materias reservadas a cada uno de estos niveles”³⁰⁰. Si bien la norma bajo estudio garantiza –en principio– un escenario con este perfil, en el que confluye una pluralidad de convenios de diferentes niveles, la propuesta de una estructura negocial articulada en el país resulta siendo más que nada una utopía³⁰¹, si se toma en consideración todo lo desarrollado en el sub-capítulo anterior sobre el esquema descentralizado que promueve el mismo artículo en sus dos primeros párrafos.

Sin perjuicio de la escasa posibilidad de que una red articulada de convenios sea susceptible de ser constituida en la realidad normativa que rige hoy en día, es necesario estudiar este instituto si lo que se busca es realizar un análisis integral de la estructura negocial. Asimismo, a través de este concepto se pueden apreciar diversos elementos estructurales imprescindibles en todo ordenamiento intersindical, cuya configuración local refleja la mentalidad limitada del legislador peruano en relación a la proyección de estos temas en la realidad, así como la falta de institucionalidad que existe actualmente entre los actores sociales del país.

Para determinar el grado de articulación efectiva entre convenios, la teoría distingue dos modelos: el articulado y el anómico. El primero, ya anticipado por la propia definición de la articulación negocial, prevé no solo que las distintas unidades se distribuyan los contenidos a negociar, sino que supone una limitación a la autonomía de los sujetos que negocian a niveles inferiores³⁰², quienes solo pueden convenir en materias cuya regulación no sea impedida por convenios de mayor alcance. De esta

³⁰⁰ GONZALEZ ORTEGA, Santiago y Miguel RODRÍGUEZ PIÑERO. “Acuerdos interprofesionales, centralización de la negociación colectiva y Ley del Estatuto de los Trabajadores”. *Revista de Política Social*. Madrid, 1983, No. 137; p. 357.

³⁰¹ FERRO DELGADO, Víctor. “Perspectivas de la negociación colectiva en el Perú”. *Laborem*. Lima, 2011, No. 11; p. 67: “en un sistema que prevalece la negociación colectiva a nivel de empresa, la efectiva articulación entre convenciones colectivas de distintos niveles está más próxima a una afirmación programática que a la regulación efectiva de una realidad concreta”.

³⁰² VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *Los acuerdos marco sobre la estructura de la negociación colectiva: Naturaleza jurídica, eficacia, contenido*. Granada: Comares, 1998; p. 143: “La validez de este recorte de la negociación colectiva de los sujetos colectivos de ámbitos menores no ha encontrado detractores dentro de la doctrina laboralista, puesto que se ha reconocido unánimemente que no nos encontramos ante un derecho absoluto, por lo que [...], tienen cabida también restricciones provenientes de la propia autonomía colectiva (imitaciones internas), que se entroncan en una concepción moderna y cabal de la negociación colectiva, en la que este tipo de estipulaciones resultan esenciales para que se pueda alcanzar su verdadera dimensión como instrumento rector, racionalizador y ordenador de las relaciones laborales”.

forma, se establecen criterios de coordinación que facilitan la transición hacia una estructura caracterizada por su “simplificación, articulación y apertura de un espacio propio para los mecanismos de negociación descentralizada”³⁰³.

En un modelo anómico, en cambio, “los niveles de negociación no son interdependientes ni están coordinados. Todas las unidades que coinciden de manera simultánea [...] tienen atribuida una posición de paridad de rango [...] Los niveles de negociación inferiores no integran o complementan los contenidos establecidos en el nivel superior [...], pudiendo convenir libremente sobre todas las cuestiones”³⁰⁴. Este escenario permite que la autorregulación sea ejercida sin restricciones de contenido, propiciando un ordenamiento intersindical disperso y colmado de una potencialidad de contradicciones que convierten al convenio colectivo en una fuente de Derecho que no ofrece ni seguridad jurídica ni la tutelaridad que le es propia.

En el caso peruano, no basta con enunciar al modelo estructural atomizado como el único problema que conlleva a la inoperancia de la propuesta articuladora. La norma de por sí es insuficiente para conjugar una fórmula institucional que tome en serio esta figura³⁰⁵, y la regulación adoptada para el supuesto de concurrencia de convenios dista de ser la ideal: al estipular que en caso de conflicto se aplicará la convención más favorable, *confrontadas en su integridad*, en base a principios como el de norma más favorable y el de jerarquía normativa³⁰⁶, se omite el principio de competencia³⁰⁷, en virtud del cual las normas convencionales no se ponderan valorativamente, sino que se aplican en función del orden que ha sido fijado con anterioridad.

El otro problema con la disposición citada es la exigencia de que los convenios, en caso de conflicto, deban ser confrontados en su integridad, en lugar de contrastar las disposiciones conflictivas de manera aislada o de comparar el tratamiento de las instituciones que estas regulan. Con ello, el legislador recurre a una teoría que ha caído en desuso doctrinal³⁰⁸, debido a su inadecuación y su escasa practicidad, una

³⁰³ CONFEDERACIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DE LAS AMÉRICAS. “CSA: Propuesta estratégica”. En: CSA-CSI. *Estrategias sindicales por una mayor y mejor negociación colectiva en América Latina y Caribe*. San José: OIT, 2013.

³⁰⁴ VALDÉS DAL-RE, Fernando. *Óp. cit.*; p. 410.

³⁰⁵ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “Atomización y disfuncionalidad...”; p. 224: “La regulación estatal no resulta completa ya que deja de lado temas como la naturaleza jurídica de los instrumentos de articulación, los ámbitos de los acuerdos marco, su eficacia, etcétera”.

³⁰⁶ FERRO DELGADO, Víctor. *Loc. cit.*

³⁰⁷ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *Óp. cit.*; p. 225.

³⁰⁸ *Ídem.*: la *teoría del conjunto*, en virtud de la cual, a diferencia de la *teoría de la acumulación* o de la *teoría institucional*, “hay que cotejar globalmente los dos convenios en su totalidad y

forma adicional de evidenciar la poca preparación que tiene nuestro ordenamiento positivo para adoptar modelos estructurales complejos y articulados, propiciando, antes bien, la anomia y la dispersión convencional.

No obstante lo desarrollado hasta aquí en relación a las falencias del Estado para diseñar un sistema coherente y ambicioso de negociación articulada, se debe recordar que, en un escenario de plena autonomía, lo ideal es que sean los sujetos sociales quienes asuman la tarea de elaborar instrumentos propios que promuevan tal articulación conforme a sus propios intereses y estrategias. Es aquí donde los acuerdos marco sobre la estructura negocial son una alternativa importante, nacida del accionar de los propios actores: estos han sido definidos como “una modalidad de pacto social en que las partes se reconocen mutuamente, reconocen la existencia de sus respectivos intereses y establecen procedimientos para concertar acuerdos. El acuerdo marco es, en lo esencial, un acuerdo para acordar”³⁰⁹.

Su existencia responde a una comprensión avanzada de los roles que funge la negociación colectiva, concepción que no ha sido adaptada al ordenamiento o a la cultura sindical del país, pero que en el ámbito comparado le otorga la potestad de crear “verdaderas y auténticas «normas» sobre la producción contractual”³¹⁰, atendiendo no solo al aspecto sustancial del convenio colectivo, sino también al procedimental. Los acuerdos marco pueden ser propios, en el sentido de que estipulan exclusivamente aspectos de este último orden (competencias, concurrencia, sucesión entre convenios, entre otros), o impropios³¹¹, cuando combinan la regulación de temas sustantivos en el convenio (generalmente de nivel supraempresarial) con la fijación de elementos ordenadores de la estructura negocial.

En España, la figura de los acuerdos marco para la estructura de la negociación colectiva ha sido acogida por el artículo 83.2 del Estatuto de los Trabajadores:

“Mediante acuerdos interprofesionales o convenios colectivos las organizaciones sindicales y asociaciones patronales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad Autónoma, podrán establecer la estructura de la negociación colectiva, así como fijar las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre

escoger como aplicable aquél que salga de tal comparación como el más beneficioso para los trabajadores”.

³⁰⁹ MORGADO VALENZUELA, Emilio. “Viabilidad de los acuerdos marco dentro de los procesos de flexibilidad laboral”. *Derecho y Sociedad*. Lima, 1996, No. 11; p. 150.

³¹⁰ GIUGNI, Gino. *Óp. cit.*; p. 103.

³¹¹ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *Los acuerdos marco...*; p. 150.

convenios de distinto ámbito y los principios de complementariedad de las diversas unidades de contratación, fijándose siempre en este último supuesto las materias que no podrán ser objeto de negociación en ámbitos inferiores”.

La norma citada guarda consigo una clara aspiración a la centralización negocial, pues los acuerdos indicados “hacen posible la superación de la situación heredada de la atomización de la estructura de la negociación colectiva desde la perspectiva de la subordinación de la contratación «inferior» a la de ámbito superior, es decir, a través de una posible recentralización de la negociación colectiva, acompañada de una centralización del poder de negociación”³¹². Asimismo, el diseño legislativo resulta particularmente novedoso para el ámbito comparado, en la medida de que “acepta la dictadura de los acuerdos-marco”, situándolos “a un nivel intermedio entre la norma pública y el convenio colectivo en la escala de fuentes”³¹³.

A pesar de las críticas y modificaciones que ha recibido la norma citada desde su publicación, lo que ha merecido una aceptación generalizada es la incorporación del acuerdo marco al sistema de fuentes positivas del Derecho, pues a través de ello el Estado reconoce y fomenta la función gubernamental³¹⁴ de la negociación colectiva desde la legislación. Pero esto no es suficiente para la configuración de un esquema plenamente promocional: al elemento objetivo de ordenación de la estructura, se le debe sumar el subjetivo, esto es, la legitimidad y la institucionalidad de las partes encargadas de ejecutar esta función de autogobierno.

Las claves para que los agentes sociales puedan recurrir con eficacia a estos mecanismos (sean promovidos por la norma o instalados autónomamente) yacen en dos factores: su representatividad y su institucionalidad. En cuanto al primer factor, la norma “suele priorizar una tipología organizativa preferida que intentará promover o imponer tanto en las instancias originarias de tales formaciones como también en estadios de organización ya más avanzados en que ostenten un grado de mayor consolidación de sus estructuras”³¹⁵. Estos estadios posteriores se refieren, entre otros tópicos, a asuntos macro que trascienden a los intereses económicos propios de una relación sindicato-empresa, entre ellos los aspectos organizativos de la negociación.

³¹² GONZALEZ ORTEGA, Santiago y Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO. *Óp. cit.*; p. 358.

³¹³ OJEDA AVILÉS, Antonio. *Óp. cit.*; p. 862.

³¹⁴ Un mayor desarrollo del fundamento y los alcances de esta función se puede encontrar en VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *Óp. cit.*; pp. 22-37.

³¹⁵ MUGNOLO, Juan Pablo. *Óp. cit.*; pp. 177-178.

La legislación peruana, como se ha visto, ha adoptado un modelo de estructura sindical descentralizada, pero también ha incluido el sistema de mayor representación³¹⁶, en virtud del cual un sindicato que afilie a la mayoría absoluta de trabajadores asume la representación del íntegro de trabajadores del ámbito negocial, o bien, en un escenario de pluralidad sindical sin mayoría absoluta, los sindicatos que afilien conjuntamente a más de la mitad de trabajadores también representarán a la totalidad de trabajadores (artículo 9 de la LRCT). Al extender la cobertura de los productos negociales (convenios colectivos, acuerdos marco, etc.), esta medida puede ser vista como un incentivo a la sindicación y una forma de legitimar a la representación sindical; sin embargo, el problema en la práctica es más complejo.

De acuerdo con Balbín,

“la normativa existente muchas veces no es efectiva en su aplicación, siendo frecuentes los actos o prácticas antisindicales en sectores variados [...] Por lo general, en un contexto limitativo de la libertad sindical, los empleadores privados o públicos no reconocen a las organizaciones de trabajadores como contraparte en la determinación de las condiciones de empleo y los Gobiernos tampoco suelen convocarlas para discutir sobre las políticas sociales y económicas. Con todo ello, la cultura democrática de participación a la que propende el diálogo social, se ve desplazada por una cultura autoritaria que excluye a los sindicatos como actores relevantes de las relaciones laborales”³¹⁷.

De lo dicho por el autor, se sustrae la noción de que no todas las trabas para construir una representación sindical legitimada para producir acuerdos de contenidos más complejos que los tradicionalmente atribuidos al convenio colectivo provienen de la norma, pese a que esta no deje de tener un rol esencial. Aun en los espacios donde la ley ha dado pasos adelantados para cumplir con su labor de fomento de la autonomía colectiva, las contrapartes sociales (específicamente, la parte patronal y el Estado) han tratado de neutralizar sus efectos, básicamente, a través de la omisión en el reconocimiento de las organizaciones de trabajadores como interlocutores válidos.

Morgado sostiene que a la representatividad de los sujetos se le deben sumar dos elementos que determinan la eficacia de todo proceso de concertación: la independencia real de los actores, entendida como “la que deriva de su efectiva autonomía y de la percepción que los otros interlocutores, sus representados y la sociedad en general, tienen respecto del nivel de independencia que distingue al

³¹⁶ STC del Exp. 03655-2011-PA/TC. Fundamento 14.

³¹⁷ BALBÍN TORRES, Edgardo. *Las organizaciones sindicales en el Perú y el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo (2001-2008)*. Lima: OIT, 2009; p. 17.

interlocutor”; y la capacidad para ser parte del diálogo, “en parte determinada por el asesoramiento técnico de que se dispone y de las informaciones a las que se tiene acceso”³¹⁸. Todos estos elementos se derivan de un concepto de mayor amplitud referido al nivel de organización, gobernabilidad y reconocimiento de los sujetos colectivos, esto es, su grado de institucionalidad.

En el Perú, el panorama disperso y atomizado de las relaciones colectivas genera trabas serias para la construcción de una institucionalidad que permita la cohesión al interior de la clase trabajadora. Incluso desde la perspectiva sindical, hay posiciones que impiden este acercamiento, en la medida de que reducen la actividad sindical a “la reivindicación de condiciones de trabajo, sin admitir el debate de políticas sectoriales o nacionales a las que naturalmente suelen conducir las organizaciones sindicales de alcance superior a la empresa”; o bien promueven “el predominio de un modelo dirigencial localista, alimentado por la escasez de una oferta negocial o de servicios atractiva para los trabajadores por parte de las organizaciones de mayor alcance”³¹⁹.

Desde la sociología de las relaciones industriales, la falta de cohesión a la que se aspira se ha explicado por las pugnas al interior del movimiento sindical, pues este “suele integrarse por grupos de dirigentes que rivalizan entre sí con diferentes alineamientos políticos y partidistas, situación que ahuyenta a los trabajadores, que internamente no facilita los canales de participación, y que fomenta el pluralismo sindical con intenciones divisionistas”³²⁰. La brecha entre dirigencias y trabajadores de base genera una actitud de escepticismo de estos últimos en cuanto a la eficacia de la acción sindical³²¹, y el fracaso del discurso clasista en teoría³²² y praxis conllevó, desde décadas atrás, a que las masas de trabajadores dejen de ver a las fuerzas sindicales como canales de representación de sus intereses.

Ciertamente, el problema de la escasa representatividad y la precaria institucionalidad sindical en nuestro país no se circunscribe solo al tópico abarcado en este acápite, esto es, lo referido a la articulación de convenios y a la elaboración de instrumentos de alcance global entre los actores sociales; explica también por qué la atomización sindical (y, consecuentemente, la negocial) es un fenómeno cuya erosión no puede

³¹⁸ MORGADO VALENZUELA, Emilio. *Óp. cit.*; p. 148.

³¹⁹ BALBÍN TORRES, Edgardo y Augusto CARRILLO SALAZAR. *Óp. cit.*; p. 354.

³²⁰ ARCINIEGA ARCE, Rosa. *Óp. cit.*; p. 344.

³²¹ BALBI SCARNEO, Carmen. “Sindicalismo y flexibilización del mercado de trabajo en el Perú”. *Debates en Sociología*. Lima, 1994, No. 19; p. 100.

³²² *Ibidem.*; p. 98: “Simultáneamente entrarán en crisis las posturas teóricas que asumían a la clase obrera como actor preponderante de un proyecto para el conjunto de la sociedad”.

atribuirse únicamente a la legislación actual o a la orientación neoliberal de los noventa, sino a una tradición caracterizada por su estructura politizada, su dependencia del Estado y el convencionalismo en sus métodos de acción, lo cual no ha permitido que se consolide a plenitud la función de producción normativa que es intrínseca al actor sindical, detalle que se verificará estadísticamente más adelante.

No obstante ello, la restauración de la democracia sí vino acompañada de intentos de legitimar a las organizaciones de trabajadores a través del fomento del diálogo social tripartito, plasmado en la creación del Consejo Nacional del Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante, CNTPE). Por el lado de los trabajadores, el pleno estaría integrado por representantes de las cuatro centrales sindicales con mayor presencia en el país: la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP), la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), la Confederación de Trabajadores del Perú (CTP), y la Central Autónoma de Trabajadores del Perú (CATP).

Los esfuerzos impulsados desde el CNTPE no han sido, lamentablemente, los más idóneos para promover un diálogo social encaminado a crear instrumentos de concertación de carácter vinculante. Por un lado, se debe tener en consideración que, siendo un organismo dependiente del MTPE, carece de una auténtica autonomía y de poder político suficiente para emplazar a otros poderes del Estado (particularmente el Congreso) a desarrollar legislativamente las reformas cuyo planteamiento es desarrollado y consensuado al interior del Consejo. De ello no hay quizá mayor evidencia que en los esfuerzos por promover la emisión de la Ley General del Trabajo³²³, cuyos contenidos fueron discutidos a lo largo de un periodo de casi cuatro años, para no ser aprobada hasta la fecha por el Poder Legislativo.

Ante este panorama, la percepción de las centrales sindicales respecto del diálogo impulsado en el seno del CNTPE se fue deteriorando con el tiempo, reforzándose la idea de que este “tenía como único objeto aletargar el proceso de reforma laboral, la cual también era necesaria para progresar en la legislación laboral”³²⁴. Ello ha conllevado a suspensiones periódicas de su participación en este organismo, explicándose ello, antes que en una ausencia de voluntad sindical para participar en el diálogo social, en la falta de mecanismos idóneos para promover un rol de los trabajadores que no sea meramente simbólico.

³²³ http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/CNTPE/pub_cnt_01_02_07_02.pdf

³²⁴ BALBÍN TORRES, Edgardo. *Óp. cit.*; p. 29.

Por lo dicho hasta aquí, se puede concluir que un prospecto de negociación articulada no es viable en un país que, en primer lugar, se rige bajo un sistema de relaciones colectivas extremadamente descentralizado, con una norma que poco hace para promover espacios de ordenación negociada. Asimismo, aun si fuera superado el primer problema, existen muchos desafíos pendientes para la creación de instancias supra, ya sean bipartitas o tripartitas, en las cuales los trabajadores tengan los niveles de representación y legitimidad requeridos para concertar acuerdos vinculantes que pudieran hacer efectiva la función gubernamental de la negociación colectiva. Tales desafíos demandan tanto reformulaciones al interior de la estructura sindical como para la institucionalidad promovida desde el Estado.

3.3. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la reconstrucción parcial del ámbito subjetivo del derecho a la negociación colectiva

Notadas las falencias que presenta la norma para regular en forma promocional a la estructura de la negociación colectiva, el TC ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto en dos casos concretos: el primero, ante la acción de amparo presentada por la Cámara Peruana de la Construcción (CAPECO) frente a una serie de resoluciones ministeriales que la obligaban a negociar con sus trabajadores a nivel de rama de actividad; y el segundo, ante el recurso de agravio constitucional interpuesto por el Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao, exigiendo el cumplimiento de un decreto que emplazaba a las asociaciones de empleadores portuarios a negociar directamente con los trabajadores de este sector.

En ambos casos, se emplearon diferentes criterios y se arribaron a distintas conclusiones para resolver cuestiones en las que, básicamente, la coincidencia versa sobre el hecho de que una de las partes –los trabajadores– buscaba negociar bajo un nivel alternativo al estipulado por la norma. En dicha medida, será preciso hacer un análisis que atienda los principios, las interpretaciones y las ponderaciones empleadas por el TC para determinar cuál sería la solución más apropiada en cada proceso, de conformidad con nuestro texto constitucional y el bloque de constitucionalidad que integra el derecho a la negociación colectiva.

En las dos sentencias existe un manifiesto rechazo por la opción designada por la LRCT en relación a la elección del nivel negocial, pero las formas en las que han suplantado la norma han generado numerosos comentarios a nivel doctrinal, por lo que en las siguientes líneas pretenderemos sustentar una posición al respecto;

posición que, por lo demás, deberá tener en consideración la naturaleza de los servicios prestados en cada sector en el que surge la controversia, al efecto de comprobar si este criterio es relevante para determinar el ámbito desde el cual debe llevarse a cabo la negociación.

i. Caso CAPECO: La incorporación del “plus de tutela” como garantía de eficacia de la negociación

El proceso de amparo iniciado por CAPECO (Exp. 0261-2003-AA/TC) buscaba la inaplicación de una serie de autos emitidos por el MTPE, los cuales emplazaban a las asociaciones de empleadores del rubro de la construcción civil a negociar a nivel de rama de actividad³²⁵ con la Federación de Trabajadores de Construcción Civil. Normativamente, la controversia se retraía a una variación de criterio sobre la negociación colectiva originada en el seno del MTPE: inicialmente, la norma aplicable al sector de la construcción civil era la Resolución Ministerial 053-93-TR, la cual establecía en su artículo 4 que la negociación en este sector se llevaría a nivel de rama de actividad.

La lógica de la norma tenía como antecedente el Decreto Supremo 018 del 4 de diciembre de 1962, que creó la Comisión Nacional de la Industria de la Construcción Civil, en cuya base se había instituido un modelo de negociación por rama de actividad para este sector que se prolongaría por un periodo de tres décadas. Al haber sido derogado a través de la Cuarta Disposición Transitoria y Final del Reglamento de la LRCT en 1992, eliminándose así las competencias de la comisión, el MTPE apeló al artículo 71 de la norma³²⁶ para establecer, a través de la R.M. 053-93-TR, un mecanismo de adecuación de la negociación colectiva de los trabajadores de construcción civil a la nueva estructura normativa.

La reacción del sector empresarial, sin embargo, no sería favorable hacia el tratamiento diferenciado que recibían los trabajadores de construcción civil, en

³²⁵ Problema conceptual que, con NEVES MUJICA, Javier. “La determinación del...”; p. 129, se debe precisar: “Una organización sindical supraempresarial –y, por consiguiente, la negociación colectiva que conduce o pretende conducir– será de rama de actividad cuando los trabajadores que la conformen tengan profesiones, especialidades u oficios diversos; si fueran los mismos, será de gremio [...] Las organizaciones sindicales constituidas en el trabajo de estiba portuaria, así como el de construcción civil, según estos conceptos, tienen como ámbito el gremio y no la rama de actividad. Pese a que hay al interior de ellas subespecialidades [...], todos sus integrantes son obreros asignados a un concreto rubro”.

³²⁶ Artículo 71.- Quedan reguladas por la presente norma, en lo que les resulte aplicable las negociaciones que se realizan a través de comisiones paritarias, multipartitas y demás casos especiales.

comparación con los del régimen general. En razón de ello, CAPECO interpondría en 1996 una demanda de acción popular contra esta resolución, demanda que sería declarada fundada por la Corte Suprema; ello conllevó a que el MTPE tuviera que emitir una nueva normativa que fuera acorde con lo señalado en la sentencia. Tal normativa sería plasmada en la Resolución Ministerial 051-96-TR, la cual en su artículo 2 determinó que, “[e]n aplicación del artículo 45 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, de no haber acuerdo de partes respecto al nivel de negociación colectiva, ésta se llevará a cabo a nivel de empresa”.

En base a lo expuesto, existía un trasfondo jurídico formal que amparaba la pretensión de CAPECO, en el sentido de que sus representantes exigían que la negociación fuera a nivel de empresa en virtud de una norma vigente, esto es, la R.M. 051-96-TR, mientras los autos sub-directorales materia de impugnación se regían por el criterio de su norma predecesora: “la organización empresarial [...] consideró que con esta decisión de la autoridad de trabajo se vulneraban sus derechos a la igualdad ante la ley, de negociación colectiva, de libertad de contratación y de libertad de asociación, sin perjuicio de suponer un injustificado cambio de criterio a pesar de que no hubo variación de la legislación pertinente”³²⁷.

Pese a que tal sustento formal existía, el TC optó por desarrollar un enfoque basado en un concepto de igualdad material, que “apareja la responsabilidad del cuerpo político de proveer las óptimas condiciones para que se configure una simetría de oportunidades para todos los seres humanos”³²⁸. Para el intérprete constitucional, la desigualdad de los supuestos de hecho en el caso concreto ameritaba un tratamiento jurídico diferenciado: puntualmente, la eventualidad de la prestación, “pues la relación laboral no es permanente; dura mientras dure la ejecución de la obra”, y la ubicación relativa, “pues no existe un lugar fijo y permanente donde se realicen las labores de la construcción”³²⁹, constituían criterios objetivos y razonables para un trato distinto.

Por estas consideraciones, el TC acotó que, en aras de “asegurar las posibilidades de desarrollo y efectividad de la negociación colectiva”, resultaba aplicable un “plus de tutela”, al ser esta “la única vía para hacer posible la negociación colectiva”. Todo indicaría que la conceptualización del *plus de tutela*, en principio, se predica respecto del régimen general, es decir, el *plus* del que se habla en el presente caso es aquel

³²⁷ ULLOA MILLARES, Daniel. “La negociación colectiva en Perú”. *Laborem*. Lima, 2011, No. 11; p. 20.

³²⁸ STC del Exp. 0261-2003-AA/TC. Fundamento 3.1.

³²⁹ *Ibidem*. Fundamento 3.3.

que justifica un tratamiento particular a los trabajadores de una actividad económica del sector privado, cuando la normativa general aplicable no termina de satisfacer íntegramente sus derechos. Así, el *plus de tutela* resguarda derechos de un sector especial que la norma abstracta no puede atender.

Asimismo, el TC realiza un importante análisis crítico del decreto ley emitido durante el fujimorato, el cual se encontraba vigente a la fecha de emisión de las resoluciones cuestionadas, con la finalidad de determinar si este cumplía con la finalidad de fomentar la negociación colectiva que le era asignada constitucionalmente al Estado: la norma preveía en el segundo párrafo del artículo 45 que, de existir un convenio previo, para negociar en un nivel distinto se requería de acuerdo de partes; sin embargo, en la Tercera Disposición Transitoria y Final se estipulaba una necesidad de ratificación de la negociación a nivel de rama, en cuya ausencia la negociación se llevaría a cabo por el nivel de empresa.

Esto significaba que ambas disposiciones ofrecían tratamientos distintos a la vigencia de la negociación sectorial, pues una garantizaba su subsistencia salvo por acuerdo contrario entre las partes (segundo párrafo del artículo 45), mientras otra condicionaba la misma a la ratificación de ambas partes (Tercera Disposición Transitoria y Final). Para el TC, esto no fomentaba la negociación colectiva, pues “no posibilitaba la efectiva realización del derecho a la negociación colectiva de trabajadores –como por ejemplo, del sector de construcción civil– que por la peculiaridad de la labor que desarrollan, venían negociando en el nivel de rama de actividad, precisamente porque la negociación colectiva a nivel de empresa, prácticamente no se materializaba”³³⁰.

Estas premisas condujeron al TC a cuestionar la validez de la R.M. 051-96-TR, sobre todo al apuntar que ni siquiera era capaz de especificar a qué supuesto del artículo 45 de la LRCT se refería (esto es, si regulaba una negociación en la que mediara un convenio previo o si se trataba de una nueva negociación), estableciendo que, en cualquier caso, la negociación sería a nivel de empresa. Tal situación daba lugar a una “indeterminación que resulta incompatible con lo prescrito por el artículo 28° de Constitución Política del Estado y el artículo 4° del Convenio N° 98 de la OIT, pues, evidentemente, no fomenta la negociación colectiva y tampoco adecua la negociación colectiva de los trabajadores de construcción civil con la LRCT”³³¹.

³³⁰ *Ídem.*

³³¹ *Ídem.*

En consecuencia de ello, el Tribunal concluyó que las actuaciones de la Autoridad de Trabajo no vulneraban los derechos de CAPECO, sino que plantearon un “efectivo fomento de la negociación colectiva”, y que interpretaron “adecuadamente la normativa constitucional para posibilitar la negociación colectiva en el sector de construcción civil”. De lo citado, se verifica que el TC encontró el sustento jurídico de su argumentación tanto en el principio-derecho de la igualdad, garantizado en el artículo 2, inciso 2 de la Constitución y en su artículo 26, inciso 1; así como también en el deber de fomento de la negociación colectiva, establecido en el artículo 28, inciso 2 de la Constitución y en el artículo 4 del Convenio 98 de la OIT.

La técnica empleada por el TC para garantizar la efectividad de la negociación colectiva ha recibido comentarios de diversa índole. Una voz crítica ha sido la de Sarzo, quien sostiene que el colegiado interpreta el deber constitucional de fomento de la negociación colectiva “conforme a una interpretación sesgada del artículo 4 del Convenio OIT N° 98”, en el sentido de que “entiende la obligación internacional de fomentar la negociación colectiva [...] al margen de la naturaleza voluntaria de los procedimientos de negociación”³³². La crítica del autor, entonces, parte de requerir una lectura completa del artículo en mención, el cual no solo exige el fomento y el estímulo de la negociación, sino también que la misma sea voluntaria, evitando recurrir al Estado para que este asuma posiciones que le corresponden a las partes.

En un tenor similar se ha pronunciado el CLS, el cual analizó esta sentencia en el Caso Núm. 2375, Queja contra el Gobierno de Perú presentada por la Organización Internacional de Empleadores (OIE), la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP) y la Cámara Peruana de la Construcción (CAPECO). El Comité no omitió emplazar al gobierno peruano para que modifique los artículos 45 y 46, de manera que sean conformes al principio de negociación libre y voluntaria, es decir, impidiendo que la legislación, la jurisprudencia o la decisión de una autoridad administrativa sean los factores que determinen el nivel de negociación, el cual debería corresponder íntegramente a las partes. Asimismo, ante la posibilidad de que subsistan las desavenencias sobre el particular, apuntó que:

“en caso de desacuerdo entre las partes sobre el nivel de negociación, más que una decisión general de la autoridad judicial en favor de la negociación a nivel de rama de actividad, se ajusta mejor a la letra y al

³³² SARZO TAMAYO, Víctor. “La determinación no autónoma del nivel de negociación colectiva desde la óptica del uso judicial del derecho internacional del trabajo: a propósito de dos sentencias del Tribunal Constitucional”. *Boletín del MTPE*. Lima: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2010; pp. 4-5.

*espíritu del Convenio núm. 98 y de la Recomendación núm. 163 un sistema establecido de común acuerdo por las partes en el que cada nueva negociación colectiva puedan hacer valer de manera concreta sus intereses y puntos de vista*³³³.

En base a ello, se comprende que, desde el punto de vista internacional, la crítica de la sentencia no versa sobre la aplicación *per se* del *plus de tutela* como un mecanismo de defensa de los derechos de los trabajadores, sino sobre cómo este termina rompiendo con los esquemas de voluntariedad que son los que se esperan de una negociación adecuada al Convenio 98. Sobre este punto, no nos parece cierto que el TC haya realizado una lectura *selectiva* de los contenidos de dicho convenio, sino que, en atención a las deficiencias propagadas históricamente por la norma, ha realizado una ponderación entre los principios y derechos que se encontraban en conflicto: en este caso, el deber estatal de fomento de la negociación colectiva y el principio de negociación libre y voluntaria.

Ciertamente, la técnica pudo ser mucho más precisa al momento de ponderar ambos principios, pues la propia jurisprudencia constitucional ha establecido los parámetros de idoneidad, necesidad y proporcionalidad para determinar la procedencia de ciertas medidas. Al margen de ello, la acentuación que coloca el TC sobre el fomento de la negociación colectiva, aun en perjuicio de la libertad de elección del nivel negocial de la parte empresarial, persigue una finalidad clara, pues busca que el ejercicio de este derecho resulte eficaz; así lo ha entendido parte de la doctrina, pues se afirma, sobre la base de este criterio jurisprudencial, que “el objetivo o la finalidad del deber de fomentar y promover la negociación colectiva es que esta, en los hechos, se vea efectivamente desarrollada o, lo que es lo mismo, que se realice realmente”³³⁴.

Sobre la valoración de estos principios, Sanguineti ha afirmado que “la vigencia efectiva del principio de autonomía colectiva exige que el Estado organice el sistema de negociación colectiva *atendiendo a criterios no solo de libertad sino, además, de posibilidad e iniciativa reales*. Y que ello puede demandar, cuando existan motivos que los justifiquen, la adopción de medidas dirigidas a evitar que los procesos de negociación se trunquen o no puedan iniciarse”³³⁵ (énfasis agregado). Ante esto cabría preguntarse, más allá de las críticas que se han realizado a la norma, si el propio principio de negociación libre y voluntaria establecido internacionalmente podría ser

³³³ COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL. *Caso 2375: Informe definitivo*. Punto 1227.

³³⁴ AGUINAGA MEZA, Ernesto y Guillermo BOZA PRO. *Óp. cit.*; p. 299.

³³⁵ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Derecho constitucional del trabajo. Relaciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2007; p. 60.

una de las exigencias que produzca el truncamiento del proceso negocial, al evitar que el Estado incurra en injerencias como la practicada en el caso bajo análisis.

La exigencia de voluntariedad establecida de una manera bastante genérica por la OIT y sus organismos de control parece no concebir la idea de una parte sindical que, debilitada por una tradición y una normativa opresivas, no puede negociar en condiciones de autonomía y paridad. Así, de la misma forma en que la autonomía individual puede configurar conductas de abuso e injusticia en las relaciones de trabajo si el Estado no interviene para equilibrar los poderes en juego, algo similar puede ocurrir en las relaciones colectivas, donde “el equilibrio varía en función del poder de conflicto que ostente un colectivo determinado de trabajadores”³³⁶.

Por ello, el análisis de la solución adoptada por el TC requiere reconocer las condiciones fácticas de nuestro modelo para apreciar las razones que lo conducen a establecer el marco de excepción conocido como el *plus de tutela*, en virtud del cual la intervención estatal es más intensa y tuitiva cuando se compara el tratamiento de los sujetos favorecidos por la medida con el que les otorga la norma general, pero también con los estándares regulares establecidos por los órganos de control. Políticamente, esta debilidad comparativa se puede explicar a través de un proceso iniciado décadas atrás que Ermida denomina la “conservadurización” de la OIT y de la jurisprudencia del CLS, donde, pese a ser un órgano de constitución tripartita, “la ecuación de poder pasa a ser claramente desfavorable a los trabajadores”³³⁷.

El *plus de tutela* es, pues, un mecanismo a través del cual “nuestro ordenamiento constitucional admite que el Estado ejerza válidamente su rol de garante de la libertad sindical y promotor de la negociación colectiva [...]; atendiendo a las particularidades de una determinada actividad económica o tipo de trabajo desarrollado y considerando su efecto perjudicial directo en las relaciones colectivas entre trabajadores y empleadores”³³⁸. Su legitimidad se cifiere al modelo de Estado exhibido en este criterio jurisprudencial: uno que entiende su rol de fomento de la negociación como una necesidad de garantizar la eficacia de la misma, y que se atribuye la potestad excepcional de intervenir en la relación sindicato-empresa cuando el contexto y la situación jurídica de los sujetos implicados en este procedimiento lo requieran.

³³⁶ MUGNOLO, Juan Pablo. *Óp. cit.*; p. 46.

³³⁷ ERMIDA URIARTE. Oscar. “Crítica de la libertad sindical”; p. 43.

³³⁸ CUADROS LUQUE, Fernando y Christian SÁNCHEZ REYES. “El rol estatal...”; p. 511.

ii. Caso Portuarios: La alternativa del arbitraje y los principios en conflicto

Se ha desarrollado en líneas anteriores algunos puntos relacionados al Caso Portuarios, en lo referente al arbitraje potestativo y las alteraciones que este precedente implicó sobre el procedimiento negocial. Sin embargo, lo que no ha sido abordado aún es la manera en que este precedente desarrolla la determinación de la estructura de la negociación colectiva, y cómo se aparta de los criterios empleados en la sentencia anterior. Se puede afirmar que el TC no renuncia a su rol tuitivo con esta sentencia (Exp. 03561-2009-PA/TC), pero el enfoque asumido es distinto desde muchas aristas, las cuales procederán a ser analizadas a continuación.

Comenzando por los antecedentes, se tiene que en este caso es la parte laboral la que interpone el recurso de agravio constitucional frente al TC, encarnada por el Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao (SUTRAMPORC). Entre sus interlocutores se encontraban la Asociación Peruana de Operadores Portuarios (ASPPOR), la Asociación Peruana de Agentes Marítimos (APAM) y la Asociación Marítima del Perú (ASMARPE), quienes habían manifestado su negativa de negociar a nivel de rama a pesar de la existencia del Decreto 447, emitido por la División de Negociaciones Colectivas y Registros Generales de la Dirección de Trabajo y Promoción del Empleo del Callao, acto que ordenaba la continuación de la etapa de trato directo entre las partes a nivel sectorial.

El alegato principal de los trabajadores portuarios consistía en que la inasistencia de las asociaciones de empleadores a las reuniones de trato directo producía una afectación a su derecho de negociar colectivamente, pues a la relación entre ambas partes le resultaba aplicable el segundo párrafo del artículo 45 de la LRCT (es decir, el supuesto en el que hay una negociación preexistente); esto, en la medida de que hasta el año 1991 se habrían venido produciendo negociaciones colectivas a nivel de rama de actividad, y no mediando acuerdo de sustitución para negociar en un nivel diferente, este debía ser el nivel de negociación aplicable al caso.

Con la revisión de los antecedentes se pueden notar las primeras similitudes entre los casos bajo análisis: así como en construcción civil existía una Comisión Nacional de la Industria, desde 1935 las negociaciones en el sector portuario se llevaban a cabo a través la Comisión Controladora de Trabajo Marítimo³³⁹, la cual se caracterizaba por

³³⁹ NEVES MUJICA, Javier. *Óp. cit.*; pp. 129-130.

tener “funciones reglamentarias, controladoras y administrativas, respecto del trabajo portuario, y facultad resolutoria respecto de la mejora de beneficios”³⁴⁰. En 1991, mediante Decreto Supremo 054-91-PCM, se disolvería la Comisión, habiéndose concretado un año antes un acuerdo sectorial al interior del Consejo de Delegados, y este sería identificado como el último procedimiento de negociación colectiva³⁴¹ a nivel de esta actividad económica.

Antes de proseguir, en este punto conviene verificar si un criterio de continuidad era el aplicable para determinar la procedencia de la negociación por rama, más aún cuando los antecedentes judiciales del caso operaban bajo la premisa de que los actuados en la Comisión Controladora de Trabajo Marítimo no constituían modalidades de negociación colectiva y que los productos normativos concebidos en el seno de la misma no eran convenios colectivos³⁴². Pasco comparte esta opinión, pues asume que esta instancia “no califica en sí misma como negociación colectiva, habida cuenta de que constituye una solución heterónoma a las partes, que [...] no seguía a la negociación entre las partes o la suplía ante el fracaso de las mismas, sino que aparecía directamente como definición del asunto”³⁴³.

A pesar de que existen elementos que avalarían esta postura, todo indica que la LRCT no se adscribe a este tipo de razonamientos. Ello se sustenta en dos motivos: en primer lugar, se tiene que una de las funciones de la ley fue la de sistematizar en un único cuerpo normativo las relaciones sindicales del país, con el objetivo –fallido o no– de optimizar los niveles de autonomía colectiva subyacentes en dichas relaciones. La falta de autonomía en el sector portuario, ya sea por causa de la estructura de la comisión o por la normativa cuestionable y dispersa que existía antes de la LRCT, no es óbice para negar la existencia de un conflicto sectorial sujeto a tratativas entre una organización de trabajadores y una asociación de empleadores, en el que se aspiraba a mejorar las condiciones de trabajo al interior de esta relación.

La segunda razón corrobora a la primera en base a los alcances concretos de la propia norma: el anteriormente citado artículo 71 otorga cobertura a “las negociaciones

³⁴⁰ PASCO LIZÁRRAGA, Mario. “Convención colectiva previa como condición de la negociación a nivel de rama”. *Laborem*. Lima, 2009, No. 9; p. 259.

³⁴¹ MEJÍA MADRID, Renato. “La negociación colectiva en el trabajo portuario: A propósito de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional”. *Soluciones Laborales*. Lima, 2009, año 2, No. 22, octubre; p. 34.

³⁴² Exp. 237-2007. Quinto Juzgado Especializado en lo Civil del Callao. Resolución 40 (09 de agosto de 2007).

³⁴³ PASCO LIZÁRRAGA, Mario. *Óp. cit.*; p. 266.

que se realizan a través de comisiones paritarias, multipartitas y demás casos especiales”. Las comisiones sectoriales de negociación y los decretos que delimitan sus competencias, que empiezan a desaparecer a inicios de los noventa, requieren de un reemplazo que se adecúe a las exigencias del modelo constitucional de autonomía colectiva, y si bien las falencias de la LRCT han sido por demás expuestas, su interpretación más favorable plantea que, mediante este artículo, se procura la continuidad de las negociaciones circunscritas a las actividades económicas cuya desarticulación fue propiciada por la disolución de estos organismos multipartitos.

La evidente consecuencia de nuestra interpretación es que, existiendo un antecedente de negociación por rama, lo que correspondería con arreglo a la norma es que se continúe negociando en este nivel. Sin embargo, el TC no emplea ni estas premisas ni aplica la misma norma para arribar a sus conclusiones: en lugar de guiarse por la existencia –o falta– de una negociación previa al interior de esta actividad económica, el Tribunal parece asumir que lo relevante aquí es el criterio subjetivo³⁴⁴, es decir, los sujetos que negocian, y no el ámbito en el que se ha negociado previamente; por ello, habiéndose disuelto la Comisión Controladora de Trabajo Marítimo, se estaría ante un supuesto de primera negociación entre nuevos interlocutores sociales, a la que le resultaría aplicable el primer párrafo del artículo 45 de la LRCT.

A pesar de que el razonamiento empleado para llegar a este punto tenga ciertas deficiencias, es al momento de valorar esta norma donde el TC toma un giro particularmente importante. Como prefacio de este análisis, el colegiado estudia el derecho a la negociación colectiva y los convenios colectivos conforme a los instrumentos internacionales que les dan contenido, entre ellos el Convenio 98, el 151, el 154 (el cual no ha sido ratificado por el Perú) y la Recomendación 91 de la OIT. Asimismo, reconoce los principios de la negociación sobre los cuales los órganos de control han colocado un fuerte énfasis: el principio de negociación libre y voluntaria, el de la libertad para decidir el nivel de la negociación, y el de buena fe.

Para Sarzo, en esta sentencia el TC recurre a los convenios internacionales para “la delimitación de forma más clara del alcance de un texto redactado en términos generales [...] esta vez, sí se observarán los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT para el empleo hermenéutico de la norma internacional”³⁴⁵. Ello se puede corroborar en el énfasis que se hace sobre la voluntariedad en la negociación,

³⁴⁴ NEVES MUJICA, Javier. *Óp. cit.*; p. 130.

³⁴⁵ SARZO TAMAYO, Víctor. *Óp. cit.*; p. 8.

un enfoque que, como se ha visto, se ausentó en la sentencia recaída en el Caso CAPECO; se afirma, así, que “la negociación voluntaria de convenios colectivos y, por tanto, la autonomía de los interlocutores sociales en la negociación, constituye un aspecto fundamental de los principios de la libertad sindical” (fundamento 12).

A mayor abundamiento, el fundamento 13 de la sentencia sostiene que:

“en virtud de este principio, el Estado no puede ni debe imponer, coercitivamente, un sistema de negociaciones colectivas a una organización determinada, intervención estatal que claramente atentaría no sólo contra el principio de negociación libre y voluntaria, sino también contra los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva. No obstante, ello no impide que el Estado pueda prever legislativamente mecanismos de auxilio a la negociación, tales como la conciliación, la mediación o el arbitraje, ni órganos de control que tengan por finalidad facilitar las negociaciones”.

Con estas consideraciones, el TC desglosa el principio de negociación voluntaria en dos garantías: la libertad para negociar y la libertad para convenir, cuyos alcances de acuerdo a los estándares internacionales implican que “no imponen la obligación formal de negociar o de obtener un acuerdo, ni obligan a los Estados a imponer coercitivamente la negociación colectiva”. Es muy claro que el fraseo de la sentencia se inclina hacia una negociación con márgenes de autonomía bastante amplios, lo cual, en el terreno de la estructura, solo puede significar que “la determinación del nivel de negociación colectiva debe depender esencialmente de la voluntad de las partes y, por consiguiente, no debe ser impuesto por la legislación” (fundamento 14).

El razonamiento del TC aquí resulta coherente con los criterios emanados de los órganos de control que han sido revisados anteriormente, y responde a la idea de que los sujetos colectivos “se encuentran en inmejorable posición para decidir cuál es el nivel más adecuado para llevar [la negociación] a cabo”. Sin embargo, antes de continuar con el análisis de cómo estas premisas repercuten en la valoración de la normativa actual, se debe remarcar que, así como se alega que en el Caso CAPECO el TC hizo una lectura antojadiza del artículo 4 del Convenio 98, al ignorar los alcances del principio de negociación libre y voluntaria, en dicha disposición hay un requerimiento que no puede ni debe pasar desapercibido: la necesidad de que las medidas a adoptarse sean “adecuadas a las condiciones nacionales”.

Con esta estipulación, el convenio de la OIT reconoce sus propios límites, al no poder desarrollar con especificidad el contenido de estas cláusulas, siendo los Estados

miembro las instancias idóneas para concretar la realización de estos mandatos. Por ello, dado que la negociación es más libre en una región donde las partes sociales gocen de mayor autonomía y poder para negociar, se debe repasar nuevamente el estado de cosas en nuestro país, para verificar si se puede practicar una negociación auténticamente *libre*: las reducidas tasas de afiliación sindical, sumadas a un sistema atomizado y anómico de negociaciones colectivas, más un modelo rígido de regulación de los mecanismos de presión, ponen en evidencia la necesidad de establecer condiciones de fomento, tendentes a fortalecer y empoderar a los sujetos colectivos.

Buscar que este esquema se erija dentro de un modelo en el que la voluntariedad y el abstencionismo estatal sean los pilares principales parece un ideal difícil de concretar, toda vez que la disparidad de los puntos de partida definitivamente inclina la balanza a favor de una de las partes: la patronal. Empero, hasta el momento este análisis es puramente abstracto, y solo menciona las conclusiones que recoge la sentencia del Caso Portuarios en base a los estándares internacionales de la OIT; el posterior desarrollo de estas premisas pone en evidencia que el TC no se desentiende de la labor tuitiva e igualadora que caracteriza al Estado Constitucional, pero en esta ocasión su atención recae en la conducta de las partes, y opta por abstenerse de ser el organismo que resuelva el conflicto subyacente entre ellas.

Esta renuncia implícita a ejercer el rol que desempeñó en la sentencia del Caso CAPECO es lo que lleva al Tribunal a sostener, con ocasión al Caso Portuarios, que, “por excepción, cabe la posibilidad de que el nivel de negociación colectiva pueda ser determinada por vía heterónoma (arbitraje) ante un organismo independiente a las partes, en función de la naturaleza promotora de la negociación colectiva” (fundamento 15). No obstante, no solo es el organismo decisorio el que va a modificarse, sino también el motivo que habilita dicho cambio: “[s]e ha pasado con esta sentencia de un criterio objetivo para sustentar la intervención jurisdiccional en la determinación del nivel negocial: las características de la actividad empresarial y laboral; a otro subjetivo: el comportamiento de mala fe de los empresarios durante la negociación”³⁴⁶.

Las relaciones laborales en el marco del trabajo portuario y en el de construcción civil tienen analogías que no se pueden ignorar: “(i) se desenvuelven en un mismo rubro, sin rotar de un sector a otro; (ii) tienen una actividad discontinua, ya que están ocupados solo cuando hay una tarea específica y por un tiempo determinado; y, (iii)

³⁴⁶ NEVES MUJICA, Javier. *Óp. cit.*; p. 137.

laboran sucesivamente para varios empleadores”³⁴⁷. En dicha medida, las condiciones objetivas para justificar un trato diferenciado en la sentencia del Caso CAPECO eran plenamente aplicables a este caso. Sin embargo, la sentencia prefiere omitir este asunto, guiándose más bien por los principios antes expuestos para argumentar que la parte empresarial ha actuado de mala fe, habiendo “abusado de sus libertades para negociar y para decidir el nivel de la negociación” (fundamento 25).

Con ello, la lógica del TC en esta sentencia sería la siguiente: la determinación del nivel negocial debe estar siempre sujeta a la voluntad de los sujetos colectivos, y las condiciones objetivas de la relación de trabajo no son motivo suficiente para la intervención del Estado en este extremo; sí lo es, sin embargo, el ejercicio abusivo del derecho de una de las partes, y la negativa a negociar o las inasistencias injustificadas a las reuniones de negociación se configuran como “conductas que han dificultado o hecho imposible la negociación colectiva” (fundamento 24), violentando el derecho de los trabajadores a la misma. Tal vulneración sí amerita la intervención estatal, al efecto de que el recurso a la negociación no se torne en ineficaz para los trabajadores.

Siendo la prioridad del TC que el conflicto se resuelva en el plano horizontal, es coherente que no considere meritorio determinar el nivel en el que se ha de negociar: en primer lugar, porque la manera en la que enuncia las libertades garantizadas en la negociación lo debe conducir a inhibirse de intervenir en aspectos tan importantes como este; y, además, porque su deber se reduce a garantizar que se efectúe la negociación sin que las partes recurran a la mala fe o al abuso de derecho con tal de impedirla. Si la línea de razonamiento se ciñera únicamente a ello, quizá bastaría con aplicar la consecuencia jurídica (primer párrafo del artículo 45 de la LRCT) al supuesto de hecho (primera negociación), pero la postura del TC respecto a la regulación vigente toma al arbitraje en una de las pocas alternativas posibles para proceder.

Para el Tribunal, el criterio para determinar la norma aplicable fueron las partes que integraban la relación sindicato-empresa (lo cual supone un problema en sí mismo), y siendo que la Comisión Controladora de Trabajo Marítimo se encontraba disuelta, al existir nuevos sujetos colectivos en el sector se debía tratar este escenario como una nueva negociación. Sin embargo, la disposición que se debía emplear para este supuesto también es objeto de críticas por parte del intérprete constitucional, y el punto de partida para sus cuestionamientos es, nuevamente, una de las libertades

³⁴⁷ *Ibidem.*; p. 131.

enumeradas a lo largo de la sentencia: la libertad para decidir el nivel de negociación, en la medida de que, a través de la norma, dicho nivel sería fijado supletoriamente.

Al tratarse de un proceso de amparo, y no de una acción de inconstitucionalidad, lo único que podía hacer el TC era declarar la inaplicación de esta norma al caso concreto, quedando así imposibilitado de expulsarla del ordenamiento a pesar de considerarla “materialmente inconstitucional” (fundamento 28). Ello es de alta relevancia por cuestiones que serán examinadas en su momento, pero en esta etapa del análisis cabe hacer referencia a la alternativa asumida por el TC: en una lógica tan limitativa de las facultades estatales, es necesario que se disponga de “mecanismos de auxilio a la negociación” (fundamento 13) si no se considera que las fórmulas legales existentes sean las adecuadas, y tales mecanismos no deberían valerse del poder estatal para ejercer sus respectivas funciones.

No obstante ello, el TC hace poco para justificar la opción del arbitraje; Mejía afirma que “[l]a sola posibilidad de someter la determinación del nivel de negociación a arbitraje, hubiera podido valer un análisis del Tribunal sobre la limitación que la parte final del segundo párrafo de la LRCT hace al sometimiento voluntario de dicha materia a arbitraje, limitación claramente contraria al principio de negociación libre y voluntaria”³⁴⁸. Efectivamente, el enfoque voluntarista defendido por el Tribunal habría hecho oportuno un pronunciamiento sobre otra de las disposiciones autoritarias del artículo 45, así como sobre la idoneidad del arbitraje para resolver los conflictos sobre el nivel, pero ambas discusiones estuvieron ausentes en la sentencia.

A pesar de que, al acudir al arbitraje, el Tribunal pretende atender a las observaciones realizadas por el CLS con respecto a la sentencia anterior³⁴⁹, el propio colegiado parece reconocer la insuficiencia en el desarrollo de la instancia arbitral como medio para resolver el conflicto de autos³⁵⁰, lo que queda evidenciado por la emisión posterior de dos resoluciones aclaratorias, una con fecha 01 de marzo de 2010 y otra con fecha 10 de junio de 2010. La primera de ellas se realizó en mérito de una solicitud de

³⁴⁸ MEJÍA MADRID, Renato. *Óp. cit.*; p. 36.

³⁴⁹ *Supra* 333.

³⁵⁰ VÍLCHEZ GARCÉS, Lidia. *Óp. cit.*; pp. 72-74: “[N]o queda claro cómo funcionaría un arbitraje en este sentido ni en esta etapa de la negociación, ni se ha evaluado el impacto que este pronunciamiento tendrá en el futuro [...] En relación con el arbitraje, surge la misma interrogante: ¿Qué atribuciones tiene el TC para disponer que a falta de acuerdo, se determine el nivel a través del arbitraje? Más aún, ¿por qué el arbitraje?, ¿por qué no hacerlo a través de la conciliación, de la mediación o de la resolución administrativa siempre que se garantice la independencia? Estas son cuestiones que debió responder el TC en la misma Sentencia, desarrollando con fundamentos y solidez jurídica la conclusión a la cual arribó”.

precisión presentada por la Dirección de Trabajo y Promoción del Empleo del Callao, en el sentido de aclarar si el arbitraje referido en la sentencia era el desarrollado en el Decreto Legislativo 1071 o la LRCT, siendo esta última la precisada por el Tribunal como la norma aplicable al supuesto mencionado en la sentencia.

La segunda resolución es la que ha sido estudiada con anterioridad, en la que el Tribunal actúa de oficio para determinar la naturaleza del arbitraje regulado en el artículo 61 de la LRCT. El origen de este pronunciamiento podría basarse en la necesidad de que las partes hagan efectiva la sentencia mediante la suscripción de un convenio arbitral (con arreglo al Reglamento), documento que la parte patronal se habría negado a firmar³⁵¹, tomando en inviable el arbitraje ordenado por el TC. Bajo esta premisa, resulta lógica la conclusión del Tribunal en esta resolución, donde, como se ha visto, determinó que el arbitraje previsto en la norma era potestativo, por lo que no requería del asentimiento de la otra parte para llevarse a cabo.

Con la emisión de un nuevo criterio jurisprudencial (y su posterior reglamentación a través del D.S. 014-2011-TR), se presentaría un nuevo problema para la aplicación de normas frente al supuesto de nuevas negociaciones: el primer párrafo del artículo 45 de la LRCT únicamente fue declarado “materialmente inconstitucional”, siendo inaplicable únicamente al caso concreto de los trabajadores portuarios; con ello, el resto de sindicatos que pretendan iniciar una negociación deberían hacerlo bajo la indicación de que, a falta de acuerdo, dicho proceso se llevará a nivel de empresa. Sin embargo, el D.S. 014-2011-TR, emitido para reglamentar el criterio jurisprudencial emanado de la sentencia, sostendría que, de no acordarse el nivel en la primera negociación, las partes estarían facultadas para interponer el arbitraje potestativo.

En consecuencia, existirían dos normas contradictorias en nuestro ordenamiento que regulan el mismo supuesto, para lo cual podrían bastar la aplicación de los principios jerárquicos propios de la disciplina³⁵², a fin de dilucidar la controversia sobre la disposición que resulte aplicable; pese a ello, la Dirección General de Trabajo se ha pronunciado bajo un criterio propio que le otorga alcance general a lo establecido por

³⁵¹ PASCO LIZÁRRAGA, Mario. “Sin puerto a la vista...”; p. 27.

³⁵² NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Segunda edición. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2009; p. 166. Según el autor, ante el supuesto de incompatibilidad entre ley y reglamento, “[c]omo este está sujeto a aquella, a la que no puede transgredir ni desnaturalizar, según lo dispone el numeral 8 del artículo 118 de la Constitución, incurre en invalidez al regular el mismo hecho de modo discrepante. Por tanto, en virtud de los límites materiales [...], el reglamento debe eliminarse, aunque sea más favorable para el trabajador. La regla de la jerarquía opera rígidamente en este caso”.

la sentencia³⁵³. Ante esta situación, y considerando que la experiencia señala que la incertidumbre sobre la aplicación de normas laborales divergentes solo ha servido para generar interpretaciones conflictivas entre los operadores jurídicos, lo mejor que puede hacer el legislador es establecer con claridad las normas aplicables y eliminar decisivamente los escenarios de contradicción como este.

En suma, la sentencia del Caso Portuarios tiene tanto falencias como aciertos: por un lado, se produce un retroceso en comparación con la Sentencia CAPECO, toda vez que el Tribunal hace un énfasis incisivo en las *libertades* propias de la negociación colectiva derivadas de los criterios internacionales, pero olvida las condiciones locales en las que tales libertades tienen el potencial de ser ejercidas, y no llega a hacer mención del deber de fomento estatal de la negociación. La acentuación de las prerrogativas que tienen las partes llega al punto de ser permisiva –en abstracto– con actos como la negativa a negociar un pliego o un nivel³⁵⁴, lo cual, en el supuesto de una lectura aislada, podría constituir un precedente peligroso.

El sometimiento del diferendo sobre el nivel negocial al arbitraje también es una señal del abstencionismo que prima en el razonamiento del colegiado, pues de esta manera rechaza pronunciarse sobre el fondo de la controversia. Sin embargo, también puede considerarse que con esta acción reafirma la “concepción de la negociación colectiva como pretensión”³⁵⁵, en la medida de que se invoca el arbitraje como una consecuencia de la mala fe negocial, plasmada en la indisposición de la parte patronal a tomar parte de las tratativas; al proscribir la mala fe, lo que busca este criterio jurisprudencial es hacer efectiva la negociación colectiva, conduciendo así a las partes a auto-limitar el ejercicio de sus libertades a lo largo del procedimiento negocial.

En cuanto al desarrollo normativo de la sentencia, este seguiría la misma lógica, no solamente al estipular a la mala fe como causal para la procedencia del arbitraje

³⁵³ Resolución Directoral 021-2011/MTPE/2/14: “[...] debe tenerse en cuenta que, conforme a la Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. 03561-2009-PA/TC, el intérprete de la Constitución estableció que si no existe una negociación previa entre las partes, y ellas no arriban a un acuerdo sobre el nivel de negociación colectiva, dicho nivel debía determinarse mediante el arbitraje. De esta manera, se declaró la inconstitucionalidad del primer párrafo del artículo 45° LRCT, el mismo que reconducía a las partes que discrepaban sobre el nivel de negociación –en la primera negociación– al ámbito de la empresa.”

³⁵⁴ MEJÍA MADRID, Renato. *Óp. cit.*; p. 35: “consideramos que el principio de negociación libre y voluntaria no puede ser entendido al extremo de amparar la negativa injustificada del empleador de negociar con determinada organización y/o a determinado nivel y, más bien, debe ser matizado por el principio de buena fe ante la presencia de una organización representativa”.

³⁵⁵ AGUINAGA MEZA, Ernesto y Guillermo BOZA PRO. *Óp. cit.*; p. 302.

potestativo, sino también para impedir que los empleadores se amparen en una norma flagrantemente inconstitucional para imponer el nivel en el que desean negociar. Empero, la técnica normativa empleada, por un lado, adolece de vicios de formalidad que no se han subsanado a la fecha, posibilitando su inaplicación en este extremo; y, por otra parte, ratifica la propuesta abstencionista de la sentencia del Caso Portuarios para resolver el problema, existiendo fórmulas que, como la empleada en el Caso CAPECO, fomentan la negociación colectiva de manera más activa.

4. La estructura de la negociación colectiva en cifras

En la presente sección del trabajo, se intentará esbozar un diagnóstico sobre la manera en que la legislación que ha sido objeto de crítica a lo largo de este estudio se traduce el día de hoy en los datos estadísticos que evidencian el ejercicio de derechos como la sindicación, la negociación colectiva y la huelga. Para ello, se emplearán las últimas cifras oficiales que han sido publicadas por el MTPE a la fecha de elaboración del presente trabajo, precisándose como campo de análisis el sector privado, y empleándose variables como la cantidad de trabajadores que integran este sector, la rama de actividad a la que pertenecen, el tamaño de empresa, la cantidad de convenios colectivos suscritos, los procedimientos para su concreción, entre otras.

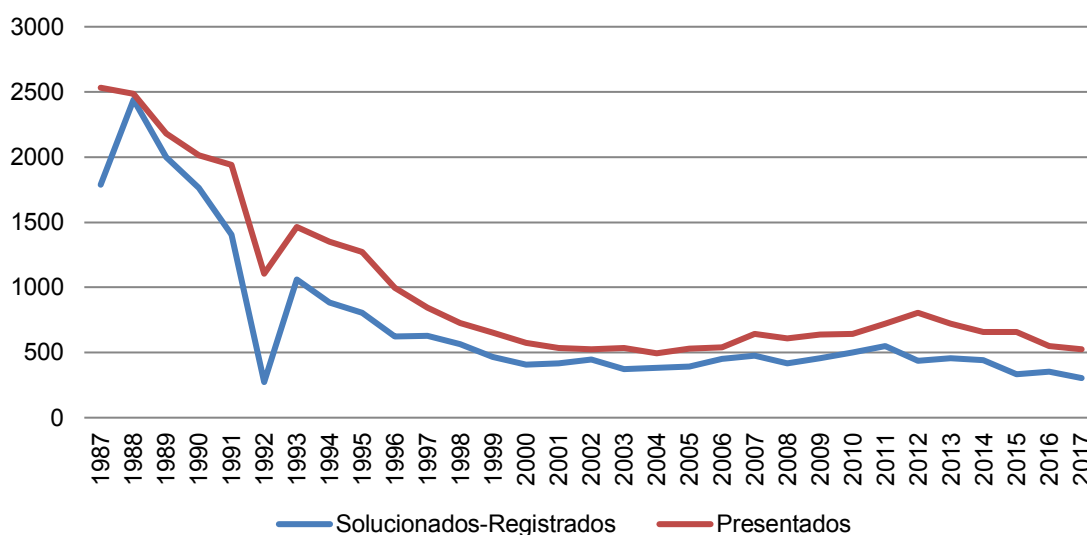
Dada la homogeneidad estructural de la negociación colectiva en el país, hacer un análisis descriptivo de la diversidad de niveles en los que se ejerce este derecho sería una tarea poco ambiciosa. Una labor más compleja, demandante y reveladora implicaría, antes bien, realizar una revisión de los sectores que adquieren un mayor protagonismo en el panorama económico y, a través de la información a disposición, determinar cuáles son los factores que, sumados al modelo local de relaciones colectivas, impiden que estos actores puedan centralizar sus intereses a través de negociaciones de mayor rango.

4.1. Cobertura actual de la sindicación y la negociación colectiva en el Perú

El análisis descriptivo del panorama sindical es un primer paso para corroborar si las problemáticas detectadas en relación a la legislación de relaciones colectivas se plasman en las tasas de afiliación sindical y de cobertura negocial. Empezando por el número de convenios suscritos, no solo se verifica que las cifras en los años 2015, 2016 y 2017 (332, 352 y 305 convenios, respectivamente) son las más reducidas en las últimas décadas, sino que también se configura una diferencia numérica cada vez

más agravada entre los pliegos de reclamos presentados y los convenios registrados, ocupando las negociaciones infructuosas un porcentaje anual considerable.

Gráfico 1: Pliegos de reclamos y convenios colectivos registrados por años 1987-2017*



Fuente: Anuarios Estadísticos del MTPE. Elaboración propia.
* Datos de 1992 corresponden solo a Lima Metropolitana

Respecto a este fenómeno, Villavicencio ha sostenido que, “a pesar del ingreso del arbitraje potestativo causal en setiembre del 2011, y del incausado a partir de febrero del 2014, la situación de los conflictos abiertos se ha agudizado, generando ruido adicional al sistema de relaciones laborales”³⁵⁶. Al representar el número de convenios colectivos suscritos (305) un 58% del número de pliegos de reclamos presentados (527), los datos revelan que, al año 2017, más de un tercio de los procedimientos negociales iniciados se han visto truncados o, en el mejor de los casos, han quedado inconclusos; en palabras de Canessa, “[a]ún con el arbitraje potestativo, la mayoría de los pliegos de reclamos simplemente quedan en el limbo”³⁵⁷.

Precisamente, en referencia a las vías procedimentales en las que se ha llegado a concretar la suscripción de convenios, se puede observar que el arbitraje es una alternativa que, pese a que su vigencia data desde la emisión de la LRCT, y que desde el año 2011 se ha amparado su modalidad potestativa, no es una instancia a la

³⁵⁶ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “Negociación colectiva: nuevos espacios y contenidos”. En: Autores varios. *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima: SPDTSS, 2016; p. 111.

³⁵⁷ CANESSA MONTEJO, Miguel. “El arbitraje laboral en la negociación colectiva: luces y sombras”. En: Autores varios. *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima: SPDTSS, 2016; p. 230.

que los interlocutores sociales recurran con mucha frecuencia para resolver el conflicto, lo cual, sumado a la citada problemática de los numerosos conflictos abiertos, sugiere que la implementación del arbitraje potestativo no ha marcado una diferencia sustancial en el propósito de incrementar tanto la suscripción de convenios colectivos como la subsecuente cobertura negocial en el país.

Cuadro 1: Convenios colectivos por etapas de solución 2011-2017

Etapas de solución	Año						
	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Negociación directa	440	353	359	350	284	286	261
Conciliación	37	32	34	32	30	21	16
Extra-proceso	58	20	30	34	8	29	21
Arbitraje	15	30	32	27	10	16	7
Total convenios	550	435	455	443	332	352	305

Fuente: Anuario Estadístico del MTPE. Elaboración propia.

De lo observado en el Cuadro 1, en conjunto con el Gráfico 1, no solo se constata el escaso protagonismo que ha tenido el arbitraje como medio para culminar el conflicto, sino que, en términos generales, parece haberse producido un agravamiento en los desincentivos para dar inicio a un procedimiento negocial, en la medida de que el riesgo de que el mismo no sea exitoso –por cualquiera de las vías que presenta el ordenamiento– se ha incrementado considerablemente, si se compara con las cifras registradas a lo largo de la década pasada.

Ahora bien, en cuanto al aspecto subjetivo del problema, corresponde atender a los sujetos cuyos derechos se han visto comprometidos con la suscripción de los convenios, o bien que disponen de una mayor posibilidad institucional para suscribirlos, por encontrarse afiliados a una organización sindical o de rango superior. En dicha medida, será preciso considerar a la cantidad de trabajadores que integran la actividad privada (cuyo eventual ejercicio de los derechos colectivos se encontraría regulado por la LRCT) y que, o bien gozan de la condición de sindicalizados, o bien se encuentran cubiertos por los beneficios de un convenio colectivo, a los que se deberá ubicar en un marco de comparación con todo el espectro de trabajadores asalariados del país que prestan servicios dentro de este ámbito (el privado).

Gráfico 2: Promedio de trabajadores en el sector privado según sindicalización en el año 2017



Fuente: Anuario Estadístico del MTPE. Elaboración propia.

Gráfico 3: Promedio de trabajadores en el sector privado según cobertura de la negociación colectiva en el año 2017



Fuente: Anuario Estadístico del MTPE. Elaboración propia.

Las cifras del Gráfico 2, de por sí lo suficientemente alarmantes respecto al grado mínimo de cobertura sindical en el país, se tornan aún más desconcertantes “si se toma en cuenta la población total que trabaja incluidos los informales”, con quienes “esta representación no llega siquiera al 1%”³⁵⁸. Si se intenta vincular este escenario

³⁵⁸ ARCE ORTIZ, Elmer. “Diálogo social y libertad sindical en el Perú”. *Temas Laborales*. Sevilla, 2006, No. 32; p. 114.

con el modelo descentralizado de las relaciones colectivas, se podrían encontrar respuestas tomando como punto de referencia el perfil organizacional de los sujetos colectivos que han venido suscribiendo la mayoría de convenios en el último periodo.

Cuadro 2: Convenios colectivos registrados por organización sindical en el año 2017

Organización sindical	Número de convenios
Federación	1
Sindicato único	72
Sindicato de obreros	141
Sindicato de empleados	61
Delegados de empleados y obreros	2
Delegados de obreros	18
Delegados de empleados	10
Total convenios	305

Fuente: Anuario Estadístico del MTPE. Elaboración propia.

En esta esfera, se presenta un nuevo indicador digno de preocupación: “el nivel fundamental de la estructura negocial peruana ni siquiera es el de empresa, sino que es el infraempresarial”³⁵⁹. Tal afirmación se deriva del hecho de que tanto los sindicatos únicos como los delegados de empleadores y obreros ocupan un espacio menor en el panorama convencional si es comparado con el asumido por los colectivos que se desenvuelven en ámbitos más fragmentados de la empresa, sin mencionar el nulo protagonismo emprendido por las federaciones, las cuales, pese a tener un lugar –aunque reducido– en la estructura sindical, han tenido una participación minúscula en la concreción de los convenios colectivos registrados.

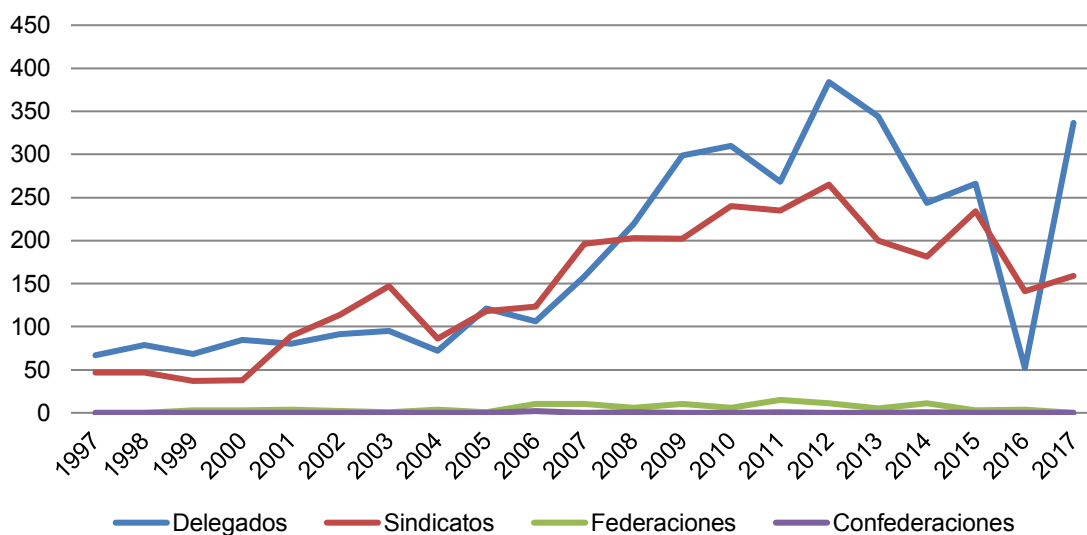
Los datos referidos al registro sindical pueden, desde otro punto de vista, proporcionar información sobre las estructuras sindicales predominantes; en buena parte de la región latinoamericana, “la imposición legal del sindicato de empresa como única o preferente estructura sindical, combinada con la exigencia, también legal, de un número mínimo de afiliados para constituir un sindicato, excluye de la posibilidad de sindicalizarse a la mayor parte de los trabajadores del país”³⁶⁰. Así, la fragmentación sindical se puede explicar, al menos en parte, por la carencia de mecanismos a

³⁵⁹ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *Óp. cit.*; p. 113.

³⁶⁰ ERMIDA URIARTE, Oscar. “Crítica de la libertad sindical”; p. 54.

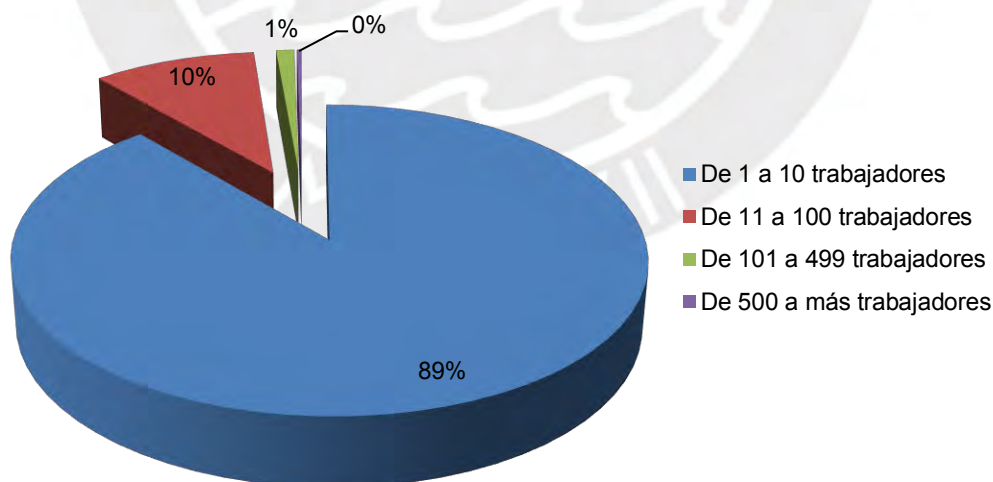
disposición de los trabajadores para constituir sindicatos que cohesionen a un número importante de ellos, así como en la propia estructura empresarial peruana, lo cual se confirma en los datos registrados en los Gráficos 4 y 5.

Gráfico 4: Registros sindicales en el sector privado por años 1997-2017



Fuente: Anuario Estadístico del MTPE. Elaboración propia.

Gráfico 5: Empresas del sector privado por cantidad de trabajadores en el año 2017



Fuente: Anuario Estadístico del MTPE. Elaboración propia.

De lo reportado en el Gráfico 4, se observa que el último año ha atestiguado un aumento importante en el registro de delegados; sin embargo, lo mismo no ha ocurrido

en el caso de los sindicatos, sobre los cuales, por el contrario, las cifras en los últimos dos años reflejan la menor cantidad de registros en la última década. Ello parecería evidenciar que los trabajadores vienen acudiendo a canales de representación menos institucionales, ya sea por la ausencia de posibilidades de constituir sindicatos, o por la falta de incentivos para formar organizaciones de articulación más compleja. De ser este el caso, el sindicalismo peruano no solo sería víctima de su estructura descentralizada y de las bajas tasas de afiliación, sino también del escepticismo del trabajador promedio sobre sus beneficios y de las trabas para constituirlos.

A su vez, lo detallado en el Gráfico 5 sirve para explicar con nuevas variables los datos precedentes, toda vez que las tasas de sindicalización y el escaso registro de convenios colectivos encuentran, junto a las marcadas deficiencias en la arquitectura sindical y la estructura negocial, una justificación importante en el tejido empresarial peruano, donde la preponderancia del modelo micro-empresarial³⁶¹ contribuye indudablemente a los déficits reportados. Aun con la implementación de la Ley 30056, la cual elimina los límites numéricos para la formalización de las microempresas³⁶², se puede ver que la gran mayoría de empresas formales en el sector privado incorporan a un número mínimo de trabajadores, propiciándose la atomización de los colectivos en diversos espacios fragmentados y ajenos.

Un último elemento que convendría revisar en este acápite es el nivel de presión colectiva que han podido ejercer los trabajadores del país para poder ver sus pretensiones satisfechas, toda vez que con ello se obtendría un medidor adicional de la eficacia del conflicto. Ahora bien, habiendo quedado evidenciado que las negociaciones locales tienden a llevarse a cabo en ámbitos descentralizados, las marcadas ocasiones en que las huelgas tienen relevancia sectorial o nacional suelen basarse “en un conflicto no vinculado con la negociación colectiva, habida cuenta que ésta no puede llevarse a cabo a este nivel porque los empleadores peruanos son totalmente reticentes a materializarla en cualquier ámbito supraempresarial”³⁶³.

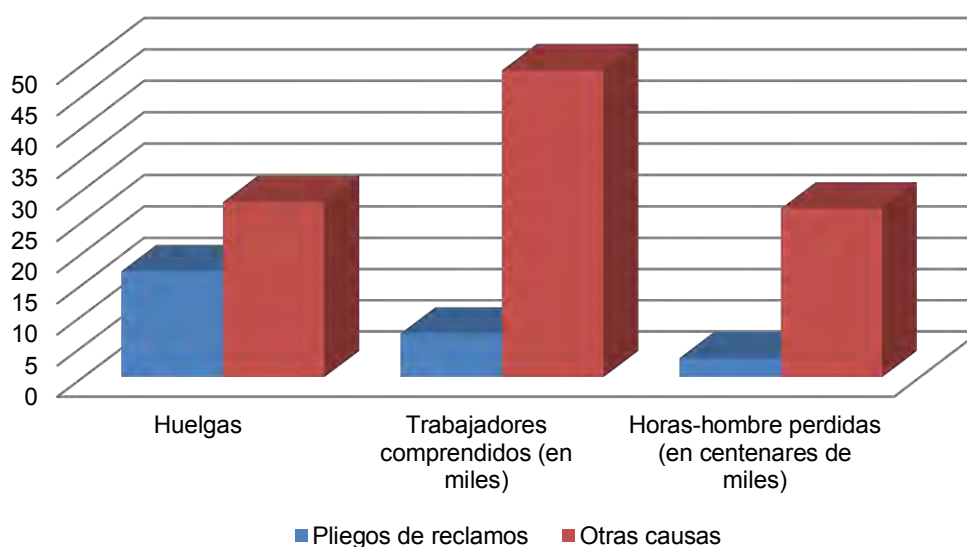
³⁶¹ CANESSA MONTEJO, Miguel. “Transformaciones del trabajo y nuevas formas de representación colectiva de los trabajadores en la empresa”. *Laborem*. Lima, 2015, No. 14; pp. 223-224: “con la descentralización productiva [...] las pequeñas unidades productivas se convierten en las predominantes. Por supuesto, esto no le resta importancia a la gran empresa, pero las estadísticas mundiales muestran que la micro y la pequeña empresa son las unidades productivas con más empleo”.

³⁶² CAMARENA CALERO, David. “Negociación colectiva por rama de actividad y empresas MYPES”. En: *Legis*. Consulta: 16 de junio de 2018.

<https://legis.pe/negociacion-colectiva-empresas-mypes/>

³⁶³ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “Las huelgas en el Perú actual...”; p. 129.

Gráfico 6: Huelgas en el sector privado, trabajadores y horas-hombre en el año 2017 por causas*



Fuente: Anuario Estadístico del MTPE. Elaboración propia.

Dos aspectos importantes se deben resaltar sobre el Gráfico 6. En primer lugar, continúa la tendencia de los trabajadores de ejercer en menor grado sus derechos colectivos, pues las huelgas realizadas en los años 2016 y 2017 (41 y 45) registran sus cifras más bajas en los últimos 16 años; lo segundo, es que las cifras de las huelgas originadas en el marco de una negociación no solo son menores, sino que presentan una abrumadora diferencia entre el número de trabajadores comprendidos y las horas-hombre perdidas en las huelgas realizadas por otras causas³⁶⁴.

Cuadro 3: Huelgas en el sector privado, trabajadores comprendidos y horas-hombre perdidas en el año 2017 por calificación

Calificación de la huelga	Huelgas	Trabajadores comprendidos	Horas-hombre perdidas
Procedente	6	1,856	214,392
Improcedente-ilegal	39	54,754	2,792,102
Total huelgas	45	56,610	3,006,494

Fuente: Anuario Estadístico del MTPE.

³⁶⁴ Según la información reportada por el MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. *Óp. cit.*; p. 40; las causas no vinculadas al pliego de reclamos incluirían el “incumplimiento de normas legales y/o convencionales, despido o amenaza de despido y otros motivos”.

Lo reportado en el Cuadro 3 completaría, de esta manera, nuestro esquema. A pesar de que la huelga ha sido identificada doctrinalmente como una de “las mejores herramientas creadas por el Derecho para promover la igualdad sustancial”³⁶⁵, lo único que evidencian estos datos es que su escaso ejercicio no solo se debe al pobre engranaje legal del que dispone el ordenamiento para que la autonomía colectiva sea una vía regulatoria aceptable para los actores sociales, sino que la propia Administración se presta como un antagonista adicional para que los trabajadores puedan recurrir a mecanismos que coadyuven a la eficacia de la negociación.

Más allá del hecho de que las huelgas no son tomadas por la mayor parte de trabajadores que ejercen su derecho de autotutela colectiva como una forma de materializar el petitorio del pliego de reclamos, la declaración de ilegalidad de la abrumante mayoría de estas es un fenómeno que torna a las posibilidades de entablar una negociación fructífera en un escenario cada vez más inalcanzable. Por ello, la exigüidad de sindicatos registrados y de convenios colectivos suscritos no pueden analizarse como detalles aislados o contingentes, sino como consecuencias lógicas y entrelazadas de todas las variables que han sido citadas hasta el momento.

De lo revisado hasta aquí, se ha pretendido realizar un análisis descriptivo y en buena parte corroborativo de los problemas legales apuntados en secciones anteriores del trabajo. Dada la naturaleza de la investigación, sin embargo, corresponde complementar lo estudiado con una serie de precisiones que, si bien poseen un componente especulativo, tienen una base en factores que se han venido reseñando – y otros adicionales–, y persiguen el objetivo de determinar las posibilidades que existen en el panorama económico nacional para que los sujetos colectivos puedan adaptar modalidades de negociación más centralistas y cohesionadas que las impuestas por el modelo vigente.

4.2. El alcance y las oportunidades para la negociación colectiva por rama de actividad y/u otros niveles supraempresariales

Se ha mencionado en otro momento del trabajo que las variables que explican la estructura de la negociación colectiva no son solo jurídicas. Si bien la complicitad de la norma con el modelo descentralizado de las relaciones colectivas es innegable, la composición del tejido empresarial y los sectores productivos nacionales tienen un rol

³⁶⁵ BALBÍN TORRES, Edgardo. “Nuevas perspectivas de las relaciones colectivas de trabajo”. *Soluciones laborales*. Lima, 2013, No. 64, abril; p. 54.

de gran importancia en esta dinámica, y estos son algunos de los elementos que deben ser estudiados con mayor profundidad para determinar la viabilidad y los eventuales beneficios de la implementación de un sistema distinto al actual, en el que se promueva la cohesión sindical y la negociación centralizada.

Asimismo, otro instrumento de análisis importante para la formulación de modelos alternativos es el enfoque comparatista, toda vez que, al incluir las cifras generales de la región y los perfiles de otros sistemas de relaciones laborales con rasgos distintos al nuestro, se pueden encontrar propuestas que contribuyan a absolver algunas de las interrogantes planteadas en esta sección del trabajo. En consecuencia, el estudio no se ceñirá únicamente a la información provista por instituciones locales, sino que también empleará datos comparados que han sido publicados por entidades internacionales dedicadas al estudio de la materia.

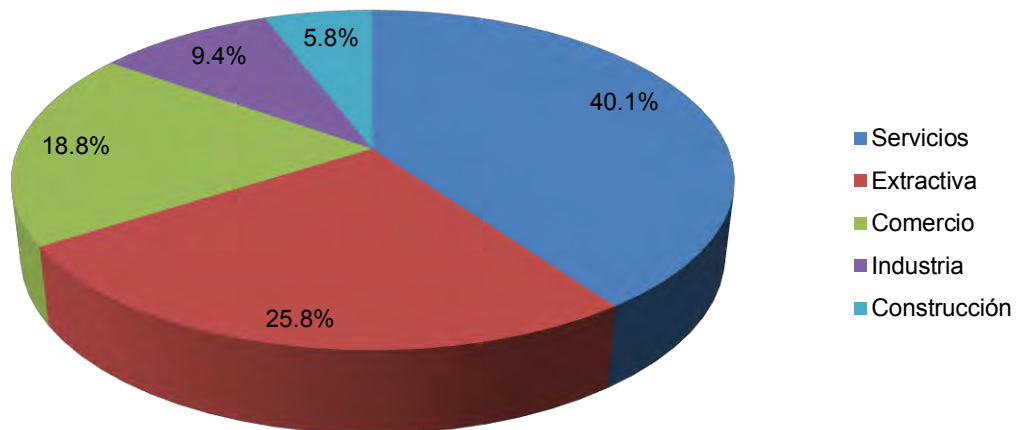
Convendría partir considerando los sectores con mayor participación en la economía del país. Al respecto, el antecedente inmediato del modelo vigente se retrotrae a la década de los noventa, donde la política de flexibilización fue promoviendo y se vio cada vez más acompañada por cambios en los factores económicos y productivos, cambios que “se reflejaron en el mercado de trabajo en una reestructuración ocupacional [...]. El derrumbe de los sectores industriales fordistas que producían bienes estandarizados en masa, o de los procesos de consolidación de una industrialización tardía, [...] reestructuró la organización productiva, cada vez más basada en el sector servicios y en empresas de pequeño tamaño”³⁶⁶.

En efecto, junto a la contundente presencia de la microempresa en el modelo económico, el Gráfico 7 presenta al sector servicios, también conocido como sector terciario, como la fuente ocupacional más importante del país durante el año 2017, lo cual es consistente con la información reportada en la última década. Este sector incluye actividades tales como los servicios comunitarios, sociales y recreativos, el transporte, almacenamiento y comunicaciones, restaurantes y hoteles, establecimientos financieros, seguros, bienes, inmuebles y servicios prestados a empresas, servicios personales, hogares, y electricidad, gas agua y saneamiento³⁶⁷.

³⁶⁶ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “La crisis del sindicalismo y la necesidad de promoción de la libertad sindical como expresión del interés público”. *Ius et veritas*. Lima, 2002, No. 24; p. 219.

³⁶⁷ MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. *Informe Anual del Empleo en el Perú 2017*. Lima: Dirección de Investigación Socio Económico Laboral, 2018; p. 83.

Gráfico 7: PEA Ocupada según Rama de Actividad en el año 2017



Fuente: Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza. Elaboración propia.

En comparación con el modelo basado en la industrialización por sustitución de importaciones, cuya estructura favorecía una mayor participación macro-sindical, la colectivización de la fuerza laboral en el sector servicios enfrenta nuevas variables y complicaciones: una de ellas consiste en que “[l]a fuerza del conflicto en el sector terciario es directamente proporcional a la creación de problemas a terceros sujetos”, pudiendo configurarse “abusos y efectos sobre usuarios y ciudadanos, pero también daños económicos sobre la actividad y el empleo de otros sectores afectados por la oleada de repercusiones que puede tener una determinada acción”³⁶⁸.

Sumado al carácter básicamente multilateral de las relaciones colectivas en este sector, se encuentra el problema de la “fragmentación, su pulverización en una multiplicidad de episodios limitados y difusos, lo que provoca que el poder de negociación de los actores sea difícil de encauzar y, por tanto, dificulta el acuerdo, el control y la regulación del conflicto”³⁶⁹. Con esto parece coincidir Ojeda, para quien la falta de unidad entre los trabajadores de las economías más avanzadas encuentra parte de su explicación en “una fragmentación agudizada por las nuevas tecnologías y la terciarización del empleo al momento presente”³⁷⁰.

³⁶⁸ ALÓS-MONER, Ramón y Antonio MARTÍN ARTILES. *Teorías del conflicto y negociación laboral: Una perspectiva sociológica*. Barcelona: Editorial UOC, 2002; p. 34.

³⁶⁹ *Ibidem.*; p. 35.

³⁷⁰ OJEDA AVILÉS, Antonio. *Derecho Sindical*; p. 46.

Por otro lado, otra de las ramas de actividad económica que tiene un rol protagónico en la configuración de los índices nacionales de empleo, sin mencionar su importante participación en el PBI local³⁷¹, es la industria extractiva. Incluyendo a actividades tales como la agricultura, ganadería, pesca, silvicultura, minería e hidrocarburos³⁷², este sector encuentra a la informalidad como una de las principales trabas para el ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores, pues al año 2017 las tasas por dicho concepto ascendían a un 73.7% a nivel sectorial³⁷³. En el caso concreto de la actividad minera, la OIT ha precisado algunas de las problemáticas que afrontan los trabajadores para sindicalizarse y negociar colectivamente:

“Los pequeños mineros trabajan en el sector informal y suelen hacerlo por cuenta propia. En consecuencia, generalmente no tienden a formar sindicatos o afiliarse a ellos. Particularmente en los casos en que no existen cooperativas ni asociaciones de mineros artesanos o a pequeña escala, los gobiernos tienen dificultades para encontrar interlocutores de esos mineros. En el sector de la minería a gran escala existen muchos sindicatos nacionales y dos federaciones sindicales internacionales, pero las empresas mineras a menudo han cuestionado la libertad sindical y de asociación, lo que ha provocado graves enfrentamientos entre la mano de obra y la dirección. Esto pone de relieve la importancia de que los gobiernos favorezcan el empoderamiento de la comunidad y establezcan marcos claros”³⁷⁴.

Dos ideas de alcance general se sustraen de lo anterior. De un lado, la falta de reconocimiento por parte de los empleadores y la debilidad institucional de los trabajadores se deben a una pluralidad de razones, pero una de particular importancia recae en la fragmentación laboral propiciada en estos sectores por las fórmulas organizativas que adoptan las empresas y que la propia ley avala. Ello no solo es una realidad en la rama de servicios, sino que también en el sector minero se cuenta con una regulación específica (el Decreto Supremo 005-2008-EM) para el registro de contratas dedicadas a la exploración, explotación, desarrollo y beneficio minero³⁷⁵.

Más allá de que la justificación detrás de estas opciones normativas –tanto las referidas a la subcontratación de servicios como a los regímenes laborales alternativos– encuentren su justificación en la necesidad de estructurar marcos más

³⁷¹ En el caso particular de la minería, ocupa el 9.8% del PBI nacional al año 2017 (MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS. *Anuario Minero 2017*. Lima: Ministerio de Energía y Minas, 2018; p. 47).

³⁷² MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. *Loc. cit.*

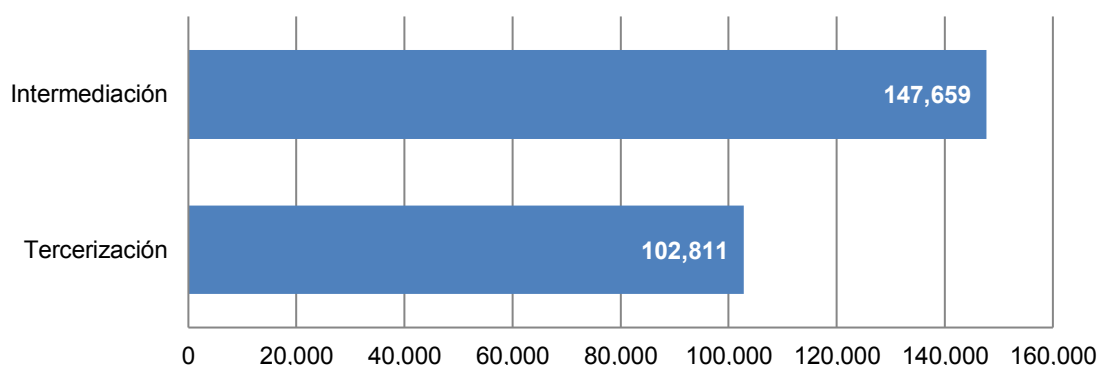
³⁷³ *Ibidem.*; p. 99.

³⁷⁴ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Aprovechamiento del potencial de las industrias extractivas*. Ginebra: OIT, 2017; p. 4.

³⁷⁵ SALVADOR VARGAS, Alfredo y Jorge TOYAMA MIYAGUSUKU. “Las contratas mineras: aspectos laborales”. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, 2009, No. 8; p. 154.

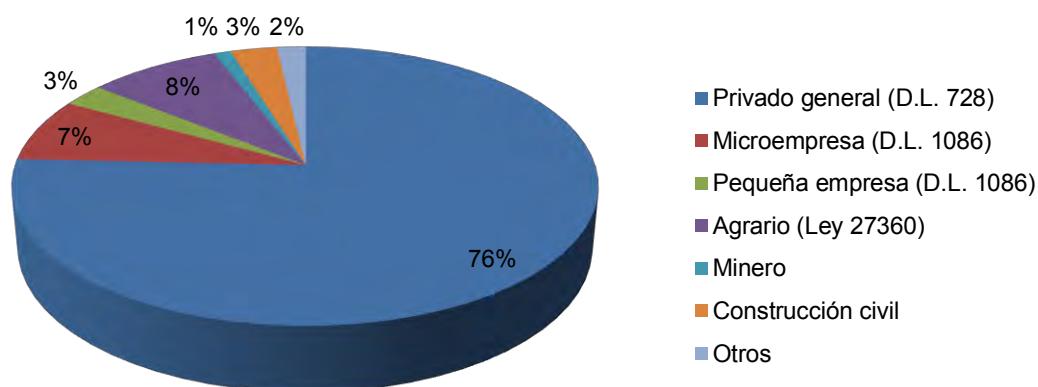
flexibles para el tratamiento de los trabajadores asalariados en su sectores respectivos, las cifras elevadas que estos regímenes legales registran adicionan una nueva preocupación para el planteamiento de una cobertura generalizada de la autonomía colectiva, dadas las dificultades que presentan para el debido encauzamiento de la misma.

Gráfico 8: Promedio de trabajadores según sistemas de subcontratación en el año 2017



Fuente: Anuario Estadístico del MTPE. Elaboración propia.

Gráfico 9: Promedio de trabajadores según régimen laboral en el año 2017



Fuente: Anuario Estadístico del MTPE. Elaboración propia.

De otro lado, y a propósito de la discusión que aborda el trabajo desde la legalidad, el segundo de los grandes obstáculos sistémicos para la configuración de un ordenamiento intersindical extendido a nivel nacional y multisectorial se encuentra

relacionado a los contratos laborales: mientras que en el espectro formal los contratos a plazo indeterminado se han convertido en la excepción de la regla³⁷⁶, al año 2017 “el 46,5% de los trabajadores asalariados (públicos y privados) se desempeñó en condiciones de informalidad laboral; es decir, casi la mitad de las personas que conformaron la PEA ocupada asalariada trabajaron de manera informal [...] esta tasa representó un total de 3 millones 561 mil 750 asalariados sin contrato laboral”³⁷⁷.

La informalidad se puede ver, en principio, como un impedimento intrínseco a que los trabajadores se sindicalicen o sean cubiertos por un convenio colectivo, toda vez que el hecho de que tanto estos como sus empleadores se encuentran al margen de la legalidad implica la imposibilidad de que unos y otros sean reconocidos como interlocutores sociales. Esto significa que “la estrategia más eficaz para alentar las negociaciones colectivas para los trabajadores de la economía informal consista en facilitar la transición de éstos a la economía formal. Las posibilidades de entablar negociaciones colectivas cuando las empresas están constituidas como sociedades y a los trabajadores se les reconoce jurídicamente como empleados”³⁷⁸.

Ahora bien, esta imperiosa necesidad de formalizar la economía depende de muchos factores, entre ellos un sistema de fiscalización laboral dotado de mayor cobertura y eficiencia, pero también del establecimiento de mecanismos institucionales que favorezcan la concertación con sectores que sean significativamente representativos de los trabajadores. En dicha línea, Carrillo sostiene que los Estados deben plantear políticas en aras del aumento de las tasas de la sindicalización y de la negociación colectiva, al efecto de “[c]onvocar espacios de diálogo social tripartito, en los que se aborde una agenda que incluya [...] [!]a formalización de los trabajadores informales para ampliar el número de asalariados y correlativamente de sindicalizables”³⁷⁹.

En adición a ello, la libertad sindical y la negociación colectiva también pueden verse en sí mismos como instrumentos para la mejora de las condiciones de trabajo de los informales. Bajo esta premisa opera la OIT cuando sostiene que:

³⁷⁶ Ocupando una tasa del 36% del promedio de contratos de trabajo suscritos en el sector privado durante el año 2017 (MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. *Anuario Estadístico...*; p. 149).

³⁷⁷ MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. *Informe Anual...*; p. 55.

³⁷⁸ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad de asociación y la libertad sindical en la práctica: lecciones extraídas*. Ginebra: OIT, 2008; p. 61.

³⁷⁹ CARRILLO CALLE, Martín. “La mejora de la cobertura de la negociación colectiva en América Latina”. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*. México D.F., 2015, No. 21, julio-diciembre; p. 27.

“Las redes de la economía informal, las asociaciones y las organizaciones no gubernamentales también se pueden alinear para reforzar su posición negociadora con las organizaciones de empleadores [...] Los sindicatos y las asociaciones de trabajadores también pueden brindar un fuerte apoyo en términos de fortalecimiento de capacidad para la negociación colectiva y la sensibilización de los trabajadores y empleadores de la economía informal respecto de los beneficios que esa negociación entrañaría”³⁸⁰.

Sobre la base de consideraciones de este orden, Pasco sostiene que, “si la empresa elefantiásica está en declive y si las mayores fuentes de empleo estarán en las empresas de mínimo nivel, la forma de organización sindical a nivel de empresa no es funcional, y deberá evolucionarse hacia un *sindicalismo de escala*, que puede reunir y unificar muchos grupos diversos”³⁸¹ (énfasis agregado). A pesar de que esta propuesta no ha encontrado vías de fomento legislativo, las razones que justifican su implementación parecen evidenciarse por sí solas, dentro de un modelo que, así como presenta trabas materiales e institucionales para la integración de los trabajadores, genera a su vez una manifiesta necesidad de cohesión y solidaridad entre aquellos que integran los distintos ejes de nuestra estructura ocupacional.

En el terreno de la minería, precisamente, se ha hecho eco de estas necesidades con particular incisión: en marzo de 2019, la Federación Nacional de Trabajadores Mineros Metalúrgicos y Siderúrgicos del Perú presentó ante la Dirección Nacional de Trabajo un pliego denominado “pliego nacional de rama de actividad minera”, cuyo ámbito de aplicación comprendería a los “trabajadores directos de las empresas principales o usuarias, así como a los trabajadores de las empresas tercerizadoras y de intermediación laboral, obreros y empleados, de empresas del sector minero, metalúrgico y siderúrgico cualquiera fuese su tamaño, a nivel nacional, sean estas empresas públicas, privadas o mixtas, sin excepción alguna”.

Si bien a la fecha este pliego se encuentra pendiente de absolución, llama la atención la justificada apuesta que han realizado los trabajadores de esta rama por una negociación de mayor alcance, considerando que, a pesar de las limitaciones que afrontan para el ejercicio de sus derechos colectivos, se trata de un sector con una tradición sindical importante y un estatus considerablemente activo³⁸². El proyecto de

³⁸⁰ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Loc. cit.*

³⁸¹ PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “El futuro de los sindicatos en el siglo XXI”. *Ius et veritas*. Lima, 1997, No. 15; p. 38.

³⁸² Habiéndose suscrito en el año 2017 un total de 54 convenios colectivos en el rubro de la explotación de minas y canteras (MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. *Anuario Estadístico...*; p. 64).

convenio presentado puede dar fe de su institucionalidad, pues el mismo no solo somete a negociación diversos contenidos salariales, ocupacionales u otros, sino que también prevé la articulación con los convenios de nivel empresarial y el establecimiento de un comité paritario integrado por representantes de ambas partes.

En el actual estado de cosas, la ley faculta a la asociación de empleadores a rechazar el ámbito invocado en el pliego, sin que se presenten mayores consecuencias jurídicas para dicho acto que no sean la redirección de la negociación al nivel de empresa; por esta razón, para este escenario no es tanto en el terreno de lo legal donde pesan las posibilidades para poder concretar una negociación de nivel supraempresarial, sino en el de la estrategia sindical. En función de ello, el resultado de este proceso constituirá un precedente importante para determinar si, pese a que la normativa y el sistema en general no afianzan este tipo de prácticas negociales, las mismas encuentran algún puente de acción que no se ha visibilizado hasta ahora.

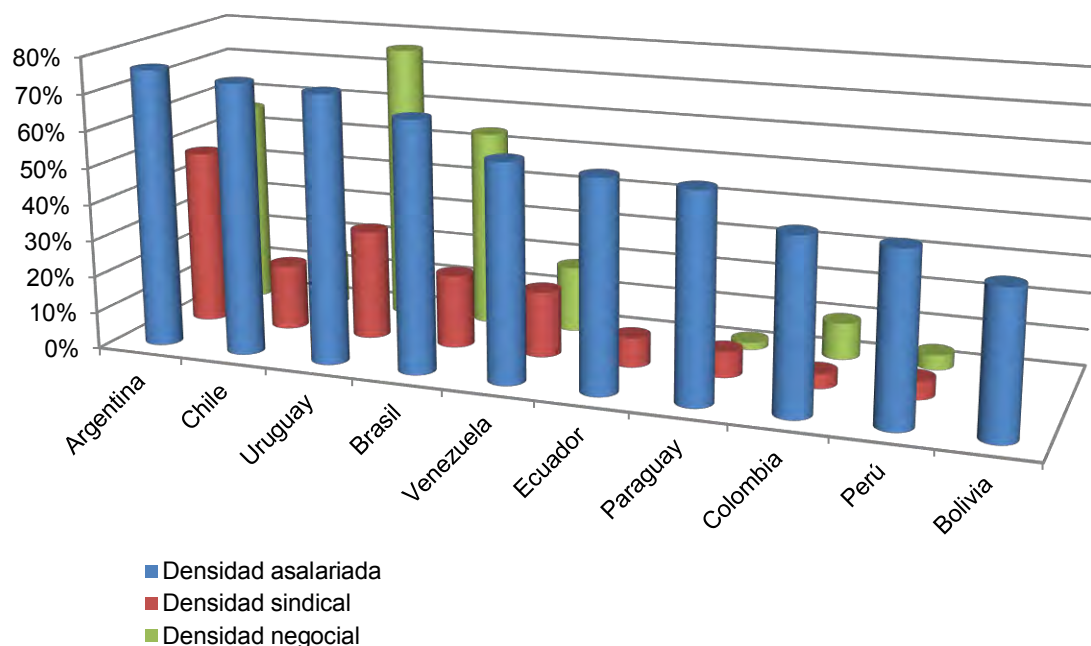
Sin perjuicio de lo que estas incursiones sindicales puedan significar a futuro, lo cierto es que en nuestro país el estado de la cuestión en materia de posibilidades para negociar en niveles más centralizados es crítico, más aún si es analizado a partir del contexto regional. En dicho sentido, por más que la regla general en América Latina sea la negociación descentralizada³⁸³, y que las instituciones sindicales no se destaquen por la extensión de su cobertura, el caso peruano es particularmente preocupante, en la medida de que las tasas que presenta relacionadas a su densidad asalariada, densidad sindical y densidad negocial se encuentran entre las más bajas del continente, lo cual merece una revisión, aunque sea somera, de sus causas.

Para tal efecto, el Gráfico 10 emplea, como base del cálculo de las tasas de trabajo asalariado, las cifras relativas a la ocupación laboral total de cada país, mientras que las tasas de densidad sindical y negocial se calculan en función de la población asalariada formal³⁸⁴. Así, se tiene que los países de la región sudamericana en los que existe un mayor registro de trabajadores formales son también los que presentan mayores tasas de cobertura de la sindicación y la negociación colectiva; la correlación, sin embargo, no es evidente ni necesaria, sobre todo si se observa la heterogeneidad de las cifras en cada uno de los ámbitos de referencia.

³⁸³ ERMIDA URIARTE, Oscar. "Crítica de la libertad sindical"; p. 53.

³⁸⁴ CONFEDERACIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DE LAS AMÉRICAS. *Panorama laboral normativo en materia de libertad sindical y negociación colectiva en América Latina y Caribe*. San José: CSA-CSI, 2016; pp. 199-201.

Gráfico 10: Densidad asalariada, sindical y negocial en Sudamérica al año 2015



Fuente: Oficina Internacional del Trabajo. Elaboración propia.

En relación al grado de ejercicio de los derechos colectivos, se observa, desde una primera aproximación, que en los cuatro países con mayores tasas de trabajo asalariado se ha abordado el eje colectivo de las relaciones laborales desde perspectivas marcadamente distintas, lo cual se puede evidenciar desde la lectura de sus resultados: mientras Brasil y Uruguay presentan un nivel de cobertura negocial bastante alto entre los trabajadores formales, aun cuando las tasas de sindicalización no son muy altas, en Argentina existe un peso correlativo entre ambas variables; lo último también se puede afirmar respecto al caso chileno, aunque en este país, a diferencia de los otros tres, las cifras señalan que estos derechos no son ejercidos en proporciones significativas por la población asalariada.

En base a lo anterior, se pueden afirmar dos cosas: por un lado, que existe una mayor probabilidad de que los países con mayores tasas de trabajo asalariado tengan una cobertura sindical y convencional considerable, pero a la vez que una política eficaz de formalización no es suficiente para lograr dicha meta (pues, si así lo fuera, Chile también presentaría cifras favorables); de ahí que la segunda afirmación que se sustrae de estos datos es que una de las garantías más logradas para que un número importante de trabajadores en un país acceda a los beneficios de la sindicación y la negociación colectiva es un modelo centralizado de negociación, pues no es

casualidad que los Estados que presentan las tasas más altas en estos ámbitos sean los únicos que se rigen por dichos modelos en nuestra región³⁸⁵.

Como corolario de lo anterior, una lógica a la inversa solo nos puede llevar a concluir que existe una relación directa entre los modelos descentralizados de sindicación y negociación, y las bajas tasas de afiliación sindical y de suscripción de convenios colectivos en el resto de países sudamericanos. La imposición legal de la negociación por empresa excluye a muchos sectores de la población de la posibilidad de ejercer sus derechos sindicales, lo que resulta en escenarios poco dados a producir cifras que le confieran un rol protagónico a las relaciones colectivas. Ermida sostiene que:

“la imposición de la estructura descentralizada es particularmente inapropiada para los países latinoamericanos. En efecto, se trata en su mayoría de economías de limitada dimensión, en las que entre el 80% y el 90% de la población económicamente activa (PEA) trabaja en empresas pequeñas; siendo así, la mayor parte de los trabajadores no puede constituir un sindicato [...] Se genera así un sindicalismo débil, atomizado y confinado, además, al limitado espacio de la empresa. En una coyuntura de descentralización empresaria, tercerización, precariedad e informalidad, como la que se vive en estos tiempos, el sindicato de empresa queda sujeto a las decisiones del empleador”³⁸⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, debe entenderse que no existe una única forma de comprender el vínculo entre los modelos negociales adoptados en cada país, sus grados de fomento, el beneficio obtenido y la manera en que estas medidas impactan el mundo del trabajo asalariado. Antes bien, y más allá del enfoque crítico que merezca emplearse para analizar cada sistema, “las características del sindicalismo de un país o de una región dependen de toda una constelación de factores económicos, sociales y políticos, de tradiciones y vivencias históricas. El elemento tradicional influye sobre todo en la configuración de la legislación sindical, cuyas modalidades pueden perdurar o cambiar bruscamente al vaivén de los regímenes”³⁸⁷.

En el caso peruano, no solo tenemos una tradición normativa represiva, reglamentarista e inequívocamente descentralista de las relaciones colectivas, sino que también existe un panorama económico plagado por una de las tasas de informalidad más críticas de la región; un modelo que, basado en una economía

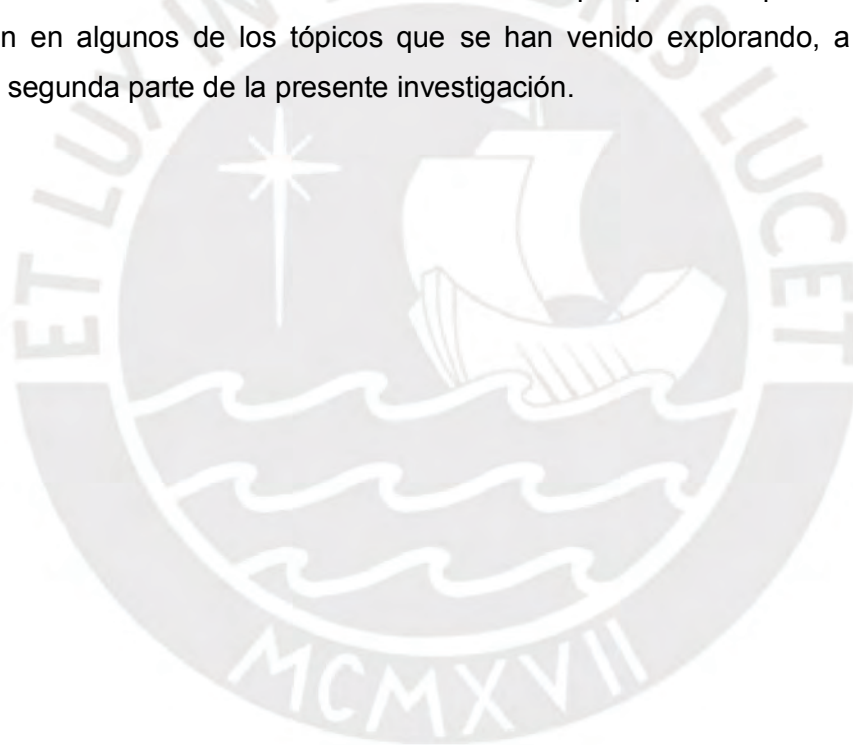
³⁸⁵ ERMIDA URIARTE, Oscar. *Loc. cit.*

³⁸⁶ *Ibidem.*; p. 54.

³⁸⁷ VON POTOBSKY, Geraldo. “Las organizaciones sindicales”. En: CORDOVA CORDOVÉS, Efrén. *Las relaciones colectivas de trabajo en América Latina: Estudio de sus actores, sus diversas manifestaciones y sus conflictos, con especial referencia al sector privado*. Ginebra: OIT, 1981; p. 25.

terciaria, facilita la fragmentación de la fuerza de trabajo y la atomización micro-empresarial; y, un sistema legislativo que facilita la precarización del trabajo formal a través de las modalidades contractuales a plazo fijo, los regímenes especiales y la subcontratación. A nuestro parecer, estas problemáticas no solo explican la ausencia de prácticas negociales más cohesivas en el país, sino que, por todo lo que se ha visto, también justificarían una reforma que busque implementarlas.

Lo esbozado hasta aquí ha servido para exponer los distintos puntos críticos que atraviesa el estado actual de las relaciones colectivas en el país, con especial atención a la estructura de la negociación. Si bien a estas alturas del trabajo resulta lo suficientemente clara la necesidad de que se realice un replanteamiento normativo que tome en cuenta cada una de las variables estudiadas, los contenidos y los alcances de la misma deberán ser abordados desde perspectivas que añadan y que profundicen en algunos de los tópicos que se han venido explorando, a lo cual se avocará la segunda parte de la presente investigación.



CAPÍTULO 2: LA IMPORTANCIA DE UN REPLANTEAMIENTO LEGISLATIVO ENCAMINADO A LA PROMOCIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN NIVELES ALTERNATIVOS

Dado que esta investigación tiene como propósito el planteamiento de una reforma legislativa relacionada a la estructura de la negociación colectiva, el presente capítulo se dirige precisamente a ello: presentar una propuesta que aspire a corregir las falencias que, según se ha intentado evidenciar, nuestra normativa presenta sobre esta materia; propuesta que, además, deberá alinearse con los principios de un Estado Social de Derecho, que fomenten la eficacia de la negociación colectiva y modelen un sistema democrático de ordenación de las relaciones laborales, y que a su vez pruebe tener un impacto positivo sobre el panorama económico nacional.

Para la concreción de tales objetivos, es propicio analizar de manera autónoma cada una de las variables que los integran. Una propuesta legislativa no puede ceñirse únicamente a su validez jurídica para justificar su implementación, sino que debería centrarse en la manera como satisface el interés general de la población³⁸⁸, por lo que, en lo referido a la cuestión de su relevancia e impacto político, se aportarán perspectivas desde el modelo democrático de las relaciones industriales, y se intentará determinar si es viable la transición desde un sistema de garantías laborales reguladas heterónomamente hacia un modelo en el que primen los instrumentos normativos de consenso originados en el acuerdo colectivo.

Por otro lado, se examinará el efecto económico que tendría la adopción de un esquema legislativo tendiente hacia la centralización de las relaciones colectivas. A pesar de que las corrientes neoliberales se oponen a las medidas que planteen una mayor cohesión sindical, el presente trabajo procurará hacer una revisión seria de la literatura económica relacionada al tema para verificar las posibles implicancias de una norma que favorezca tales características. Cabe precisar que, si bien en el marco del iuslaboralismo la regulación ha sido estudiada tradicionalmente en base a los derechos que tutela, y no al nivel de carga económica que acarrea consigo, es

³⁸⁸ Concepto entendido conforme lo hace MEILÁN GIL, José Luis. "Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español". *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, 2003, año 3, No. 11, enero-marzo; p. 196; quien sostiene que "[l]os derechos fundamentales son intereses generales permanentes. Otros intereses generales son variables de acuerdo con la alternancia democrática como concreción de los programas de los gobiernos en relación con la declaración de servicios esenciales y, en general, en desarrollo de los principios constitucionales rectores de la política social y económica y en ese sentido con posibilidad de ser invocados ante los Tribunales y aplicados en ocasiones como un principio general de Derecho".

importante que una propuesta normativa intente detallar sus implicancias en este ámbito, al ser un aspecto de política pública que debe ser necesariamente discutido.

Asimismo, el análisis jurídico deberá realizarse a partir de diversas aristas: por un lado, a partir de los principios frecuentemente asociados a la autonomía colectiva y aquellos que la subyacen, en el entendido de que los mismos precisan de una interpretación que se adecúe a las condiciones que presenta el panorama nacional de relaciones colectivas para su funcionamiento, sin que para ello baste la simple aplicación de los criterios emanados de los organismos internacionales. Lo anterior es particularmente relevante cuando se tiene en consideración el rol protagónico que la Constitución le asigna a la autonomía colectiva para la ordenación de las relaciones laborales.

Desde una misma óptica aspirante a optimizar los principios derivados de la Carta Magna, es de gran importancia atender el aspecto subjetivo de las deficiencias estructurales de nuestro modelo negocial; para tal efecto, se estudiarán los segmentos de la población laboral que se encuentran imposibilitados de negociar colectivamente por diversos factores, muchos de ellos originados en la propia norma. Siendo este un problema de eficacia en el ejercicio del derecho a la negociación colectiva, deberá ser seguido por el análisis detallado del deber de fomento, puesto en confrontación con otras instituciones fuertemente asociadas a tal derecho, debiéndose proceder con un examen de ponderación en el extremo pertinente, al efecto de determinar qué propuestas son viables jurídicamente a la luz de su ejercicio.

La parte final de este capítulo tomará precisamente las premisas delineadas a lo largo del mismo, con el propósito de presentar una propuesta legislativa acorde a estas. La propuesta deberá incluir las diversas variables que integran el concepto de estructura de la negociación colectiva, con particular incisión en la determinación del nivel negocial en un escenario de nueva negociación. Dicha propuesta deberá ser acorde con el deber de fomento de la negociación colectiva y con los principios de base política, económica y jurídica que sean incorporados a nuestro estudio a través de las siguientes líneas.

1. Objetivo político: la legitimización de los sujetos colectivos y el redimensionamiento de las políticas de empleo

No cabe duda de que, por más que el análisis de su desenvolvimiento se debe realizar dentro del marco de un ordenamiento jurídico y un escenario económico particular, el

sindicalismo es también un fenómeno político. Su trascendencia en este campo se puede plantear desde el rol que cumplen los sujetos colectivos en un Estado democrático y en una economía social de mercado, así como también desde la perspectiva de la elaboración de políticas públicas, donde el eje regulatorio de la autonomía colectiva no solo permite la concepción de un ordenamiento paralelo en el que se regulan las relaciones sindicales con mayor especificidad y dinamismo, sino que garantiza un encauzamiento adecuado del conflicto que surge en las mismas.

Por ello, la primera línea de análisis que se procederá a desarrollar en este capítulo será el factor político que se debe considerar al momento de normar las relaciones colectivas de trabajo, donde la idoneidad de la regulación se medirá en función de sus capacidades para garantizar la paz social, para establecer mayores y mejores canales de representación de la ciudadanía, y para promover mecanismos de tutela que se adecúen a los estándares dados en la comunidad internacional.

1.1. La reducción de la conflictividad social y la reconfiguración de las políticas de empleo: De la generalidad de la ley a la especificidad del convenio colectivo

El 16 de diciembre del 2014, el Congreso de la República emitió la Ley 30288, Ley que promueve el acceso laboral de jóvenes al mercado laboral y a la protección social. Siguiendo la lógica de los modelos legislativos de flexibilización unilateral y selectiva que la antecedieron en la década anterior, esta norma pretendía promover el acceso al empleo de los jóvenes de 18 a 24 años sin previa incorporación a planilla electrónica mediante la eliminación de beneficios legales como la Compensación por Tiempo de Servicios, las Gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad, la disminución del período de vacaciones y el rompimiento con el principio de causalidad, al posibilitar la contratación temporal sin necesidad de alegar una causa objetiva.

La reacción de la ciudadanía a esta propuesta política regresiva –sobre todo la del sector juvenil potencialmente afectado por la medida– pondría en evidencia los rasgos generales del estado de la cuestión laboral en el país: “una problemática largamente postergada, invisibilizada y subordinada en el orden de prioridades de los últimos gobiernos y de la agenda pública local”³⁸⁹. La masividad de las manifestaciones públicas de rechazo a esta norma no fueron más que una erosión del malestar

³⁸⁹ FERNÁNDEZ-MALDONADO MUJICA, Enrique. “Perú: de la Ley General del Trabajo al Régimen laboral «Pulpín». Apuntes para una aproximación al proceso laboral (2000-2014)”. *Cuadernos del Cendes*. Caracas, 2015, año 32, No. 89, tercera época, mayo-agosto; p. 142.

generalizado que la política laboral ha generado en el país en las últimas décadas, un malestar que, a diferencia de otros fenómenos sociales, ha tenido canales de manifestación más limitados, y ello se debe a una pluralidad de razones.

Una primera razón consiste en la dificultad de detección de los conflictos laborales, en el sentido de que “no se sabe qué dinámicas tienen, básicamente porque no se poseen datos exactos que los cuantifiquen o permitan analizar sus dinámicas [...] El problema es más claro si se toma en que muchas situaciones de conflictividad laboral no llegan siquiera a ser registradas, a la vez que muchas situaciones de potencial conflictividad son invisibilizadas en el actual estado de cosas”³⁹⁰. Ello se explica por el hecho de que muchos espacios laborales carecen de una representación institucionalizada de los trabajadores, por lo que los empleadores no tienen incentivos para solucionar los conflictos latentes ni el Estado tiene manera de identificarlos.

Una segunda razón se encuentra en una de las narrativas más comunes en el estudio de las relaciones laborales en el país, que no por ser repetitiva deja de reflejar una situación crítica para el estatuto del trabajador peruano: la precariedad. Tomando como referencia los atributos normalmente vinculados con el empleo precario, entre ellos “las dimensiones de inestabilidad, carencia de protección, inseguridad, las debilidades sociales y económicas”³⁹¹, no es difícil entender cómo este fenómeno, además de ser una consecuencia de la política neoliberal de desregulación del mercado laboral, también funge como un mecanismo de silenciamiento de la fuerza de trabajo, evitando, con la instalación de un panorama que reprime el diálogo y la movilización, que se consoliden los canales de racionalización del conflicto.

Por último, los continuos cambios en el modelo económico y productivo también sirven al propósito de entender por qué el conflicto laboral y la propuesta sindical encuentran mayores dificultades para visibilizarse. La observación más evidente indica que una economía globalizada presenta, para muchos, un perjuicio para los valores abanderados por la tradición sindical: “la equidad, la justicia y la cohesión social, se ven amenazados. La mundialización y las fuerzas del mercado están transformando el

³⁹⁰ MANKY BONILLA, Omar. “Tres reflexiones sobre los conflictos laborales en el Perú: definiciones, dinámicas y soluciones”. En: *Enfoque Derecho*. Consulta: 10 de abril de 2018. <https://www.enfoquederecho.com/2012/05/10/tres-reflexiones-sobre-los-conflictos-laborales-en-el-peru-definiciones-dinamicas-y-soluciones/>

³⁹¹ GAMERO REQUENA, Julio. *El empleo precario en el Perú, 1980-2008: una explicación alternativa del problema y propuesta de políticas públicas para su superación*. Tesis para optar el Grado Académico de Magister en Gestión y Desarrollo. Lima: Universidad Nacional de Ingeniería, Post Grado FIECS, 2010; p. 18.

entorno social y económico de los trabajadores y están cuestionando la pertinencia de los métodos establecidos de distribución de ingresos [...]. El aumento de las desigualdades [...] se manifiesta a través de la segmentación de los mercados y la polarización de los trabajadores”³⁹².

Empero, los cuestionamientos que la globalización de la economía y el desarrollo de las nuevas tecnologías plantean para el panorama laboral no solo son ideológicos: la llamada “reestructuración productiva”³⁹³ de la región implica cambios tanto culturales como organizacionales para la gestión de las empresas, mudando los paradigmas productivos modernos como el fordismo-taylorismo, bajo los cuales se concibió originalmente el movimiento sindical, hacia perspectivas que favorecen la descentralización productiva, la flexibilidad organizacional (ejemplo de ello es la metodología toyotista del *justo a tiempo*) y el debilitamiento del Estado Social³⁹⁴.

Frente a estos escenarios, dos tipos de discusiones han surgido, cuyo abordaje es sumamente importante: por un lado, determinar si la autonomía colectiva continúa siendo un cauce viable para solucionar el conflicto y el malestar generado por los fenómenos subyacentes a la economía local y global; y, por otra parte, si en términos macro el Derecho Laboral continúa fungiendo como un instrumento adecuado y eficaz para la tutela de los derechos del trabajador. Las respuestas a ambas cuestiones se encuentran interrelacionadas, pero se plantean de forma independiente con la finalidad de distinguir las problemáticas que son abarcadas por cada una de ellas.

En el caso de la primera cuestión, se debe poner en relieve la procedencia de los argumentos que pretenden difuminar la capacidad de autorregulación de los intereses

³⁹² SOMAVÍA, Juan. “Los sindicatos en el siglo XXI”. En: ARRIOLA PALOMARES, Joaquín (editor). *Globalización y sindicalismo (Vol. 3). La respuesta sindical a la globalización*. Valencia: Germania Serveis Gràfics, 2001; p. 11.

³⁹³ DE LA GARZA TOLEDO, Enrique. “La flexibilidad del trabajo en América Latina”. *Tratado Latinoamericano de Sociología del Trabajo*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2000; p. 150.

³⁹⁴ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “El espacio de la autonomía colectiva en la ordenación del mercado global”. En: GARCÍA LASO, Agustín y Wilfredo SANGUINETI RAYMOND (coordinadores). *Globalización económica y relaciones laborales*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2003; p. 215: “Los observadores coinciden en destacar [...] que la creciente interdependencia de las economías de los distintos países y el incremento del poder de los sujetos económicos transnacionales reducen la capacidad de los Estados nacionales de disciplinar los fenómenos económicos que tienen lugar dentro de su territorio. Entre ellos, naturalmente, los vinculados con la prestación del trabajo en régimen de dependencia. Ello es así en la medida en que el desarrollo a escala transnacional de la actividad económica desborda en su amplitud la capacidad de incidencia de los tradicionales mecanismos de ordenación de la producción y los flujos financieros, dentro de los cuales ocupa un lugar estelar el Derecho del Trabajo, restándoles con ello buena parte, si no toda, su eficacia”.

sindicales, tomando como obstáculo principal las bases sentadas por el modelo económico del nuevo milenio: desde un punto de vista teórico, la adopción de una política económica ortodoxa genera condiciones para que los sindicatos no sean integrados a la discusión del proceso de realización de las transformaciones productivas³⁹⁵; se aspira a la descentralización y al debilitamiento de las fuerzas colectivas, y en el plano individual se flexibiliza la estabilidad, en complicidad con un retroceso de la justicia laboral y una Administración poco garantista.

Otra línea de razonamiento, que integra a la discusión consideraciones materiales relacionadas a los rasgos económicos de la región, es la que presenta Zapata:

“Los cambios en la geografía económica [...] y su relación con la capacidad organizativa del sindicalismo modifican la influencia que las tradiciones regionales o los sectores económicos que se proletizaron primero (minas, textiles) y después (manufactura, servicios públicos, servicios personales), tuvieron en el desarrollo del movimiento obrero [...]

El crecimiento de la industria maquiladora, el desarrollo de actividades exportadoras en la agricultura, la construcción de nuevas plantas de alta tecnología y la aparición de talleres de confección en zonas rurales modificó la estructura sindical que se había generado a partir del proceso de crecimiento hacia fuera y de la industrialización por sustitución de importaciones [...]

La disminución del ritmo de crecimiento del empleo asalariado y la descalificación del trabajo debilita las posibilidades de afiliación sindical que habían estado históricamente ligadas a los obreros calificados de las grandes empresas. Esto puede explicar porqué [sic], a pesar de que las tasas de participación de la población en la actividad económica han aumentado significativamente, no se haya producido un proceso paralelo de organización sindical”³⁹⁶.

Ante ello, la mayor parte de respuestas desde el iuslaboralismo frente a estas dificultades abogan por la subsistencia de la acción sindical. Para Villavicencio y Esteban, la desaparición de los sindicatos no es una opción aceptable, “en la medida que su finalidad no se encuentra satisfecha sino que las razones de su existencia son aún mayores; pero sí resulta imprescindible una adecuación de aquellos y ésta al nuevo paradigma productivo”³⁹⁷. Siendo que existen suficientes razones para defender

³⁹⁵ DE LA GARZA TOLEDO, Enrique. *Óp. cit.*; p. 168.

³⁹⁶ ZAPATA SCHAFFELD, Francisco. *¿Crisis en el sindicalismo en América Latina?* The Helen Kellogg Institute for International Studies, 2003, Working Paper #302, enero; pp. 23-24.

³⁹⁷ ESTEBAN DELGADO, Sara y Alfredo VILLAVICENCIO RÍOS. “La conflictividad laboral y social peruana en los dorados años del crecimiento económico”. *Boletín del MTPE*. Lima: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo; p. 4.

la existencia de ambas necesidades –la reivindicación del movimiento sindical y su adaptación al escenario actual–, conviene desarrollar los distintos ejes por los que tendría que atravesar necesariamente dicho proceso de adecuación.

Un ámbito en el que la adaptación al nuevo escenario económico resulta esencial es el subjetivo, toda vez que la representatividad sindical del fordismo tenía como base social un perfil concreto: el asalariado masculino, calificado y de edad madura, por lo que “[n]umerosos componentes del mundo laboral eran invisibles, por estar poco –o no estar en absoluto– representados en el plano político y simbólico: las mujeres, los inmigrantes, los jóvenes”³⁹⁸. En nuestro país, estos ejes de representación se van visibilizando mediante su articulación en diversos movimientos sociales, y se han venido incorporando con fuerza a la protesta social asociada a espacios relacionados tanto al mundo del trabajo³⁹⁹ como a otras dimensiones de lo político.

Asimismo, los desafíos en términos de transformación sindical para afrontar el conflicto social en su dimensión objetiva son numerosos: siendo que la problemática de la economía globalizada en lo laboral es bastante heterogénea, al abordar diversas modalidades contractuales que precarizan la relación laboral, numerosas fórmulas de distribución del tiempo de trabajo, así como crecientes dificultades para determinar el grado de subordinación al que se someten los trabajadores nominalmente autónomos, “la segmentación del trabajo que resulta de esta variedad hace decididamente de éste una realidad menos compacta y uniforme de lo que era en el pasado, dificultando consiguientemente la tarea de representación de intereses del sindicato. El sindicato está ahora llamado a articular y a conciliar toda esta diversidad de intereses”⁴⁰⁰.

Esta tarea transformativa no solo debe buscar la recuperación del protagonismo sindical, en aras de resolver el conflicto colectivo desde sus nuevas modalidades de desarrollo, sino que, conforme a lo planteado inicialmente, debe encargarse de visibilizarlo. En un contexto en el que las empresas no pretenden abdicar de su cuasi-monopólico poder de dirección, con un Estado cuyas fluctuaciones frente a las demandas de flexibilización de estas últimas lo apartan de ejercer su rol tuitivo de manera consistente, los trabajadores son los únicos actores lo suficientemente

³⁹⁸ BEROUD, Sophie y Paul BOUFFARTIGUE. “Precarizaciones salariales y resistencias sociales: ¿Hacia una renovación de la mirada sociológica desde el caso francés?”. *Cuadernos de Relaciones Laborales*. Madrid, 2013, volumen 31, No. 2; p. 464.

³⁹⁹ FERNÁNDEZ-MALDONADO MUJICA, Enrique. *Op. cit.*; p. 166.

⁴⁰⁰ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco. “El conflicto laboral en la actualidad: Los nuevos conflictos”. *Ius et Praxis*. Talca, 2010, año 16, No. 1; p. 447.

incentivados para explicitar el conflicto, y los sindicatos son precisamente el mejor canal para institucionalizarlo, publicitarlo, racionalizarlo y dinamizarlo.

Sin embargo, si la conclusión arribada con respecto a la autonomía colectiva es que esta debe continuar funcionando, dado que su función protectora se hace más meritoria ante la aparición de nuevas formas de amenaza a la fuerza laboral, y frente a la conjunción de nuevos tipos de intereses colectivos al interior de la misma, ¿qué se debería decir con respecto a la normativa laboral heterónoma? ¿Se debe abogar por ella en su calidad de mecanismo de tutela, o se debe *conceder* a los propulsores del modelo neoliberal la prerrogativa de continuar con el cauce desregulador que se ha venido siguiendo desde la década de los noventa?

Es importante recordar que la faceta más reciente de la flexibilización ha consistido en la implementación de los regímenes laborales especiales, en función de los cuales, bajo el pretexto de *abaratar* los costos de formalización de determinadas actividades económicas, o la inserción laboral de algún sector de la población, se sustrae a los trabajadores del régimen general y se estipula una eliminación o disminución de sus beneficios. El legislador peruano, pese a que ha menguado en el nivel de agresividad con el que implementa estas medidas de adaptación de la norma a las supuestas necesidades productivas, no ha cesado de emplear una política de flexibilización unilateral que evita el costo intrínseco derivado del diálogo social.

La evidencia empírica demuestra que esta forma de hacer política no avizora un futuro prometedor, tanto por sus deficiencias desde el punto de vista de los derechos fundamentales del trabajador como desde su propia eficacia, donde el impacto de la regresividad estatal ha llegado posiblemente a su punto de quiebre; esto, en el sentido de que las movilizaciones no se han limitado a protestar circunstancialmente frente a la emisión de normas que persigan dichos lineamientos (verticalidad en su emisión y un trato discriminatorio en sus contenidos), sino que hasta han cuestionado “algunos de los fundamentos ideológicos del «neoliberalismo peruano» en materia laboral”⁴⁰¹.

Empero, esta variable –el rechazo público mayoritario a la flexibilización de la legislación laboral– no es lo suficientemente satisfactoria para responder a nuestra interrogante, toda vez que las amenazas al Derecho del Trabajo no solo provienen del legislador local y los intereses que representa, sino también de una fuerza externa

⁴⁰¹ FERNÁNDEZ-MALDONADO MUJICA, Enrique. *Óp. cit.*; p. 156.

incuestionablemente superior: la doctrina viene discutiendo cómo el fenómeno de las transnacionales está conduciendo en muchos casos a “la emancipación de la empresa de la reglamentación estatal al poder fracturar en diversos espacios regulativos el conjunto de las relaciones de trabajo que la empresa organiza a través del mundo”⁴⁰².

Bajo la lógica de la llamada *deslocalización*, los Estados encuentran incentivos reducidos para regular con eficacia las relaciones de trabajo al interior de empresas, que son cada vez menos susceptibles al control de los sistemas de fiscalización laboral; además, el discurso de la competitividad internacional promueve una demanda enfocada hacia la reducción de los costos de producción⁴⁰³, por lo que los poderes estatales no solo retroceden en términos de institucionalizar la exigibilidad de sus normas, sino que “se muestran cada vez más proclives a llevar a cabo operaciones de degradación de la tutela ofrecida a los trabajadores por la legislación laboral”⁴⁰⁴.

En este sentido, lo que se presencia es un Estado confrontado tanto por la resistencia social a la flexibilización unilateralmente implementada como a las demandas de mayor competitividad por parte del sector empresarial. Ante ello, se ha ensayado una cantidad importante de fórmulas alternativas para mantener la tutela jurídica de los trabajadores, sin ignorar las limitaciones que el escenario económico global plantea para la norma heterónoma: entre ellos, los instrumentos de *soft law*, como los estándares de *buenas prácticas* profesionales y los códigos de conducta voluntarios⁴⁰⁵, los cuales se caracterizan por originarse en la autorregulación y se rigen en base a variables como el riesgo de reputación o la presión social⁴⁰⁶, antes que por la débil imposición del Estado.

En el Perú, al menos una experiencia exitosa de tutela de los derechos laborales se ha hecho efectiva gracias a las herramientas brindadas por la responsabilidad social empresarial: el caso Topy Top detalla cómo las medidas tomadas por esta empresa, orientadas a reprimir la libertad sindical mediante la no renovación de los contratos (bajo el régimen de exportaciones no tradicionales) de dirigentes y de trabajadores

⁴⁰² BAYLOS GRAU, Antonio. “Códigos de conducta y acuerdos-marco de empresas globales: Apuntes sobre su exigibilidad jurídica”. *Lan Harremanak*. País Vasco, 2015, No. 12; p. 105.

⁴⁰³ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco. *Op. cit.*; p. 442.

⁴⁰⁴ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Op. cit.*; p. 216.

⁴⁰⁵ ARTHURS, Harry. “Reinventing Labor Law for the Global Economy: The Benjamin Aaron Lecture”. *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*. California, 2001, volumen 22, No. 2; pp. 288-290.

⁴⁰⁶ KUN, Attila. “Innovadores métodos de regulación en la periferia del Derecho del Trabajo: Propuestas desde la Responsabilidad Civil Empresarial, *Soft Law*, Derecho de la Empresa, entre otros”. *Ius et praxis*. Talca, 2015, año 21, No. 1; pp. 588.

sindicalizados, ocasionaron que, previa intervención de la Federación Internacional de Trabajadores del Textil, Vestido, Cuero y Calzado (FITTVIC), empresas internacionales como Gap e Inditex mediaran para solucionar el conflicto, en aplicación de los estándares laborales establecidos en sus códigos de conducta⁴⁰⁷.

No obstante, del análisis del mismo caso se pueden observar algunas de las limitaciones propias de estos modelos. Por un lado, al cumplir los empleadores un rol de juez y parte en el diseño y ejecución de estas normas de conducta, su exigibilidad puede verse comprometida cuando no hay suficiente presión o incentivos para que la medida sea debidamente implementada, por lo que se sigue precisando de cuadros sindicales fuertes que ejerzan dicha presión. En segundo lugar, si bien es importante dialogar sobre estas fuentes alternativas de derechos en una economía global, el debate no se puede agotar en torno a las mismas, toda vez que la empresa multinacional, sin dejar de ser una variable de indudable importancia para comprender el entramado normativo del país, no basta para explicar su estructura económica.

Lo dicho en el párrafo anterior encuentra sentido cuando, aun siendo clara la importancia de la presencia de las transnacionales en los índices de inversión extranjera⁴⁰⁸, se observa que, para el año 2017, existen un total de 2 millones 183 mil 121 microempresas, ocupando así un 94.8% del tejido empresarial peruano⁴⁰⁹. Así, se tiene que, si las fórmulas aplicables a las transnacionales no podrían replicarse en todo el espectro económico, los mismos retos son asumidos por la propia normativa laboral, la cual, pese a ser intrínsecamente dada a una vocación de generalidad, afrontaría la titánica tarea de regular realidades extremadamente distintas.

Esta multiplicidad de realidades económicas es, pues, otro factor que agrava el riesgo de ineficacia de la legislación laboral y, ergo, de conflicto, más aún cuando los regímenes especiales no son la solución más aceptada ni certera del problema⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ Caso ampliamente desarrollado en GARCÍA LANDABURU, María Katia, Wilfredo SANGUINETI RAYMOND y Milagros VIVAS PONCE. *Empresas multinacionales, responsabilidad social y derechos laborales en el Perú: La experiencia de Topy Top*. Lima: CICAJ, Informe de Investigación N° 1, 2013.

⁴⁰⁸ PROINVERSIÓN. "Estadísticas de inversión extranjera". En: *Proinversión – Agencia de Promoción de la Inversión Privada – Perú*. Consulta: 26 de abril de 2018. <https://www.investinperu.pe/modulos/JER/PlantillaStandard.aspx?are=0&prf=0&jer=5652&sec=1>

⁴⁰⁹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA. *Perú: Estructura empresarial, 2017*. Lima: INEI, 2018; p. 21.

⁴¹⁰ Conforme lo resalta SÁNCHEZ REYES, Christian. "Una visión ponderada de la legislación laboral: Comentarios al régimen MYPE y a la propuesta de «Ley de la Nueva Empresa»". *Derecho PUCP*. Lima, 2012, No. 68; p. 523, para quien las cifras sobre el régimen MYPE

Esto evoca nuevamente a la discusión de los remedios alternativos de tutela de la fuerza de trabajo, donde el movimiento sindical, ya de por sí vinculado históricamente a este propósito, debe reivindicar su polifuncionalidad y su capacidad de adaptación para afrontar estos fenómenos de origen tan diverso; capacidad evidenciable, por ejemplo, en las actuaciones de la FITTVC para demandar la eficacia de la aplicación de los códigos de conducta adoptados por las multinacionales en el Caso Topy Top.

Uno de los factores por los cuales el sindicalismo es de vital importancia el día de hoy se vincula a una necesidad de que el peso asumido por el actor estatal en el marco de las relaciones laborales se vea progresivamente descentralizado, en palabras de Raso, sobre la base de “un justo equilibrio entre las demandas económicas y la cohesión social”⁴¹¹. Para ello, hace falta la consolidación de sindicatos fuertes, cuya capacidad de negociación y de presión sean suficientes para canalizar el conflicto subyacente al vínculo laboral a niveles no solo de redistribución, sino que, siendo el trabajo una actividad sujeta a constantes cambios, se actúe en “la necesidad de que [la negociación colectiva] asuma y desempeñe su función de adaptación del factor trabajo a la organización del trabajo y viceversa”⁴¹².

La interrogante anterior, entonces, parece conducirnos a un modelo de *flexibilidad de adaptación*, consistente en “la adaptación de las normas legales rígidas a nuevas circunstancias, a través de la negociación colectiva y en una valoración global de qué es lo más conveniente para el trabajador. La idea central es que no estamos ante una derogación lisa y llana, sino ante una adaptación que se hace a través de la autonomía colectiva”⁴¹³. En nuestro país, ello ha llevado a algunos a sugerir el planteamiento de una reforma en materia de negociación colectiva, “ya que a través de ella se pueden regular y establecer medidas adecuadas dentro del contexto actual donde las empresas se desarrollan en el ámbito de más de un país, donde la migración laboral es cada vez más común y donde la regulación del Estado pierde fuerza”⁴¹⁴.

El criterio de adaptación vía negociación colectiva ha sido compartido por diversas instancias en la doctrina internacional; por ejemplo, en España, Valdés explica cómo el

“revelan que el incentivo creado no era el más adecuado y nos confrontan con la necesidad de buscar el mismo objetivo a través de políticas complementarias”.

⁴¹¹ RASO DELGUE, Juan. “El sistema uruguayo de relaciones laborales: Entre autonomía y negociación”. *Revista chilena de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*. Santiago, 2012, volumen 3, No. 5; p. 61.

⁴¹² PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco. *Óp. cit.*; p. 448.

⁴¹³ ERMIDA URIARTE, Oscar. “La flexibilidad”; p. 5.

⁴¹⁴ ROSAS CHÁVEZ, Victoria, Marta TOSTES VIEIRA y Jorge TOYAMA MIYAGUSUKU. *Retos pendientes para implementar la flexiguridad en el Perú*. Santiago: CEPAL, 2009; p. 93.

ordenamiento laboral, si bien presenta un orden tradicional de normas imperativas, también ha transferido a la negociación colectiva el monopolio de regulación en diversas materias laborales⁴¹⁵, dinamizando así el sistema de fuentes. Además, con ello se facilita que, mediante el diálogo social, los actores sociales sean los encargados de adaptar la regulación al panorama económico-productivo, visibilizando así los puntos principales de desavenencia, y reduciendo ampliamente las posibilidades de conflicto que plantea un escenario donde el Estado o el empleador omiten estos canales de diálogo, en desmedro de los intereses de los trabajadores.

Como corolario de lo anterior, se ha dicho con mucha precisión que,

“hoy día, además del papel tradicional de mecanismo regulador de las relaciones de trabajo, la negociación colectiva tiene cada vez más peso en la mejora de la competitividad y productividad en la empresa. Puesto que las medidas encaminadas a mejorar la competitividad requieren, al menos a corto plazo, sacrificios por parte de los trabajadores, el éxito de los cambios depende en gran medida de su aceptación voluntaria. Así, la negociación colectiva otorga legitimidad a las medidas tomadas, ya que los representantes de los trabajadores participan de manera autónoma en la toma de decisiones. En este sentido, la negociación colectiva ofrece una clara ventaja en comparación con otros métodos utilizados para introducir cambios, tales como la modificación del contrato de trabajo o las decisiones unilaterales del empleador. Frente a los cambios legislativos, la negociación colectiva presenta la ventaja de ser más flexible, teniendo las partes afectadas la posibilidad de elegir la naturaleza de los cambios, y de decidir sobre el ritmo y la forma de introducirlos”⁴¹⁶.

Sin embargo, este planteamiento solo puede ser caracterizado como utópico en un país en el que la cobertura de los convenios colectivos es tan reducida como en el nuestro. No en vano Blancas afirma la inviabilidad de implementar localmente un modelo de flexiseguridad como el danés⁴¹⁷, toda vez que en dicho país se cuenta con tasas de afiliación sindical muy elevadas, la estructura sindical se rige por el nivel de rama y la negociación colectiva es la fuente principal de regulación de la mayoría de asuntos laborales; la adopción de un modelo con tales rasgos podría alterar, para Gamero, la regulación de instituciones fundamentales: “si las negociaciones colectivas

⁴¹⁵ VALDÉS DAL-RE, Fernando. “Las transformaciones de las fuentes de derecho del trabajo: Una aproximación”. *Cuadernos de Relaciones Laborales*. Madrid, 2007, volumen 25, No. 2; p. 20.

⁴¹⁶ LEE, Chang-Hee, Muneto OZAKI, Marleen RUEDA-CATRY y María Luz VEGA RUIZ. “Desde la época de los artesanos hasta su edad adulta: la negociación colectiva ofrece la clara ventaja de ser más flexible para introducir cambios”. *La negociación colectiva: un principio fundamental, un derecho, un convenio*. Ginebra: OIT, 1999; p. 17.

⁴¹⁷ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “Flexiseguridad, derecho al trabajo y estabilidad laboral”. *Derecho PUCP*. Lima, 2012, No. 68; p. 400.

entre trabajadores y empleadores fueran más comunes en nuestro país, no requeriríamos, realmente, el establecimiento de una remuneración mínima⁴¹⁸.

En dicha medida, si en términos de política laboral se plantea la imitación de estos modelos alternativos, con el fin de evitar los incalculables costos que la conflictividad social genera cuando el legislador o el empresariado actúan unilateralmente, y de favorecer una transición que promueva instancias de adaptación a las necesidades de los diversos sectores de nuestra economía en el mercado global, es de indudable importancia el fortalecimiento del diálogo social y la negociación colectiva; ello, no solo porque tienen mucho mayor potencial de eficacia que otros mecanismos de tutela laboral, sino también porque su dinamismo facilita su transformación en conjunción con los procesos económicos y sociales a los que acompañan.

Para ello, el sindicalismo peruano necesita de un refuerzo institucional, que le permita negociar las materias que presentan las múltiples y novedosas manifestaciones de la conflictividad social en el trabajo bajo condiciones de paridad⁴¹⁹, y un grado de cohesión interna⁴²⁰ que lo legitime como movimiento social, incentivando la integración de nuevos trabajadores y nuevos perfiles. Solo de esta manera el diálogo social y la negociación colectiva tendrán chances de asumir un papel sólido en la ordenación de las relaciones laborales que pueda menguar los efectos de la debilidad y el regresionismo de las políticas de Estado, abordando, por lo demás, el conflicto laboral con la seriedad y dirección con las que no ha sido enfocado hasta el momento.

Sin duda, y pese a que se han puesto en evidencia las limitaciones del Estado como ente regulador de las relaciones laborales, este proceso de transformación sindical necesita de una intervención de la norma en clave promocional “para garantizar, con la aportación de su superior fuerza coercitiva, esta exigencia, primaria y elemental de continuidad de las relaciones colectivas”⁴²¹, aplicando los diversos *medios técnicos* de los que dispone para ejercer tal función. Ahora bien, pocos campos requieren de este garantismo estatal de la forma y el grado en que lo precisa la configuración de la

⁴¹⁸ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y Julio GAMERO REQUENA. “La remuneración mínima vital y su impacto en los trabajadores”. *Themis*. Lima, 2012, No. 65; p. 206.

⁴¹⁹ O, en los términos empleados por ESTEBAN DELGADO, Sara y Alfredo VILLAVICENCIO RÍOS. *Loc. cit.*: “los equilibrios necesarios para seguir sustentando el gran pacto social”.

⁴²⁰ VEGA RUIZ, María Luz. *Libertad de asociación, libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva en América Latina*. Ginebra: OIT, 2004; p. 42: “[E]l movimiento sindical parece, sin embargo, no excesivamente fuerte a nivel nacional. Aunque pueden atribuirse numerosas causas a este hecho [...], la falta de unidad de acción, puede considerarse, sin duda, desde la perspectiva organizativa un aspecto importante”.

⁴²¹ GIUGNI, Gino. *Óp. cit.*; p. 97.

estructura negocial, pues al ser determinante en el grado de institucionalización y articulación sindical, su centralización ha de ser una de las bases para posibilitar el funcionamiento continuo, protagónico y equilibrador de la negociación colectiva.

Si bien se debe reconocer que el debate sobre la regulación de los niveles negociales no agota las problemáticas que se han venido discutiendo sobre los nuevos rasgos del conflicto laboral o la transición hacia un modelo de adaptación vía negociación colectiva, también es cierto que, sin una reforma en la materia aludida, ninguno de los objetivos trazados podrá concretarse. Se precisa, entonces, que la norma abra paso a un sindicalismo que pueda determinar en forma autónoma sus alcances y su poder para negociar, con miras al cumplimiento de fines como los de fortalecer el diálogo social, modelar un sistema negociado de relaciones laborales, incentivar la participación cohesionada de los trabajadores, y evitar así las manifestaciones de micro-conflictividad que suelen presentarse en ausencia de estos mecanismos.

1.2. La legitimación de los sindicatos como actores sociales en un modelo democrático: eje laboral y político

¿Son los sindicatos importantes para la democracia? Solo respondiendo a esta pregunta positivamente se podría justificar, desde lo político, una modificación regulatoria que promueva el mayor protagonismo de estos actores en el universo de las relaciones laborales y sociales propias de un Estado de Derecho. Para Villavicencio, la respuesta se centra en la manera en que las relaciones colectivas concretizan los valores democráticos en el mundo laboral: “[l]a democracia no solo es una cuestión política. Su presencia en el campo de las relaciones de trabajo es fundamental para que dé un salto del ámbito meramente formal al sustancial”⁴²².

A mayor abundamiento, Rivero otorga a los sindicatos una posición importante dentro del panorama constitucional: “se sitúa a los sindicatos y asociaciones empresariales en un plano destacado entre los grupos que integran la constelación del universo pluralista, para mediar entre la sociedad y los órganos constitucionales a través de los cuales se expresa la voluntad popular, proyectando sobre éstos [...] la imagen integrada de los intereses de los trabajadores y del empresariado”⁴²³. No obstante ello, la certeza con la que se puede defender la funcionalización del sindicalismo en el eje

⁴²² VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “El modelo de relaciones colectivas peruano: del intervencionista y restrictivo al promocional”. *Derecho PUCP*. Lima, 2012, No. 68; p. 552.

⁴²³ RIVERO LAMAS, Juan. “Democracia pluralista y autonomía sindical (Actividad política de los sindicatos y constitución”. *Revista de Estudios Políticos*. Madrid, No. 16, julio-agosto 1980; p. 119.

laboral de un sistema democrático es relativizada cuando se discute su eje político, y ello se ha hecho desde enfoques económicos, históricos y organizacionales.

En cuanto a la primera perspectiva, es preciso invocar la tradición ideológica del neoliberalismo, donde, dado que la democracia funciona solo como un medio para alcanzar determinados objetivos del capital, su implementación en las relaciones laborales mediante la negociación colectiva es una carga innecesaria que distorsiona el mercado⁴²⁴. Asimismo, la sustanciación de la democracia política mediante la apertura de canales de representación que promuevan los intereses colectivos de diversos sectores de la sociedad civil no es un objetivo importante para los operadores neoliberales⁴²⁵, por lo que la deslegitimación de los sindicatos, antes que partir de una propuesta democrática alternativa, surge de una ideología que repele el colectivismo y prioriza al funcionamiento de la economía por encima de los procesos democráticos⁴²⁶.

El segundo eje de discusión es más desafiante. Levitsky y Mainwaring han calificado a los sindicatos en América Latina como “demócratas contingentes”, en el sentido de que “[e]l apoyo a la democracia por parte del movimiento obrero organizado depende de dos factores políticos: las alianzas partidarias y el contexto del régimen [...] cuando los regímenes autoritarios incluyentes existieron o fueron percibidos como alternativas viables, actuaron a menudo contra la democracia”⁴²⁷. Entonces, el cuestionamiento provendría del hecho de que los puentes de democratización política que tendería la acción sindical no siempre han sido tales en nuestra región, por lo que existiría evidencia empírica para negar la inexorabilidad del vínculo entre ambas instituciones.

Por último, en lo referido a la democracia sindical interna y a la promoción de valores de esta índole en su estructura, se ha sugerido, desde una óptica notablemente pesimista, que los sindicatos se mueven en una “tendencia hacia la profesionalización

⁴²⁴ Desde la lectura neoclásica de la economía que realiza el neoliberalismo, sostiene DE LA GARZA TOLEDO, Enrique. *Óp. cit.*; p. 154: “Desde el lado de la demanda de trabajo se supone que el patrón tiene conocimiento total del mercado de trabajo, es racional al emplear o despedir trabajadores, no hay monopolios en la compra de fuerza de trabajo, ni tampoco hay sindicatos que monopolicen la oferta de trabajadores”.

⁴²⁵ COOK, María Lorena. “Unions, Markets, and Democracy in Latin America”. En: GETMAN, Julius y Ray MARSHALL. *The future of labor unions: Organized labor in the 21st century*. Texas: Lyndon B. Johnson School for Public Affairs, 2004; p. 248; sostiene que las modificaciones legislativas regresivas en materia laboral son expresión de la tensión entre las reformas económicas y la democracia en los países en desarrollo.

⁴²⁶ BROWN, Wendy. *Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution*. Nueva York: Zone Books, 2015; p. 38.

⁴²⁷ LEVITSKY, Steven y Scott MAINWARING. “Movimiento obrero organizado y democracia en América Latina”. *Postdata: Revista de reflexión y análisis político*. Buenos Aires, 2007, No. 12, agosto; p. 129.

de los políticos y con ello a convertirse en una élite con intereses propios separada de la base; hacia una concentración de conocimientos por parte de esta élite [...] Todo ello llevaba a la delegación de poder de la base en la dirigencia y a la formación de una oligarquía de manera natural⁴²⁸. De esta manera, si el funcionamiento interno de los sindicatos no valora las formas democráticas, mermando así su función de representar a las bases, es difícil que se integren a la sociedad o a la gobernanza del trabajo como actores que contribuyan a un proyecto con tal orientación.

Las aproximaciones hacia estas críticas se deben realizar de manera transversal, toda vez que el factor político ha de conjugarse necesariamente con el laboral y el organizacional. Por ejemplo, cuando se discute el modelo económico y cómo el neoliberalismo busca la perpetuación de la hegemonía capitalista, se han articulado discursos que sostienen que “es el crecimiento de las clases subordinadas o contra-hegemónicas, y especialmente de la clase trabajadora –desarrollada y sostenida por la organización y el crecimiento de sindicatos, partidos obreros y grupos similares– lo que se necesita para promover la democracia”, y que “solo las organizaciones autónomas protegen a las clases subordinadas de la hegemonía ideológica de las clases dominantes, una condición necesaria para el impulso democrático⁴²⁹”.

Entonces, la conceptualización social de la democracia política requiere de elementos que, como los sindicatos, planteen la emancipación social de los grupos que, como los trabajadores, puedan verse marginados por las desigualdades y falencias del sistema económico, y este objetivo emancipador se puede concretar únicamente cuando los sindicatos son verdaderamente autónomos. Para Baylos, una de las condiciones básicas para que se configure una auténtica autonomía sindical, “desde el punto de vista de los trabajadores, es la de la unidad de acción sindical, que presupone la incorporación de este elemento de generalidad y de representatividad tendencialmente global del conjunto de la ciudadanía social de un país determinado⁴³⁰”.

Por ello, la cohesión social es una premisa básica para conferirle un valor democratizador y pluralista a los sindicatos. Sin embargo, a partir de la caracterización

⁴²⁸ DE LA GARZA TOLEDO, Enrique. “Democracia, representatividad y legitimidad sindical”. *Democracia y cambio sindical en México*. México D.F.: Plaza y Valdés, 2001; p. 15.

⁴²⁹ Traducción libre de RUESCHEMEYER, Dietrich, Evelyne Huber STEPHENS y John D. STEPHENS. *Capitalist development and democracy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1992; p. 50.

⁴³⁰ BAYLOS GRAU, Antonio. “Democracia política y sistema sindical: Reflexiones sobre la autonomía del sindicato”. En: GARCÍA LASO, Agustín y Wilfredo SANGUINETI RAYMOND (coordinadores). *Sindicatos y cambios económicos y sociales*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2002; p. 21.

de *demócratas contingentes* y la crítica historicista del movimiento que la misma trae consigo, la evidencia empírica⁴³¹ sugiere que los sindicatos de nuestra región, ya sea que estén organizados en unidades sólidas o dispersos en distintas centrales, no siempre se han alineado con los regímenes democráticos u opuesto a los gobiernos dictatoriales, actuando conforme a intereses que reflejarían una discrepancia entre los planteamientos de la teoría sindical y la realidad histórica.

Lo que aquí se presenta es un conflicto entre el *deber ser* del sindicato y su praxis política, cuando el contexto no propicia el ejercicio de su función compensadora. Esta posibilidad, tan presente en nuestros modelos estatales, es quizá lo que lleva a Baylos a presentar, como otra de las condiciones para la autonomía real del movimiento sindical, a un escenario en el que “el sindicato que quiere expresar la identidad social de los ciudadanos cualificados por una situación de desigualdad económica y social, y que con su actuación pretende nivelar progresivamente hasta hacer desaparecer ese desequilibrio social y de poder, tiene un proyecto autónomo de sociedad y de las reformas del sistema que se deben emprender”⁴³².

Así, para que los sindicatos tengan una participación cívica como actores políticos independientes que no estén sujetos a los proyectos de un partido, se deben presentar condiciones que favorezcan una auténtica nivelación de poderes entre las partes sociales; cuando ello no sucede, es decir, “donde el poder asociativo es débil”, los sindicatos tienden a “orientar sus estrategias en primer lugar hacia el estado y politizar el conflicto”⁴³³. Esta politización coloca al movimiento en un estado de necesidad, debiendo precisar de alianzas políticas o depender de la orientación del gobierno para ver legitimada su actuación, por lo que este prospecto de la autonomía sindical apunta precisamente a que el sindicalismo disponga de los recursos institucionales –no solo numéricos– suficientes para no estar sujeto a estos factores externos⁴³⁴.

De esta manera, la tesis según la cual el apoyo de los sindicatos a la democracia política dependería de sus alianzas partidarias y del contexto del gobierno⁴³⁵ debe ser confrontada con el concepto –ciertamente idealizado– de un sindicalismo cohesionado y con un proyecto autónomo, independiente de las agendas de actores externos cuya

⁴³¹ LEVITSKY, Steven y Scott MAINWARING. *Óp. cit.*; pp. 132-133.

⁴³² BAYLOS GRAU, Antonio. *Óp. cit.*; p. 20.

⁴³³ GARCÍA CALAVIA, Miguel Ángel y Mike RIGBY. “Recursos de poder de los sindicatos en España: Su examen a través de la negociación colectiva”. *Sociología del Trabajo*. Madrid, 2016, No. 87; p. 9.

⁴³⁴ BAYLOS GRAU, Antonio. *Loc. cit.*

⁴³⁵ LEVITSKY, Steven y Scott MAINWARING. *Óp. cit.*; p. 130.

injerencia reduciría su capacidad para negociar libremente, así como la autenticidad de su labor representativa. Tal idealización debe plantearse como meta en un esquema político que aspire a ser democrático⁴³⁶, evitando la politización sindical⁴³⁷ mediante la construcción de un sistema donde se procure el equilibrio de poderes, donde las fuerzas colectivas tengan su propio espacio de representación y donde los derechos se reivindicuen eficazmente a través del diálogo y la negociación.

Justamente cuando se aborda el tema de la representatividad sindical como un vehículo para la democratización política y laboral, se debe mencionar la perspectiva organizacional de la dialéctica sindicalismo-democracia; dada su relevancia, un lógico punto de partida es la legitimidad de los liderazgos sindicales, sobre quienes pesa tanto el nivel de adhesión interna de las bases como la imagen que el movimiento proyecta hacia la sociedad. Así, se ha dicho que “en el análisis de la estructura sindical no basta con estudiar la dinámica de la afiliación sindical sino que hay que ver cómo la acción del liderazgo sindical en los sectores económicos que juegan un papel en el nuevo modelo de desarrollo contribuye a modificar la estructura y a darle una representación a los trabajadores que se insertan en esos sectores”⁴³⁸.

En el Perú, esa posibilidad de representación se ha visto poderosamente minimizada desde arriba: el proceso neoliberal “minó la centralidad del movimiento para volverlo inocuo, sin influencia política alguna [...] El régimen fujimorista barrió con los rezagos del movimiento social”⁴³⁹, desplazando así toda posibilidad de influencia de los cuadros sindicales sobre las nuevas formas de trabajo y las nuevas generaciones de trabajadores. Al presentarse este contexto, “el cambio de las relaciones entre Estado y sindicatos, en el sentido de su marginación efectiva de los sistemas de intercambio, es un primer vector de la pérdida de representatividad y legitimidad del sindicalismo oficial y que puede tener impactos subjetivos en sus agremiados”⁴⁴⁰.

⁴³⁶ Desde la óptica de DAHL, Robert. *La poliarquía: Participación y oposición*. Madrid: Tecnos, 1989; pp. 16-18; para quien no existe ningún país que cuente con un sistema democrático pleno, donde “la democratización consta de dos dimensiones por lo menos: el debate público y el derecho a participar” (p. 16), y las poliarquías, es decir, los sistemas más cercanos a una democracia, “son sistemas sustancialmente liberalizados y popularizados, es decir, muy representativos a la vez que francamente abiertos al debate público” (p. 18).

⁴³⁷ Entendida, desde una perspectiva corporativista, como una alianza o adhesión de los sindicatos a partidos o regímenes políticos particulares, desnaturalizando su condición de actores independientes.

⁴³⁸ ZAPATA SCHAFFELD, Francisco. *Óp. cit.*; pp. 25-26.

⁴³⁹ GIL PIEDRA, Rodrigo y Álvaro GROMPONE VELÁSQUEZ. “Sindicalismo y política en el Perú: una breve aproximación en perspectiva comparada”. *Politai*. Lima, 2014, Documento de Trabajo N° 2; p. 27.

⁴⁴⁰ DE LA GARZA TOLEDO, Enrique. *Óp. cit.*; p. 12.

Empero, las razones de la crisis de representatividad no solo se encuentran en la actuación estatal. El escenario social del país ha demostrado en las últimas décadas un escaso desarrollo de su cultura sindical: “[l]os problemas de autoestima, intolerancia, individualismo y pragmatismo, que predominan en el sentido común de los/as ciudadanos, hacen difícil que el discurso sindical, basado en conceptos y valores como la democracia, solidaridad e igualdad, sea claramente comprendido y asumido por los/as nuevos/as trabajadores/as”⁴⁴¹. Con ello, las dificultades para el crecimiento sindical también se pueden atribuir a los intentos fallidos de los líderes de promover nuevos paradigmas o valores que repercutan decisivamente en las subjetividades de la clase trabajadora y de la sociedad civil.

Y tales dificultades no solo son axiológicas: retomando un aspecto que fuera mencionado párrafos atrás, la posibilidad de que el liderazgo se elitice y se aleje de las bases es una amenaza permanente, pues la alternancia entre el modelo oligárquico y un modelo democrático de gobernabilidad sindical va a depender de “las transformaciones de las estructuras y dinámicas sindicales relacionadas con la democracia, la legitimidad y la representatividad. El cambio de una estructura sindical puede ser resultado de cambios de estructuras externas que lo presionan, pero también de acciones y formas de dar sentido sus miembros a la situación y de la propia estructura sindical precedente”⁴⁴².

Por ello, la reforma para evitar la fragmentación de los intereses sindicales y para integrar nuevos perfiles a las bases, no solo con el propósito de incrementar la densidad sindical, sino también para que el esquema de representatividad y equilibrio que promueven los sindicatos en democracia sea pleno, necesita de la fuerza de un Estado que por décadas los ha debilitado y reprimido, y aún con mayor prioridad, de la renovación y el replanteamiento institucional que deben emprender los liderazgos. En otras palabras, para que los sindicatos contribuyan al proceso de democratización del sistema político y económico, primero deben terminar de democratizarse internamente.

Uno de los puntos más importantes que deben modificarse en la cultura organizacional del sindicalismo para lograr estas metas se basa en la forma de legitimación que asumen los líderes: producto de su debilitamiento en la década de los noventa, se “reafirmó un proceso donde los líderes sindicales se reconocen como tales, no por el

⁴⁴¹ MEJÍA ALVITES, Carlos. “El proceso de reestructuración organizativa en el sindicalismo peruano”. *Iniciativas de autorreforma en la región andina*. Madrid: Fundación Paz y Solidaridad, 2005; p. 30.

⁴⁴² DE LA GARZA TOLEDO, Enrique. *Óp. cit.*; p. 16.

rol de representación real que ejercen, sino por el grado de participación en una *tradición común*⁴⁴³. Esta tradición, basada más que nada en un factor simbólico, carece de significación alguna sobre los trabajadores que han sido ajenos a su cultivo, produciendo un distanciamiento que, pese a tener un efecto negativo claro, también parece promover colateralmente consecuencias positivas para el movimiento.

Evidentemente, el efecto negativo que subyace a esta ruptura es la extensión del ya desarrollado fenómeno de la dispersión sindical, el cual ha sido lo suficientemente alimentado por el modelo de desarrollo industrial⁴⁴⁴ que prima en nuestra legislación y en nuestra cultura. La heterogeneidad sindical se manifiesta en “los distintos tamaños de empresa, que implican distintos niveles de poder y de influencia por parte del sindicato. Está vinculado también a distintos tipos de tradiciones de organización del trabajo. Nos referimos a las diferencias de las empresas de gran tamaño vinculadas al fordismo, y a las empresas inspiradas por el postfordismo, que procuran la subdivisión en unidades más pequeñas y dispersas”⁴⁴⁵.

Por otro lado, el efecto positivo consiste en el surgimiento de nuevas generaciones de trabajadores que, ajenas a la cultura implantada en organizaciones tradicionales como la CGTP, han tenido incentivos propios para asociarse, y pese a su prevalente desarticulación, han desarrollado un nuevo tipo de sensibilidad sindical: una que parte de una visión menos politizada y más reivindicativa del sindicalismo, y que se preocupa más por mejorar la calidad de vida de sus miembros que en satisfacer los intereses de su dirigencia. Así, “[e]n sectores sin liderazgos o sin una identidad sindical institucionalizada –textiles, *retail*, telecomunicaciones–, los nuevos trabajadores piensan su acción como radicalmente diferente a la tradición sindical anterior”⁴⁴⁶.

Siendo este el contexto, aunque aún existen limitaciones serias para que los sindicatos asuman una posición socialmente relevante en el presente modelo, al subsistir una creencia general de que “[l]as movilizaciones, y el correlato a veces difícil de evitar del enfrentamiento y desorden que causan, hacen que el sindicalismo sea visto muchas

⁴⁴³ MEJÍA ALVITES, Carlos. *Óp. cit.*; p. 31.

⁴⁴⁴ *Ibidem.*; p. 29.

⁴⁴⁵ BARRERA ALGARÍN, Evaristo, José Luis MALAGÓN BERNAL y José Luis SASAROLA SÁNCHEZ-SERRANO. “La legitimidad de los sindicatos. Reflexiones sobre su debilitamiento en la sociedad postfordista”. *Aposta. Revista de Ciencias Sociales*. 2014, No. 61, abril, mayo y junio; p. 10. Consulta: 26 de mayo de 2018.
<http://www.apostadigital.com/revistav3/hemeroteca/barrera3.pdf>

⁴⁴⁶ MANKY BONILLA, Omar. “Democracia, crecimiento económico y sindicalismo en el Perú del siglo XXI. Continuidades y rupturas”. *Revista Latinoamericana de Estudios de Trabajo*. México D.F., 2004, año 19, No. 31; p. 209.

veces como factor de inestabilidad en el país⁴⁴⁷, también hay oportunidades de reforma que se pueden plantear al interior del propio movimiento; no obstante, requieren del apoyo indispensable del Estado, apoyo que debe tener como base los problemas que se han venido enumerando y que –como la desunión y falta de autonomía sindical– puedan encontrar vías de corrección desde el aparato legislativo.

Una de las claves para que los sindicatos redefinan su identidad en el sistema que los acoge es la posibilidad de que ejerzan su autonomía en el plano estructural, entendida según su capacidad para auto-identificar sus alcances y su capacidad negocial, así como para definir su rol en la sociedad y en las relaciones laborales. El ordenamiento, entonces, debe optimizar activamente los niveles de autonomía colectiva, no atribuyéndose la potestad de definir el procedimiento o las materias susceptibles de negociación, lo cual atentaría contra este principio, pero sí habilitando a que la organización sindical determine, sin injerencias patronales que la limiten, sus capacidades económicas y jurídicas para la negociación colectiva y el diálogo social, conforme a sus propias concepciones de lo sindical y de lo político⁴⁴⁸.

Otro elemento en el que la norma debe desplegar su actividad promocional versa sobre los incentivos a la afiliación de nuevos cuadros. Ello no solo es necesario para contribuir al crecimiento y a la cohesión del movimiento sindical, sino que apunta a viabilizar la valoración social del sindicalismo como fuerza democrática: si se parte de la problemática referida a las reducidas tasas de sindicación de sectores especialmente vulnerables de la población laboral como las mujeres y los jóvenes⁴⁴⁹, así como los trabajadores vinculados bajo determinados tipos contractuales⁴⁵⁰, la legitimación del proyecto sindical debe pasar ineludiblemente por la incorporación de estos perfiles –y de los intereses particulares que emanan de ellos– a sus estructuras.

⁴⁴⁷ MEJÍA ALVITES, Carlos. *Óp. cit.*; p. 33.

⁴⁴⁸ Terrenos en los cuales, según BAYLOS GRAU, Antonio. *Óp. cit.*; p. 17; se ha venido realizando “un reparto de áreas de actuación. El terreno de lo político se concebía como el espacio de lo público, en el sentido de constituir un espacio de representación de intereses generales, de la sociedad en su conjunto. Por el contrario, lo sindical se refería a los intereses contrapuestos en la empresa y los lugares de producción, desplegados a su vez en la rama de producción o en el sector profesional. Era, en consecuencia, un espacio de representación de intereses profesionales, definidos en consecuencia como «particulares» o incluso «privados» frente a los intereses generales del conjunto de la sociedad, intereses «públicos»”.

⁴⁴⁹ MEJÍA ALVITES, Carlos. *Óp. cit.*; p. 56.

⁴⁵⁰ *Ibidem.*; p. 28: “En primer lugar en la base de la pirámide, es decir los/as trabajadores/as eventuales, con alta movilidad ocupacional o en trabajos sin contrato formal [...] En segundo lugar, se descuida a los nuevos trabajadores ubicados en actividades que tienen que ver con tecnología de punta o trabajo especializado desarrollado en el sector servicios, aunque no exclusivamente allí”.

Siendo que los incentivos a la afiliación no pueden afectar la libertad sindical negativa del trabajador, la naturaleza de aquellos debe ser indirecta, y a nuestro criterio debe entenderse en función de la eficacia de la sindicación. Como es lógico, para el trabajador promedio los efectos de su afiliación deben implicar una mejora en su estatus dentro del vínculo laboral mediante la negociación colectiva; menos simple es, sin embargo, asumir un lenguaje omnicomprensivo de todas las instancias en las que dicha mejora puede predicarse, sobre todo si se busca integrar perfiles tan plurales y distintos entre sí. Por ello, es importante que la democracia se materialice también en la relación de trabajo, al efecto de que dicho lenguaje se traduzca en un campo de regulación abierto y disponible a las voluntades de los sujetos sociales.

El modelo democrático parte de una “[c]oncepción dialéctica de las relaciones de trabajo” y una “asignación al conflicto de un papel funcional dentro del esquema constitucional [...] Para esto, se definen los sujetos colectivos necesarios para la representación y defensa de los intereses contrapuestos en juego y, además, se definen los derechos de conflicto básicos”⁴⁵¹. Por ello, este modelo no se agota en promover la negociación de condiciones de trabajo, sino que busca que los sujetos sociales “puedan hacerse cargo de la regulación de las relaciones laborales en su conjunto”⁴⁵². En el ámbito de la subjetividad de los trabajadores, su empoderamiento debe ser una de las consecuencias inherentes a la implementación de este sistema, por lo que el fomento de la afiliación debe descansar sobre este punto medular.

La incorporación de nuevos perfiles de trabajadores a un sindicalismo de mayor envergadura es, entonces, solo posible si se ven incentivados por una estructura más integradora, diversa y dotada de los recursos institucionales suficientes para sostener un diálogo permanente y equilibrado con los empleadores. Asimismo, mientras su cohesión y autonomía sean motores de impulso para el despliegue de las funciones tradicionales y modernas que tienen los sindicatos en una economía cada vez más compleja, también se deberá promover el aporte de estas organizaciones –a través del diálogo social– a la articulación democrática del sistema político-económico, así como a la construcción de un orden pluralista.

Ahora bien, es cierto que, con el escenario planteado, se retornaría a la utopía del *deber ser*, sin perjuicio de lo cual se deben empezar a sentar las bases hacia dicho norte; y, si bien más de un actor se debe comprometer en ello, la discusión a lo largo

⁴⁵¹ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “El modelo de relaciones...” p. 563.

⁴⁵² *Ibidem.*; p. 564.

del presente trabajo consiste en cuáles son las atribuciones del Estado en la materia. Dado que la estructura sindical y negocial son fundamentales para garantizar tanto los aspectos objetivos –autonomía y unidad– como los subjetivos –aumento de trabajadores y perfiles en sus bases– de la reforma que el movimiento necesita para cumplir con el rol democratizador al que aspira, su regulación debe ser concesiva, libre y garantista, en el sentido de asegurar a los sindicatos niveles plenos de autodeterminación y representatividad que optimicen su legitimación social.

1.3. La eficacia y la cobertura de la negociación colectiva como elementos esenciales en la agenda del trabajo decente

Para la OIT, “[e]l trabajo decente es una meta. Recoge una aspiración universal de las mujeres y los hombres de todo el mundo, y expresa sus esperanzas de obtener un trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana [...] El trabajo decente es a la vez un objetivo individual, de cada persona y de sus familiares, y un objetivo de desarrollo para los países”⁴⁵³. Asimismo, el concepto “expresa la determinación de la OIT de reunir todos los componentes del desarrollo económico y social, para el cual las regulaciones que protegen el trabajo son una clave importante”⁴⁵⁴. Con ello, se puede hablar no solo de un objetivo, sino también de un *enfoque*, o mejor aún, de una *agenda*, a través de la cual los Estados se comprometen a garantizar ciertas condiciones al regular el trabajo.

La conceptualización del trabajo decente se realiza, históricamente, en el marco de una economía cada vez más globalizada, donde el comercio internacional y el discurso neoliberal atienden, básicamente, al factor cuantitativo de la generación de empleos, omitiéndose la valoración de su componente ético, esto es, la visión del trabajo como “el medio principal y prioritario para asegurar condiciones sustentables en la calidad de vida de las personas”⁴⁵⁵. No basta que la política de empleo garantice la existencia del mismo, sino que, en el escenario actual, los Estados tienen un *deber social*⁴⁵⁶ de mitigar el costo humano de las transformaciones económicas, así como también de fortalecer sus resultados positivos para las vidas de las personas y sus empleos.

⁴⁵³ SOMAVÍA, Juan. “Reducir el déficit de trabajo decente: un desafío global”. *Boletín Cinterfor*. Montevideo, 2001, No. 151; p. 177.

⁴⁵⁴ Traducción libre de SERVAIS, Jean-Michel. “Globalization and decent work policy: Reflections upon a new legal approach”. *International Labour Review*. Ginebra, 2004, volumen 143, No. 1-2; p. 185.

⁴⁵⁵ ROSENBAUM RIMOLO, Jorge. “Economía, sociedad y trabajo decente”. Material del curso *Legislación y Relaciones Industriales*. Montevideo: Universidad de la República, 2008; p. 12.

⁴⁵⁶ SERVAIS, Jean-Michel. *Óp. cit.*; p. 202.

En el Perú, se han encontrado déficits y brechas en el cumplimiento de diversos objetivos propios de la agenda del trabajo decente, entre ellos los referidos al desempleo, las desigualdades estructurales, la informalidad, los niveles de acceso a la protección social y los sistemas de fiscalización⁴⁵⁷. Sin embargo, siendo que en el presente trabajo nuestra atención se centra en el eje colectivo de la problemática laboral, conviene enfocarse en la preponderancia de los derechos de sindicación y negociación colectiva dentro de este programa, su relación intrínseca con el resto de derechos laborales y los estándares que el panorama internacional busca que sean cubiertos dentro de este campo.

Sin entrar en abundante detalle sobre cuáles son los puntos concomitantes en torno a los cuales gira el enfoque del trabajo decente, se debe tener en consideración que, junto con la prohibición del trabajo infantil, la abolición del trabajo forzoso y la igualdad y no discriminación en el trabajo, la libertad sindical y el reconocimiento efectivo de la negociación colectiva son parte de los cuatro pilares fundamentales sobre los cuales descansa la labor de la OIT. Una justificación bastante lograda del valor jerárquico de este derecho es la que ofrece Vega:

“El carácter de derecho humano fundamental de la máxima expresión de las relaciones colectivas (la negociación colectiva a través de la libre organización sindical), refleja la importancia en la sociedad del derecho del trabajo en su vertiente más original. [...] este reconocimiento al más alto nivel del derecho colectivo del trabajo, implica en sí, la importancia central de la acción colectiva laboral para conseguir los fines sociales del ser humano y por ende de la comunidad. Se trata, en fin, de poder alcanzar la justicia social y ello no sólo a través de instituciones comunes del derecho (ley, contrato, etc.), sino a través de formas «sui generis» que por ser expresión máxima de la voluntad común, adquieren un rango singular que les dota de carácter, no sólo normativo y vinculante, sino también de derecho fundamental”⁴⁵⁸.

Si una de las discusiones más importantes en torno a la implementación de políticas que promuevan el trabajo decente en un país es la relativa a la libertad sindical y la negociación colectiva, se debe tener en cuenta que estos derechos deben ser tanto medios para la concreción de este principio como un espacio que requiere de reformas para que su ejercicio sea ajustado al mismo⁴⁵⁹. Lo primero sugiere, por ejemplo, que al

⁴⁵⁷ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Perú: Propuesta de Programa Nacional de Trabajo Decente, 2004-2006*. Lima: Oficina Subregional de la OIT para los Países Andinos, 2003; pp. 12-87.

⁴⁵⁸ VEGA RUIZ, María Luz. *Óp. cit.*; p. 7.

⁴⁵⁹ Por una orientación similar se rige el planteamiento de EGGER, Phillippe y Werner SENGEBERGER. “Problemas y políticas del trabajo decente”. *Boletín Cinterfor*. Montevideo,

desarrollarse los instrumentos de los que dispone un trabajador en determinado país para obtener mejoras en su estatuto jurídico-económico, se tenga presente que los convenios colectivos supraempresariales suelen ser, según Servais⁴⁶⁰, mecanismos de particular importancia para regular materias que trascienden el aspecto lucrativo de una negociación, por lo que su fomento para tal efecto es fundamental.

Asimismo, justamente por ser medios básicos para la generación de condiciones encaminadas al prospecto del trabajo decente, este último debe tener en alta consideración el esquema regulatorio adoptado por un Estado sobre los derechos de sindicación y negociación colectiva; es por ello que deben ser materia de un tratamiento legislativo reformista, en la medida de que, de no poder ser plenamente ejercidos por factores originados en la norma heterónoma, no podrían ser instrumentales a la producción de mejoras en el ámbito de su competencia. Por esta razón, la OIT emplaza a los gobiernos a crear “un entorno normativo, legislativo e institucional propicio; y un entorno dotado de instrumentos y mecanismos eficaces que permitan facilitar y promover la negociación colectiva”⁴⁶¹.

En Latinoamérica, salvo notables excepciones como el caso uruguayo, este punto de agenda ha sido históricamente ignorado. Para Carrillo, dos factores explican la falta de cobertura negocial en la región: por un lado, ello recae sobre “la existencia de un amplio sector informal, lo que reduce en forma significativa la potencial cobertura que puede tener un convenio colectivo, al ser los asalariados una minoría en el mercado de trabajo”⁴⁶². Sin embargo, si bien los problemas que acarrea la economía informal para el ejercicio de los derechos colectivos son innegables, existe suficiente evidencia de que este contexto social representa “tanto un obstáculo importante como una gran oportunidad”⁴⁶³, en el sentido de que se han venido registrando numerosos intentos de organizar a trabajadores dentro de la economía informal.

Resulta claro que la informalidad es uno de los focos prioritarios para la OIT en su énfasis de promover el trabajo decente para todos, incluyendo a las personas que se

2001, No. 151; p. 50: “El diálogo social y la negociación colectiva son una dimensión esencial del trabajo decente. El tema aquí no es si el diálogo social y las relaciones industriales son o no elementos positivos en sí mismos, sino más bien cuál es la manera de *tornarlos* más eficientes, en términos sociales y económicos, a fin de lograr *resultados* sustentables de trabajo decente” (énfasis agregado).

⁴⁶⁰ SERVAIS, Jean-Michel. *Óp. cit.*; pp. 188-189.

⁴⁶¹ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Negociación Colectiva y Programa de Trabajo Decente*. Ginebra: OIT, 2007; p. 3.

⁴⁶² CARRILLO CALLE, Martín. “La mejora de la cobertura...”; p. 6.

⁴⁶³ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Óp. cit.*; p. 16.

encuentran en la periferia de los sistemas formales de empleo⁴⁶⁴; en dicha medida, algunos de los actores más activos en la lucha por generar compromisos vinculantes en materia laboral para los Estados miembro han sido los sindicatos, las organizaciones de trabajadores informales, las organizaciones de mujeres y las ONG's en defensa de trabajadores no representados. Se ha dicho, así, que la negociación colectiva "es una parte de la solución, ya que tanto los interlocutores sociales como el Estado están interesados por igual en abordar el tema del trabajo no declarado y no reglamentado, porque este fenómeno conlleva riesgos concretos para ambos"⁴⁶⁵.

Sin embargo, el hecho de que en teoría los trabajadores informales dispongan de este derecho –sobre todo en países donde se negocia por rama de actividad⁴⁶⁶– y de que existan incentivos para su ejercicio no significa que estos incentivos se hayan traducido en mecanismos estatales que promuevan su eficacia, más aún cuando, dentro de la propia economía formal, los límites a su ejercicio son preocupantes. Es aquí donde los Estados tienen doble responsabilidad: por un lado, por la ausencia de políticas de formalización efectiva que incrementen las tasas de población asalariada en condiciones más plenas para negociar⁴⁶⁷; y, por otro, por la escasez de esfuerzos encaminados a que este segundo espectro ocupacional –el de los trabajadores asalariados– pueda ejercer debidamente sus derechos colectivos.

Es por ello que la otra gran razón señalada para explicar la falta de cobertura negocial en la región se encuentra en "el hecho de que en la mayoría de países latinoamericanos predominan las micros y pequeñas empresas, donde no hay sindicatos, y en consecuencia no se desarrollan negociaciones, habiéndose además arraigado –entre los que sí negocian colectivamente– una práctica negocial descentralizada, [...] llevando de esa manera a su mínima expresión la unidad espacial/funcional donde ocurre la negociación"⁴⁶⁸. A esta idea se suma Vega, quien afirma que la negociación por rama a veces llega a ser "imposible de facto"⁴⁶⁹.

En este sentido, siendo que en economías de mercado como las de nuestra región, los Estados no pueden atribuirse una labor de planificación o diseño del tejido

⁴⁶⁴ VOSKO, Leah. "Decent Work': The Shifting Role of the ILO and the Struggle for Global Social Justice". *Global Social Policy*. California, 2002, volumen 2, No. 1, agosto; p. 21.

⁴⁶⁵ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Loc. cit.*

⁴⁶⁶ VEGA RUIZ, María Luz. *Óp. cit.*; p. 36.

⁴⁶⁷ PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "El futuro de los sindicatos..."; p. 38: "[E]l sector formal es precisamente aquél del que tradicionalmente se nutre el sindicalismo, que hasta ahora ha sido siempre derecho de los trabajadores subordinados o dependientes".

⁴⁶⁸ CARRILLO CALLE, Martín. *Loc. cit.*

⁴⁶⁹ VEGA RUIZ, María Luz. *Óp. cit.*; p. 45.

empresarial, el ámbito en el que cabría una intervención para modificar la cobertura de la negociación colectiva son los sistemas que modelan la arquitectura sindical y la estructura negocial de cada país, con el fin de posibilitar que los trabajadores desenvueltos en economías de menor escala ejerzan este derecho exitosamente. Así, si “la solidez de las capacidades y [...] la calidad del diálogo entre los trabajadores y los empleadores en todos los niveles”⁴⁷⁰ son la base para una negociación colectiva eficaz, la regulación de la estructura es un elemento clave para asegurarla.

Uno de los puntos de partida para formular una noción de estructura negocial regida por los parámetros del trabajo decente es la “la existencia de organizaciones de empleadores y empleados fuertes y representativas”⁴⁷¹, lo cual, en términos estructurales, se debería traducir en la promoción de unidades que abarquen un número importante de trabajadores. A esto parece referirse Valdés cuando, al hablar de la descentralización productiva, sostiene que “el nivel amplio sigue siendo concebido como el espacio idóneo para garantizar a los trabajadores que prestan servicios en estos sectores, pertenecientes a menudo a colectivos laborales especialmente vulnerables (mujeres, jóvenes, adultos con déficit de cualificación profesional e inmigrantes), unas condiciones de trabajo mínimamente decentes”⁴⁷².

Empero, un Estado que supla la voluntad de las partes, así sea con la finalidad de garantizar sindicatos fuertes o negociaciones a niveles macro, no parece ser la opción más ajustada al objetivo del trabajo decente. El modelo brasileño es un caso curioso en ese sentido, toda vez que el sistema impuesto de unicidad sindical tiene rango constitucional, promoviendo desde el más alto nivel la negociación sectorial y conduciendo a que este país no ratifique el Convenio 87⁴⁷³. Dicho instrumento es uno de los ocho convenios fundamentales de la OIT, por lo que no debe sorprender que las políticas que el Estado brasileño ha planteado en esta materia hayan sido fuente de diversos cuestionamientos por parte de los órganos de control⁴⁷⁴.

Con ello, el criterio más acertado es facilitar que sean los actores sociales quienes orienten la negociación hacia “un entorno en el que existen acuerdos coordinados en

⁴⁷⁰ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Óp. cit.*; p. 24.

⁴⁷¹ EGGGER, Phillippe y Werner SENGERBERGER. *Loc. cit.*

⁴⁷² VALDÉS DAL-RE, Fernando. “¿Hacia dónde va la negociación colectiva?”. En: GORELLI HERNÁNDEZ, Juan (coordinador). *El derecho a la negociación colectiva: “Liber Amicorum” Profesor Antonio Ojeda Avilés*. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2014; p. 522.

⁴⁷³ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “Atomización y disfuncionalidad...”; p. 220.

⁴⁷⁴ VEGA RUIZ, María Luz. *Óp. cit.*; p. 18.

niveles múltiples, esto es, de nivel nacional, sectorial/industrial, regional, local y/o de empresa”⁴⁷⁵ (énfasis agregado). Ahora bien, implementar esta propuesta es un desafío bastante complicado en países cuyo modelo de relaciones colectivas sigue una tradición descentralizada, por lo que, teniendo en cuenta que no existe precedente en el país de que la parte patronal haya favorecido una negociación en un nivel superior al de empresa, no contrariaría al enfoque del trabajo decente un sistema que otorgue ciertas prerrogativas o concesiones a la parte sindical, con el fin de que esta desarrolle su actuación en una pluralidad de niveles con autonomía en la elección de los mismos.

2. Objetivo económico: los beneficios de la centralización sindical/negocial para el panorama económico nacional

A nivel mediático, la discusión socio-jurídica sobre el sindicalismo y el ejercicio pleno de los derechos fundamentales de los trabajadores en su eje colectivo ha sido frecuentemente desplazada por argumentos economicistas e intuitivos que tienen más asidero en la ideología que en los hechos. Un ejemplo claro de ello es un artículo que el diario *El Comercio* publicó en el año 2014, cuyo autor sostenía que:

“hay un tipo de cártel al que la ley le perdona la vida. Un grupo de competidores ha sido autorizado a hacer ‘boycotts’, concertar precios, dividir mercados, entre otras conductas ilegales para todos los demás. Ese grupo son los trabajadores y el cártel se llama sindicato. La legislación les reconoce el derecho de negociar colectivamente, que puede implicar ponerse de acuerdo entre los trabajadores sobre qué precio (salario) cobrar o concertar para no «vender» (‘boycotear’) sus servicios. Es decir, para hacer huelga. Los sindicatos consiguen así lo que los demás competidores en el mercado no pueden: hacer que no solo las empresas paguen más, sino que los consumidores de los productos y servicios de dichas empresas asumamos los mayores costos que su coalición genera. La ley los ha autorizado a limitar, por vía de acuerdo, nuestra libertad”⁴⁷⁶.

Si el análisis se ciñera únicamente a esta perspectiva, no sería descabellado concluir que el rol que el constituyente ha otorgado a la autonomía colectiva es un error que pone en jaque a la economía nacional, y que el escaso acogimiento que la sindicación y la negociación colectiva tienen en la práctica deberá ser suprimido en su totalidad, si lo que se pretende es tutelar los intereses del empresariado y de los consumidores. No obstante, cabría preguntarse si esta sobre-simplificación de la función social y económica de los sindicatos encuentra un correlato con los indicadores de los que las

⁴⁷⁵ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Loc. cit.*

⁴⁷⁶ BULLARD GONZÁLES, Alfredo. “¿Sindicatos o cárteles?”. *El Comercio*. Lima, 29 de noviembre de 2014. Consulta: 01 de agosto de 2018.
<https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/sindicatos-carteles-alfredo-bullard-308218>

ciencias económicas disponen para el estudio de los efectos de estas instituciones, pues son estas herramientas –y no las aserciones dogmáticas– las que deben primar en el análisis de lo que se discute.

En razón de ello, resulta necesario complementar los elementos jurídico-políticos de nuestra propuesta, tendiente hacia una posible centralización sindical y negocial, con el estudio del impacto económico que la misma acarrearía. Esto se debe a que, si algo merece rescatarse en el planteamiento de quienes abogan por un diálogo entre el Derecho y la Economía, es la premisa de que toda norma o propuesta normativa no solo tiene que basar su utilidad social en los derechos que pretende tutelar, sino que también debe medir sus alcances y su sostenibilidad en función del efecto y el costo que su implementación implicaría para la sociedad en la que se aplique.

Dada la heterogeneidad de materias económicas que se ven comprometidas con la regulación de las relaciones colectivas, esta sección se concentrará solo en dos conceptos de alta relevancia para la economía del empleo: la reducción de la desigualdad, una tarea asociada por antonomasia al quehacer sindical, pero cuya efectividad debe medirse rigurosamente antes de ser dada por sentado; y el fortalecimiento de la seguridad en el empleo, un lineamiento con el que se apunta a problemáticas coyunturales tan actuales como la precariedad laboral y el desempleo, para efectos de determinar qué tan decisivo es el papel del fortalecimiento de la sindicación y la negociación colectiva con miras a su progresiva erradicación.

2.1. Incidencia en la reducción de la desigualdad

Una primera aproximación al vínculo de la negociación colectiva con la igualdad salarial parte de comparar un mercado de trabajo afectado por los mínimos establecidos por las instituciones sindicales que negocian colectivamente con sus empleadores, con un mercado totalmente desregulado: Freeman ha sostenido que, “si bien los proponentes y oponentes del caso contra las instituciones laborales discrepan sobre si estas aportan significativamente al desempleo y a la eficiencia económica agregada, es importante reconocer que concuerdan en un punto: que las instituciones laborales, particularmente las asociadas a los sindicatos, reducen la desigualdad salarial en comparación al pago en los mercados competitivos”⁴⁷⁷.

⁴⁷⁷ Traducción libre de FREEMAN, Richard. “Labour market institutions without blinders: The debate over flexibility and labour market performance”. *National Bureau of Economic Research*. Massachusetts, abril 2005, Working Paper 11286; p. 11.

No obstante, ciertos sectores de la doctrina podrían refutar lo indicado en el párrafo anterior, toda vez que esta concepción de la utilidad económica que generan los sindicatos y la negociación colectiva en el campo de la igualdad salarial no parece ser unánimemente aceptada. Por ejemplo, aquellos que se adhieren a posturas propias de la escuela neoclásica –entre los cuales se puede encontrar a Milton Friedman como uno de los más reconocidos– afirman que las instituciones sindicales son un elemento que *distorciona* el mercado competitivo, y termina por incrementar la brecha entre los trabajadores mejor pagados y los menos privilegiados:

“si los sindicatos elevan los índices salariales en una industria o puesto de trabajo, la cantidad de empleos disponibles se reducirá de la misma manera que cualquier subida de precios disminuye las compras. El efecto consistirá en que un número alto de personas busquen otros puestos de trabajo, lo cual reduce forzosamente los salarios en otros empleos. Dado que los sindicatos han sido generalmente más fuertes en grupos que de igual forma habrían recibido salarios altos, su efecto ha consistido en mejorar los salarios de los trabajadores que ya contaban con salarios altos a expensas de los trabajadores con salarios más bajos. Los sindicatos, por ello, no solo han afectado al público en general y a los trabajadores como colectivo, al distorsionar el uso del trabajo; también han hecho que los salarios de la clase trabajadora sean más desiguales, al reducir las oportunidades disponibles para los trabajadores desaventajados”⁴⁷⁸.

El problema de este planteamiento es que, para que las conclusiones discurren de la manera en que son plasmadas por el autor, debe operar necesariamente la premisa de que el trabajador sindicalizado cuenta con mayores ventajas previas a su sindicalización, en comparación con el trabajador promedio. Con respecto a ello, aunque no se pueda negar a cabalidad que esa sea la realidad en ciertas partes del mundo, difícilmente podría tomarse como una generalidad en la fase actual del sindicalismo, más aún cuando la evidencia tiende a sugerir que las principales diferencias en cuanto a prácticas de pago yacen precisamente en la afiliación sindical entre los trabajadores o la falta de la misma⁴⁷⁹, pesando este criterio incluso más que el tamaño de las empresas u otros aspectos no vinculados a la sindicación.

Por esta razón, una aproximación más realista hacia este problema es la que brinda la denominada escuela institucionalista, la cual asume una perspectiva que se adecúa a la función social designada a los sindicatos y afirma que estos, como organizaciones

⁴⁷⁸ Traducción libre de FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and freedom*. Chicago: Universidad de Chicago, 1962; p. 105.

⁴⁷⁹ FREEMAN, Richard y James MEDOFF. *What do unions do?*. Nueva York: Basic Books, 1984; p. 81.

democráticas, “negocian acuerdos colectivos que reflejan las preferencias del miembro medio –el cual es *típicamente poco calificado y gana menos que el trabajador promedio*. Los convenios colectivos elevan los pisos salariales (en los que la mayoría de miembros del sindicato se ubican) y reducen la brecha entre quienes ganan bajos y altos salarios”⁴⁸⁰ (énfasis agregado).

La perspectiva institucionalista identifica la existencia de dos facetas del sindicalismo: i) la faceta monopólica, en la cual se podría corroborar la tesis neoclásica de la elevación de salarios a favor de los trabajadores más calificados y la generación de desigualdades entre trabajadores con rasgos similares; y, ii) la faceta de voz colectiva/respuesta institucional, en virtud de la cual los sindicatos no solo reducen la desigualdad entre trabajadores de una misma empresa o sector, sino que alteran la distribución de poder entre los trabajadores marginales y los más permanentes, y limitan el alcance de la arbitrariedad en el campo de los ascensos, despidos y recontrataciones⁴⁸¹, eliminando la discrecionalidad empresarial y las evaluaciones subjetivas al mérito individual del trabajador⁴⁸².

Ahora bien, en cuanto a los roles que juegan la estructura sindical y negocial para efectos de promover una mayor o menor desigualdad salarial, se ha afirmado que, en una negociación colectiva centralizada, hay una mayor posibilidad de concretar las metas salariales igualitarias, y las condiciones particulares de las empresas tienen menor rango de influencia sobre los aspectos salariales de la contratación, por lo que la dispersión salarial se ve reducida⁴⁸³. Además, un efecto indirecto del incremento de salarios en el marco de una negociación centralizada es que esta repercute menos sobre la demanda del producto que la negociación por empresa, toda vez que la elevación de los salarios en este caso incide en todas las empresas del sector, por lo que “el empleo sectorial será menos afectado por el aumento de salario”⁴⁸⁴.

⁴⁸⁰ Traducción libre de HAYTER, Susan. “Unions and collective bargaining”. En: BERG, Janine (editora). *Labour markets, institutions and inequality. Building Just Societies in the 21st Century*. Ginebra: OIT, 2015; pp. 103-104.

⁴⁸¹ FREEMAN, Richard y James MEDOFF. *Óp. cit.*; p. 13.

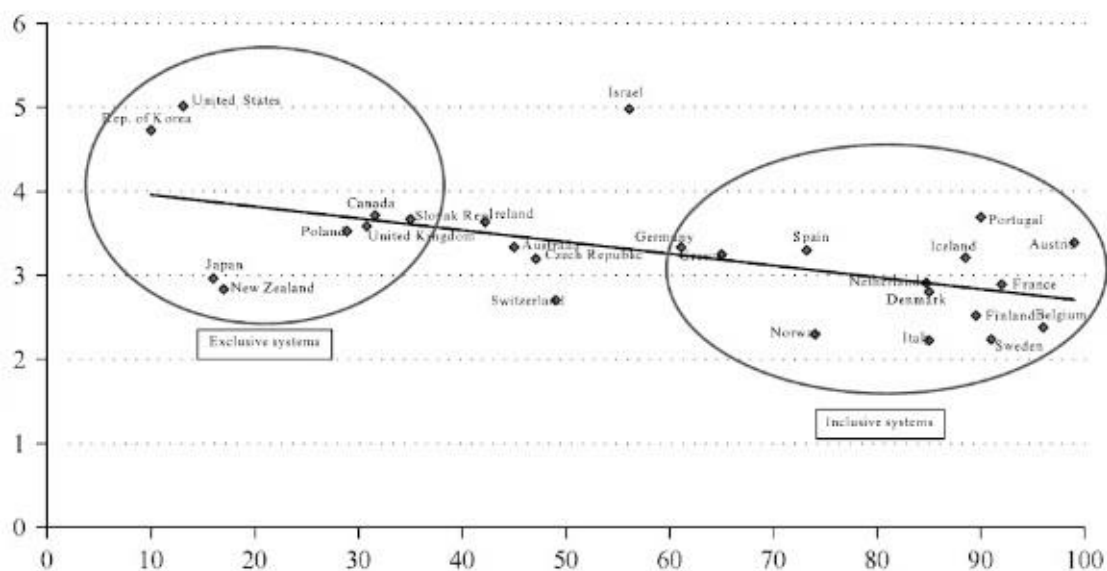
⁴⁸² HAYTER, Susan y Bradley WEINBERG. “Mind the gap: collective bargaining and wage inequality”. En: HAYTER, Susan (editora). *The role of collective bargaining in the global economy: Negotiating for social justice*. Ginebra: OIT, 2011; p. 143.

⁴⁸³ AIDT, Toke y Zafiris TZANNATOS. *The cost and benefits of collective bargaining*. Cambridge: Universidad de Cambridge, 2005; p. 5.

⁴⁸⁴ BORRONI, Carla y David TRAJTEMBERG. “La relación entre la estructura de la negociación colectiva y el desempeño de la economía. Aspectos teóricos y evidencias sobre el caso argentino”. En: DEL BONO, Andrea y Cecilia SENÉN GONZÁLEZ (directoras). *La revitalización sindical en Argentina: Alcances y perspectivas*. San Justo: Universidad Nacional de La Matanza, 2013; p. 34.

Por otro lado, más allá del peso de estos argumentos teóricos, es indispensable determinar si la evidencia empírica los respalda: uno de los medidores de las desigualdades salariales es el ratio D9/D1, consistente en comparar el rango salarial en el que se encuentra el 10% de los trabajadores mejor pagados (D9) con el que integra el 10% de los trabajadores de la escala inferior (D1). Hayter observa que los países con tasas reducidas de cobertura negocial tienen un ratio D9/D1 mayor, mientras los países con mayor cobertura tienen distribuciones salariales menos dispersas, lo cual también se ve influenciado por las variables referidas a los modelos negociales más estrechos y exclusivos y a los más amplios e inclusivos⁴⁸⁵:

Gráfico 11: Tasas de cobertura de la negociación colectiva en el año 2010 o la más reciente disponible



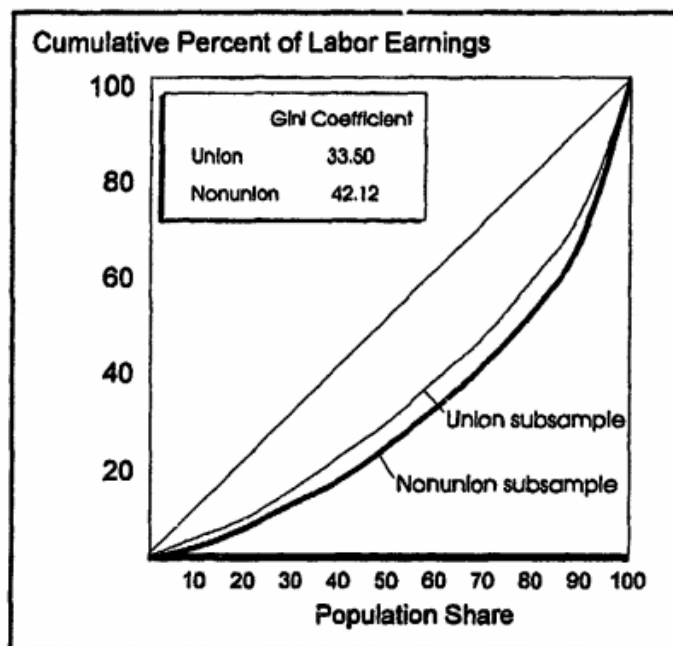
Fuente: Hayter, Susan (2015)

Convendría aproximarnos, sin embargo, a una realidad más cercana a la nuestra: la de los países en vías de desarrollo. Por ejemplo, Panagides y Patrinos han estudiado el caso mexicano, empleando otro de los parámetros utilizados con mayor frecuencia en la teoría económica para medir la desigualdad salarial de un país: el coeficiente de Gini, donde, mientras más alto sea el valor del coeficiente, más desigual es la distribución de salarios. Lo encontrado por los autores indica que existe una diferencia de casi 9 puntos de inferioridad en la dispersión salarial del sector de los trabajadores sindicalizados comparado al de los trabajadores no sindicalizados⁴⁸⁶:

⁴⁸⁵ HAYTER, Susan. *Óp. cit.*; p. 101.

⁴⁸⁶ PANAGIDES, Alexis y Harry Anthony PATRINOS. *Union-Nonunion wage differentials in the developing world: A case study of Mexico*. Washington: Banco Mundial, 1994; pp. 21-22.

Gráfico 12: Curva Lorenz de Submuestras de Trabajadores Sindicalizados y No Sindicalizados en México



Fuente: Panagides y Patrinos (1994)

Basándose en esta y otras variables, como el Índice de Desarrollo Humano, Deakin, Fenwick y Sarkar han concluido que los estudios empíricos demuestran que las instituciones que se cimentan en relaciones industriales sólidas, favorecidas por normas laborales que apuntalen a la voz colectiva y a la negociación, pueden contribuir a la reducción de las desigualdades y promover el desarrollo en las economías emergentes de la misma forma en que lo hacen en países con economías más industrializadas⁴⁸⁷. Por otro lado, existen otros indicadores encargados de verificar la efectiva solidez de estas instituciones, muchos de los cuales están vinculados a las estructuras que rigen el panorama sindical y negocial de los países.

En relación a esto último, Wallerstein emplea el llamado *ratio* w_{90}/w_{10} , cuyos resultados arrojan índices de dispersión en la distribución de salarios mucho menores en los países con negociaciones centralizadas⁴⁸⁸, para defender la tesis según la cual, mientras más centralizados sean los mecanismos que fijan los salarios, más igualitaria será su distribución, e indica que los factores institucionales más importantes para explicar el nivel de desigualdad salarial son los siguientes: i) si los salarios son

⁴⁸⁷ DEAKIN, Simon, Colin FENWICK y Prabirjit SARKAR. *Labour law and inclusive development: The economic effects of industrial relation laws in middle-income countries*. Cambridge: Universidad de Cambridge, 2013; pp. 20-21.

⁴⁸⁸ WALLERSTEIN, Michael. "Wage-setting institutions and pay inequality in advanced industrial societies". *American Journal of Political Science*. Indiana, 1999, volumen 43, No. 3, julio; p. 654.

determinados localmente, a nivel de la industria o al nivel de la economía en su totalidad; ii) el grado en el cual los salarios son fijados por unos pocos grandes sindicatos que tienen la capacidad de coordinar informalmente; y, iii) el nivel de cobertura que tienen los convenios colectivos sobre la fuerza de trabajo⁴⁸⁹.

Lo anterior también ha sido afirmado por Borroni y Trajtemberg, quienes se basan en un estudio de la OECD orientado en las variables de centralización y coordinación⁴⁹⁰ de la negociación para plasmar los siguientes resultados:

Cuadro 4: Relación entre negociación colectiva y desempeño de la economía en materia salarial

Resultados	1er Procedimiento (valores promedio)	2do Procedimiento (correlación)	3er Procedimiento (regresión)
Nivel general de ingresos	El crecimiento de los salarios reales fue menor entre los países con baja CC [centralización / coordinación]	No aparece ninguna relación robusta entre los indicadores de negociación colectiva y las medidas de ingreso general. En algunos casos las relaciones son significativas, pero inestables en diferentes períodos.	No hay evidencia de una relación entre densidad, cobertura o centralización y/o coordinación con el nivel de salarios promedio.
Medidas de desigualdad / Salarios relativos		La dispersión salarial es menor en los países con alta afiliación sindical y cobertura de la negociación colectiva y que tienen estructura de negociación colectiva más centralizadas y/o coordinadas. Muestra evidencia que mayor afiliación sindical y cobertura de la negociación colectiva se traduce en mayores salarios relativos de los jóvenes. También las correlaciones entre cobertura y salario relativo de mujeres son importantes y estadísticamente significativas.	La negociación colectiva de salarios se asocia con una menor desigualdad global y con mayores salarios relativos de los jóvenes.

Fuente: Borroni y Trajtemberg (2013)

⁴⁸⁹ *Ibidem.*; p. 676.

⁴⁹⁰ BORRONI, Carla y David TRAJTEMBERG. *Óp. cit.*; p. 32: "En el caso de la negociación salarial, la coordinación está relacionada con la capacidad de un sistema para sincronizar los incrementos salariales entre las distintas unidades de negociación que se conforman en la economía. Para lograr este resultado se requiere que se logre compatibilizar las expectativas de los agentes que intervienen en el sistema de relaciones laborales para que se unifique la postura que se adopta en las negociaciones salariales".

En función de todo lo dicho, parece pertinente concluir que existe suficiente respaldo teórico y evidencia empírica comparada para sostener que la apuesta estatal por un modelo centralizado de negociación colectiva podría jugar un rol importantísimo en el objetivo de reducir las brechas salariales existentes. Ello adquiere particular relevancia en un país donde “[l]a distribución del ingreso, aproximado desde las cuentas nacionales con los ingresos reales promedio de los trabajadores independientes y autoempleados, del campo y la ciudad muestra que la desigualdad continúa siendo una problemática importante”⁴⁹¹.

A mayor abundamiento, pese a que no hayan sido tópicos abarcados en este trabajo, los estudios parecen indicar que un incremento en las tasas de cobertura de la negociación colectiva y de la densidad sindical puede coadyuvar a disminuir la brecha salarial en ámbitos específicos como el generacional⁴⁹², el étnico y el de género⁴⁹³. Por ello, una reforma de las instituciones sindicales que las erija como entes con una participación más protagónica en la determinación de los ingresos de la fuerza laboral del país también podría adquirir un papel fundamental en la remoción de las barreras estructurales que nos afectan como sociedad, brechas que, en definitiva, trascienden al permanente conflicto suscitado entre trabajadores y empleadores.

2.2. Efectos sobre la seguridad en el empleo

Si bien el consenso académico sobre el vínculo entre las desigualdades salariales y la autonomía colectiva no es absoluto, se debe iniciar esta discusión reconociendo que la relación entre la negociación colectiva y la seguridad en el empleo es un tópico mucho más controvertido. Empero, el aporte de las ciencias económicas ha permitido vislumbrar que existen suficientes indicios para defender la tesis de que los sindicatos y la negociación colectiva no solo son medidas abstractamente garantistas que fortalecen el empleo, sino que una ampliación de su cobertura coadyuva a mantener una economía menos afectada por la precariedad y el desempleo.

La escuela institucionalista toma el modelo denominado *exit-voice*, cuya formulación original hacía alusión al vínculo entre el mercado y los consumidores, para extrapolarlo al ámbito de las relaciones laborales, donde una situación laboral indeseada podría, o

⁴⁹¹ FLOR TORO, José Luis, Janneth LEYVA ZEGARRA y Waldo MENDOZA BELLIDO. “La distribución del ingreso en el Perú: 1980-2010”. *Revista CIS*. Santiago, 2011, volumen 9, No. 15; p. 44.

⁴⁹² BORRONI, Carla y David TRAJTEMBERG. *Óp. cit.*; p. 37.

⁴⁹³ PANAGIDES, Alexis y Harry Anthony PATRINOS. *Óp. cit.*; p. 15.

bien conducir a la renuncia del trabajador (*exit*), en un escenario típico del libre mercado, o bien encauzarlo a expresar su malestar (*voice*) ante los organismos encargados de la toma de decisiones en la empresa a través de los sindicatos y la negociación colectiva: cuando los trabajadores disponen de mecanismos institucionales para expresar su voz colectiva, los índices de renuncia tenderían a bajar y los periodos de permanencia en la empresa serían más duraderos⁴⁹⁴.

Con respecto a la estructuración de los canales idóneos para la expresión de la voz colectiva de los trabajadores, se ha sostenido que, al momento de sustraerse la competitividad salarial entre empresas mediante la suscripción de convenios colectivos de cargo de empleadores múltiples, en un plano de negociación sectorial o nacional, el traslado del conflicto laboral de un nivel empresarial a uno supraempresarial disminuye el riesgo de que las disputas laborales generen malestares internos en el centro de trabajo, que bien podrían conducir a la renuncia de los trabajadores⁴⁹⁵. Por esta razón, el planteamiento citado en el párrafo anterior parece tener mayor asidero en un modelo centralizado de negociación que en uno disperso.

Por otro lado, la expresión de la voz colectiva no solamente genera canales favorables para la resolución de disputas en la relación de trabajo, haciendo de la renuncia una opción menos preferible, sino que también otorga a los trabajadores una plataforma mediante la cual pueden pactar condiciones de estabilidad en el empleo. Este tipo de medidas, pese a que el lenguaje economicista suele considerarlas como *rigideces* sobre el mercado laboral, puede acarrear beneficios para todas las partes involucradas, toda vez que presentan un incentivo para que los empleadores capaciten a sus trabajadores, al efecto de mitigar los costos asociados a las limitaciones impuestas a los despidos, y la seguridad otorgada a los trabajadores, a su vez, los estimula a repotenciar la innovación⁴⁹⁶ y la productividad⁴⁹⁷ dentro de la empresa.

⁴⁹⁴ FREEMAN, Richard. "The exit-voice tradeoff in the labor market: Unionism, job tenure, quits, and separations". *The Quarterly Journal of Economics*. Oxford, 1980, volumen 94, No. 4, junio; p. 643.

⁴⁹⁵ KOHAUT, Susanne, Claus SCHNABEL y Stefan ZAGELMEYER. "Collective bargaining structure and its determinants: An empirical analysis with British and German establishment data". *European Journal of Industrial Relations*. Londres, 2006, volumen 12, No. 2; p. 172.

⁴⁹⁶ DEAKIN, Simon, Jonas MALMBERG y Prabirjit SARKAR. "How do labour laws affect unemployment and the labour share of national income? The experience of six OECD countries, 1970-2010". *International Labour Review*. Ginebra, 2014, volumen 153, No. 1; p. 5.

⁴⁹⁷ AIDT, Toke y Zafiris TZANNATOS. *Loc. cit.*: "[E]l entrenamiento general de los trabajadores tiene mayores probabilidades de ser integrado en una negociación colectiva centralizada, dadas sus características como bien público. Subsecuentemente, el entrenamiento puede conllevar a una mayor productividad laboral a nivel de la economía y a un crecimiento económico en conjunto" (traducción libre).

Poco fútil sería para los intereses del presente trabajo, sin embargo, desarrollar el tema de la estabilidad laboral si esta únicamente pudiese provenir de la vía heterónoma (la ley), a la cual la praxis regional histórica le suele atribuir la tarea de regular la materia con casi absoluta exclusividad. Tal premisa ignoraría el hecho de que en otros sistemas no es extraña la implementación de los llamados *pactos por empleo y competitividad* (PECs), los cuales provienen de la autonomía colectiva y son asociados comúnmente con dos objetivos: i) la minimización de las reducciones de plantilla, o bien la estabilización del empleo; y, ii) la reducción del costo que acarrearán las organizaciones, o bien la mejora de su capacidad de adaptación⁴⁹⁸.

Un ejemplo paradigmático de este tipo de pactos fue el que se gestó en Alemania, donde los actores sociales arribaron a un acuerdo de flexibilidad y seguridad en 1996, mediante el cual se reducía la protección del despido respecto de los trabajadores *habituales*, a cambio de una mayor protección al empleo y la seguridad social de los trabajadores considerados *atípicos*⁴⁹⁹. Ello implicaría que los trabajadores que sufren de mayor vulnerabilidad en la economía, producto de la precariedad de sus contratos, sean beneficiados por un umbral superior de seguridad en el empleo; mientras que los trabajadores más estables otorguen ciertas concesiones al empleador, para efectos de que la estabilidad que los beneficia no sea absoluta.

En el caso de este tipo de convenios, bien es cierto que suelen tener un mayor rango de aplicación en el ámbito de las negociaciones a nivel de empresa; empero, al amparo del objetivo de aminorar los efectos que ocasionan los cambios en el mercado globalizado sobre la competitividad de determinadas industrias importantes para la economía⁵⁰⁰, es en el campo de la negociación sectorial donde suelen introducirse las llamadas *cláusulas de garantía de empleo*, “esto es, básicamente orientadas bien a mantener los actuales niveles de empleo [...], bien a promover su mayor estabilidad (ej. pactos sobre conversión de contratos temporales en fijos; cláusulas orientadas a «penalizar» o desincentivar el recurso al empleo temporal; cláusulas de recolocación y/o readmisión de trabajadores afectados por extinciones...)”⁵⁰¹.

⁴⁹⁸ HAIPIETER, Thomas y Steffen LEHNDORFF. “Negotiating employment security: innovations and derogations”. En: HAYTER, Susan (editora). *The role of collective bargaining in the global economy: Negotiating for social justice*. Ginebra: OIT, 2011; p. 22.

⁴⁹⁹ OZAKI, Muneto. *Negotiating job protection in the age of globalization*. Ginebra: OIT, 2003; p. 27.

⁵⁰⁰ HAIPIETER, Thomas y Steffen LEHNDORFF. *Óp. cit.*; p. 23.

⁵⁰¹ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal y José Luis MONEREO PÉREZ. “«Política de empleo» y sistema de relaciones laborales: La autonomía colectiva como fuente de Derecho del Empleo”. *Trabajo: Revista iberoamericana de relaciones laborales*. Huelva, 2001, No. 10; p. 82.

No obstante, las repercusiones de la estructura negocial sobre el empleo no solo se estudian sobre la base de las cláusulas convencionales que abordan específicamente este tema en cada nivel de negociación, sino que también se debe emplear como criterio para evaluar estos vínculos al impacto que el grado de centralización de la negociación salarial propiamente dicha tiene sobre los niveles de empleo. En otras palabras, la lectura del desempleo como una *externalidad* de la negociación colectiva desde su función tradicional –la redistributiva– debe medir sus consecuencias en función de variables como el nivel de centralización de su estructura, las tasas de afiliación sindical y el grado de coordinación entre las fuerzas colectivas.

Por ejemplo, en países como Austria y Suecia se ha registrado un alto grado de centralización de las negociaciones colectivas, conjugado con tasas reducidas de desempleo; al determinarse si existe una correlación entre ambas variables, se ha identificado que, “bajo un sistema descentralizado, los negociadores toman el nivel de oportunidades de empleo en el país como dado, por lo que ignoran los efectos que puedan tener sus decisiones sobre otros trabajadores; mientras que en un modelo centralizado, con una alta cobertura sindical, los sindicatos no estarán motivados a forzar los salarios al alza”⁵⁰². Así, el principio de solidaridad que subyace a los modelos más concentrados de negociación coadyuva a mantener estos bajos niveles de paro.

Uno de los postulados teóricos más difundidos que estudian el vínculo entre la negociación salarial y el desempleo ha sido el de Calmfors y Driffill⁵⁰³, cuyos resultados arrojan que, en lugar de los marcos moderadamente centralizados, aquellos modelos que presentan un mayor grado de centralización o descentralización son los que finalmente arrojan menores tasas de desempleo y, en términos generales, un mejor desempeño macroeconómico:

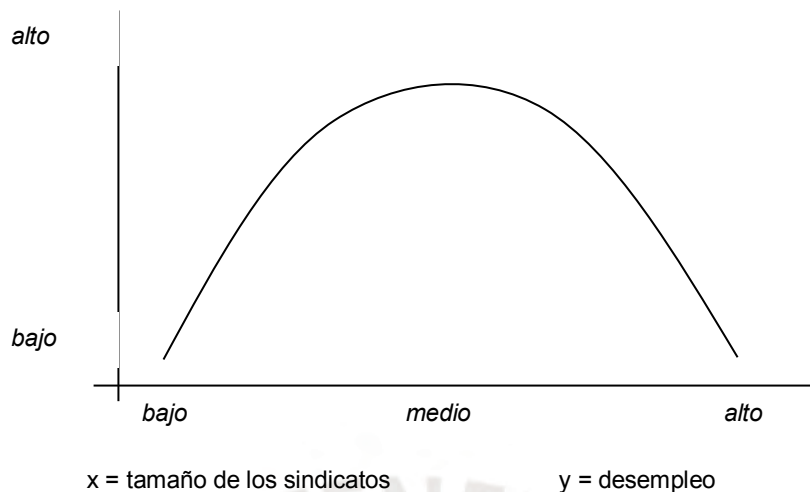
*“los sistemas descentralizados de negociación colectiva, al igual que los más centralizados, producen resultados deseables desde el punto de vista del desempeño económico, a diferencia de los esquemas de centralización intermedia. La relación no es lineal sino que tiene forma de una parábola o de una U invertida, esto es, la curva indica que las estructuras más descentralizadas y las más centralizadas de negociación colectiva producen, por un lado, menores niveles de desempleo y de inflación y, por el otro, mayor nivel de empleo”*⁵⁰⁴.

⁵⁰² GARCÍA LASO, Agustín. “Modelos de negociación colectiva: Aspectos económicos”. *Cuadernos de relaciones laborales*. Madrid, 1996, No. 9; p. 62.

⁵⁰³ CALMFORS, Lars y John DRIFILL. “Bargaining structure, Corporatism and Macroeconomic Performance”. *Economic Policy*. Oxford, 1988, No. 6, abril; pp. 13-61.

⁵⁰⁴ BORRONI, Carla y David TRAJTEMBERG. *Óp. cit.*; p. 33.

Gráfico 13: Hipótesis Calmfors-Driffill



Este indicador guarda consigo una importante implicancia para el desarrollo de nuestro análisis: cuando el universo de posibilidades presenta dos modelos que promoverían un mayor grado de eficiencia económica, pero la diferencia entre ambos radica en el nivel de tutela que proveen a los trabajadores⁵⁰⁵, las discusiones de política económica dejan de ser solo numéricas; aquí entra a tallar la funcionalidad igualatoria del Derecho del Trabajo, la cual debe prevalecer cuando una de las opciones indicadas aboga por su exclusión. Si la búsqueda de eficiencia no contempla a la desigualdad como uno de los factores que se deben corregir para asegurar el desarrollo económico en todos sus ejes, el planteamiento ciertamente es incompleto.

De ello, no solo se sustrae la noción de que los marcos teóricos de ambas disciplinas deben ser complementados para que su alcance en la política nacional sea el adecuado, sino que, contrario a lo que las perspectivas más ortodoxas sugieren⁵⁰⁶, el impacto que las instituciones sindicales tienen sobre el panorama económico puede ser muy positivo si estas son correctamente encauzadas. La centralización negociada, antes de ser descartada por la incertidumbre que genera en un país en el que nunca ha sido promovida, debe ser objeto de seria consideración por parte de los operadores encargados de lidiar con los fenómenos que aquella tiene el potencial de resolver.

⁵⁰⁵ En los términos expresados por MUGNOLO, Juan Pablo. *Óp. cit.*; p. 26; los escenarios que generarían mayores índices de eficiencia económica serían, “[d]e un lado, en estructuras fuertemente centralizadas en las que las partes sociales tengan la capacidad y el incentivo para fijar el nivel salarial de modo no inflacionario; de otro, en estructuras altamente descentralizadas y mercados de trabajo desregulados, que consientan un drástico debilitamiento de la tutela laboral y sindical y un aumento de la desigualdad”.

⁵⁰⁶ DAVIDOV, Guy. “Collective bargaining laws: Purpose and scope”. *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*. La Haya, 2004, volumen 20; p. 94.

3. Objetivo jurídico: La garantía de eficacia de los preceptos constitucionales en materia de derechos colectivos

Habiendo intentado en el primer capítulo ser lo suficientemente extensivos en el análisis de las instituciones colectivo-laborales desde su regulación legal, así como en la crítica de aquellas basada en su idoneidad y adecuación al marco constitucional, en esta etapa resulta pertinente dar un paso más adelante en el estudio de la normativa; esto es, intentando responder *de qué manera* se pueden plasmar legislativamente los principios consagrados por el constituyente en materia laboral para que exista un cumplimiento eficaz de los mismos, el cual garantice el ejercicio pleno de los derechos fundamentales de los trabajadores en el terreno colectivo.

Lo anterior irradia de las palabras de Sanguinetti, quien afirma que, “en el caso de las relaciones laborales, las normas constitucionales suelen ser bastante más explícitas y detalladas, procurando ofrecer un marco general para su regulación, el cual delimita o prefigura de manera más intensa de lo usual las opciones a las que deberá ceñirse el legislador a la hora de llevar a cabo su desarrollo”⁵⁰⁷. En dicha medida, se sustraerá de las disposiciones constitucionales vigentes la interpretación y el contenido de los derechos de los trabajadores en lo que concierne a las materias bajo análisis, para efectos de determinar qué formula regulatoria se adecúa con mayor precisión y detalle a la voluntad del constituyente.

3.1. La reinterpretación de los principios de la negociación colectiva en aras del fortalecimiento de la autonomía colectiva

La primera aproximación que es propicia hacer en este extremo del análisis se refiere al contenido axiológico de la autonomía colectiva. Rodríguez-Piñero afirma que este principio “indica el derecho de ciertos entes de emanar un ordenamiento, que es reconocido por el Estado no sólo como lícito y jurídico sino que, además, viene a formar parte del propio ordenamiento estatal; el ente al autoregularse actúa a la vez por sí y por el Estado, en cuanto que para los fines estatales tiene interés el ordenamiento del ente”⁵⁰⁸. Así, su reconocimiento constitucional acarrea una serie de consecuencias sobre la valoración estatal de las normas convencionales y sobre las pautas interpretativas que se deben seguir para la lectura de los derechos colectivos.

⁵⁰⁷ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “La protección de los derechos...”; pp. 30-31.

⁵⁰⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel. “La relación colectiva de trabajo a través de sus manifestaciones”. *Anales de la Universidad de Murcia (Derecho)*. Murcia, 1961, volumen XIX, No. 4; p. 339.

En el caso peruano, Blancas recuerda que “el poder de autorregulación de las relaciones laborales es conferido a las partes sociales por el Estado en virtud a la norma contenida en el artículo 28 de la Constitución”, ratificando su consolidación en el más alto rango del orden jerárquico; asimismo, reconoce “que el Estado tiene la potestad e, incluso, la obligación de encauzar el ejercicio de la autonomía colectiva estableciendo sus límites, tanto para garantizar el interés general, cuanto para rodear de eficacia el propio desarrollo de la propia autonomía y de sus productos normativos”⁵⁰⁹. El *cómo* se vinculan la concesión de este reconocimiento prioritario y este rol de encauzamiento es, pues, una pieza de análisis importante para otorgarle un contenido funcional al principio de autonomía colectiva.

Pocos han sido capaces de delinear el porqué de la constitucionalización de la autonomía colectiva con la claridad de Villavicencio:

“se basa en la idoneidad que tiene el fenómeno de la actuación organizada de los trabajadores para equilibrar la desigual relación existente entre las partes de la relación individual del trabajo; para canalizar y componer el conflicto inherente a tal relación de manera que pueda rendir sus mejores frutos en materia de igualdad y de justicia social, funcionalizándolo respecto de tan importantes objetivos del Estado; para producir normas adecuadas y consensuadas respecto de cada una de las múltiples unidades productivas que permitan un máximo de eficiencia económica; para servir de instrumento de garantía de la aplicación del Derecho del Trabajo en su conjunto, habida cuenta de su bajísima tasa de aplicación; para asegurar un grado razonable de participación de los trabajadores en la defensa de sus intereses a nivel general; y, finalmente, para cumplir el rol de cohesión e integración social (en síntesis, democracia material) que permita superar nuestra secular sociedad excluyente y sustituirla por otra de la que todos nos sintamos parte aunque sea mínimamente”⁵¹⁰.

Sin embargo, en cuanto a la posibilidad de que estos objetivos se vean plasmados en la realidad, las cifras previamente reseñadas parecen hablar por sí solas: la norma no garantiza que la autonomía colectiva cumpla con la función que le ha sido constitucionalmente conferida, ni que tenga una cuota de protagonismo importante en la ordenación de las relaciones laborales. ¿Qué se precisa, pues, para que este principio se vea optimizado en los niveles esperados por el constituyente, conduciendo a los trabajadores a alcanzar la igualdad que corresponde a una sociedad democrática y a producir normas concebidas a través de fuentes basadas en el consenso social?

⁵⁰⁹ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *La cláusula de Estado Social...*; p. 438.

⁵¹⁰ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “El modelo de relaciones...”; pp. 560-561.

Si se buscan respuestas en el ordenamiento internacional, cabe recordar que las recomendaciones y criterios vertidos por los órganos de control de la OIT ayudan a concretizar algunos de los valores que deben inspirar a los sistemas de negociación colectiva en los países miembros, pero se ven limitados por la generalidad que les es consustancial. Por ello, al abordar los principios asociados a este derecho, estos deben ser interpretados a la luz del estado de las relaciones colectivas en el país y de la manera como su aplicación favorece que, fortaleciendo la autonomía colectiva, se pueda consolidar la configuración de un auténtico ordenamiento intersindical⁵¹¹.

Uno de los principios que ha tenido mayores problemas de interpretación global es el de la voluntariedad de la negociación. Como tradición jurídica, una fuente de inspiración de este principio es el voluntarismo propio del modelo británico de relaciones industriales, el cual ha operado históricamente bajo la premisa de que los trabajadores pueden concretar sus metas de la mejor manera si dependen de sus asociaciones voluntarias⁵¹². Kahn-Freund, su máximo exponente, acuñó el término *laissez faire colectivo* para referirse a “la retirada de la ley de las relaciones industriales y la retirada de las relaciones industriales de la ley”⁵¹³: el peso de la regulación laboral sería asumido únicamente por el pacto entre las fuerzas colectivas.

La defensa de este sistema ha sido sintetizada en tres ideas: i) la intervención legal es innecesaria porque la negociación colectiva es una forma más efectiva de proteger a los trabajadores, toda vez que el desequilibrio de poderes es compensado por la presencia de los sindicatos; ii) la adquisición de derechos vía negociación colectiva ofrece mayor seguridad que las garantías legales o constitucionales, en la medida de que, si el gobierno no es el otorgante de los derechos, tampoco puede quitarlos; y, iii) el *laissez faire colectivo* es más flexible, al permitir que sindicatos y empleadores decidan las cosas por sí mismos y respondan a las circunstancias cambiantes⁵¹⁴.

Ahora bien, sin dejar de reconocer el aporte fundamental de Kahn-Freund al estudio de las relaciones colectivas, así como la vigencia de muchas de las bases teóricas que

⁵¹¹ Entendido como un “permanente sistema de relaciones contractuales, que presupone la permanencia de un relativo equilibrio de poderes, la continuidad de las relaciones, la exclusión de otros portadores de intereses colectivos [...]; un sistema, esto es, que se muestra fundado sobre la autoinvestidura de representatividad y del poder de dictar ley a los grupos económicos” (GIUGNI, Gino. *Óp. cit.*; p. 111).

⁵¹² FLANDERS, Allan. “The tradition of voluntarism”. *British Journal of Industrial Relations*. Londres, 1974, volumen 12, No. 3, noviembre; p. 353.

⁵¹³ KAHN-FREUND, Otto. “Labour Law”. En: GINSBERG, Morris (editor). *Law and opinion in England in the 20th Century*. Westport: Greenwood Press, 1974; p. 225.

⁵¹⁴ DAVIES, Anne C. L. *Perspectives on Labour Law*. Nueva York: Cambridge, 2004; p. 4.

sentó en la materia, no es viable asimilar el concepto de autonomía colectiva, conforme es entendido hoy, con su apuesta por el *laissez faire colectivo* y la ideología voluntarista que subyace a la misma. Al respecto, Martín Valverde sostiene que esta concepción dogmática “ha resistido mal, ciertamente, el embate de la crisis económica y de las vastas transformaciones del sistema productivo que a ella se han encadenado”, y que prueba de ello es “la espectacular recuperación de la «función promocional» del Estado en este ámbito de relaciones”⁵¹⁵.

Efectivamente, hoy por hoy la actitud de los poderes públicos respecto a la autonomía colectiva procura una intervención favorable del Estado en la relación sindicato-empresa, “privilegiando la eficacia jurídica de sus instrumentos y de sus sujetos”⁵¹⁶. El principio de voluntariedad, que en los sistemas voluntaristas puede tomarse como un valor casi absoluto, no puede erigirse como la única idea que rige la posición de la autonomía colectiva en el ordenamiento jurídico; antes bien, “no deben perderse de vista los objetivos sociales a perseguir constitucionalmente por el Estado y que legitiman intervenciones heterónomas frente las que la «autonomía» de los agentes sociales no siempre es un argumento que prevalezca”⁵¹⁷.

Ciertamente, tampoco puede desestimarse la importancia de una negociación voluntaria, en la medida de que, antes que respaldarse el cese total de la intervención del aparato estatal, lo que se busca con este principio es garantizar que el gobierno no se atribuya poderes ilegítimos sobre el cauce de la negociación. No obstante, los problemas de orden tanto teórico como práctico comienzan a detectarse al momento de determinar qué atribuciones del Estado en este campo son legítimas y cuáles no lo son, por lo que es frecuente que discurran conflictos entre los roles que juegan las concepciones voluntaristas y las promocionales en la negociación.

En este sentido, los órganos de control de la OIT han optado por fórmulas que favorecen una dosis importante de abstencionismo estatal, ya sea porque repelen la posibilidad de que se generen vínculos disfuncionalmente dependientes entre las fuerzas sindicales y los Estados, o porque su constitución tripartita puede llegar a omitir la importancia funcional del fomento estatal de la negociación, al estar integrados por un tercio de representantes estatales (muchos próximos a las

⁵¹⁵ MARTÍN VALVERDE, Antonio. “El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Revista de Política Social*. Madrid, 1983, No. 137; p. 158.

⁵¹⁶ OJEDA AVILÉS, Antonio. *Derecho Sindical*; p. 41.

⁵¹⁷ FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio y José Luis MONEREO PÉREZ. “Estudio preliminar”. En: GIUGNI, Gino. *Óp. cit.*; p. LXXIII.

posiciones de los empleadores), un tercio de representantes de empleadores, y otro tercio de representantes de trabajadores; muchos de estos últimos provenientes de Estados que no precisan de la injerencia o el arbitrio del ordenamiento internacional para adecuar el modelo económico o sindical conforme a sus intereses⁵¹⁸.

En materia de negociación colectiva, las pruebas más contundentes de lo anterior deben encontrarse en el uso de procedimientos alternativos de resolución de conflictos y en la determinación del nivel de negociación. En el caso del primero, “los órganos de control insisten que los mecanismos de auxilio a la negociación (informativos y de conciliación, mediación o arbitraje) tengan carácter voluntario”⁵¹⁹. El problema que aquí implica el criterio voluntarista del CLS consiste en que, si bien favorece que sean las propias partes quienes determinen cuáles son las vías procedimentales idóneas para dar conclusión al conflicto, también genera la posibilidad de que, ante la falta de acuerdo, este permanezca abierto, sobre todo en los casos en los que la capacidad de presión de los trabajadores a través de la huelga es reducida.

Por otra parte, la libertad para decidir el nivel de negociación tiene su propio espacio de desarrollo, tanto en los criterios y recomendaciones emanadas de los órganos de control como en nuestra jurisprudencia constitucional. Acogiéndose de lo dispuesto internacionalmente, el TC afirma que “la determinación del nivel de negociación colectiva debe depender esencialmente de la voluntad de las partes y, por consiguiente, no debe ser impuesto por la legislación”⁵²⁰. Tal criterio no es cuestionable en sí mismo, pero los problemas se presentan cuando una interpretación extensiva conlleva al CLS a sostener que “la negativa de los empleadores de negociar a un nivel determinado no constituiría una violación de la libertad sindical”⁵²¹.

En países con modelos descentralizados, como en buena parte de América Latina, delegar a la discrecionalidad del empleador la posibilidad de rechazar la negociación en un nivel determinado priva a numerosos trabajadores de la capacidad de ejercer este derecho. Por ello, legitimar este tipo de actos en la región solo permite que, incluso en caso los sindicatos puedan llegar a negociar colectivamente, subsista el riesgo de que lo terminen haciendo en condiciones profundamente dispares; y ello podría ameritar, aun para el propio Kahn-Freund, una injerencia de la norma, toda vez

⁵¹⁸ ERMIDA URIARTE, Oscar. “Crítica de la libertad sindical”; p. 43.

⁵¹⁹ GERNIGON, Bernard, Horacio GUIDO y Alberto ODERO. “Principios de la OIT sobre la negociación colectiva”; p. 45.

⁵²⁰ Exp. 03561-2009-AA/TC. Fundamento 14.

⁵²¹ GERNIGON, Bernard, Horacio GUIDO y Alberto ODERO. *Óp. cit.*; p. 46.

que, para este autor, tales intervenciones deberían limitarse a las áreas marginales en las que la disparidad de fuerzas entre trabajadores organizados y empleadores sea tan amplia que prevenga la gestión exitosa de la llamada *maquinaria de negociaciones*⁵²².

Siendo que la estructura de la negociación es un elemento esencial para la determinación de esta paridad de fuerzas, su adecuada configuración es prioritaria para lograr la igualación sustancial de las posiciones de hecho que asumen los actores sociales. Partiendo de la premisa de que “[l]a desigualdad de acceso a la negociación colectiva supone un desafío a la igualdad”⁵²³, Blackett y Sheppard sostienen que:

“La elección del sistema de negociación colectiva y de los mecanismos concretos de relaciones laborales que funcionarán dentro del mismo influye en el alcance y la eficacia de los acuerdos sobre los problemas de igualdad. Por ejemplo, algunos especialistas en relaciones laborales han afirmado que la negociación salarial centralizada [...] desempeña una función decisiva en la disminución de las desigualdades salariales [...]. En cambio, los sistemas de negociación salarial descentralizada – cada vez más abundantes en los sistemas de relaciones laborales «voluntaristas» y en los basados en un modelo de elección democrática– suelen agravar las preocupaciones en materia de productividad o eficiencia propias de cada empresa en detrimento de la indización de los salarios sobre el costo de vida y de estrategias más amplias de signo solidario. Encierran el peligro de exacerbar las desigualdades salariales, ya que los grupos predominantes pueden salvaguardar sus diferencias dejando a otros trabajadores con menos fuerza negociadora [...] en la parte inferior de la escala salarial”⁵²⁴.

De esta manera, al incorporar a la igualdad como “el *criterio* para medir la legitimidad de las diversas manifestaciones del sistema de legalidad”⁵²⁵, el análisis de las libertades que se deben garantizar a los sujetos colectivos ha de incluir como variable su nivel de autonomía real, y la negociación solo será verdaderamente libre si hay una equiparación suficiente de sus posiciones de poder⁵²⁶. Así, bajo una perspectiva igualitarista, y una concepción de la autonomía sindical como “el reconocimiento a la

⁵²² KAHN-FREUND, Otto. *Óp. cit.*; p. 224.

⁵²³ BLACKETT, Adelle y Colleen SHEPPARD. “Conjugar la negociación colectiva y el fomento de la igualdad”. *Revista Internacional del Trabajo*. Ginebra, 2003, volumen 122, No. 4; p. 464.

⁵²⁴ *Ibidem.*; pp. 488-489.

⁵²⁵ PÉREZ LUÑO, Antonio. “Sobre la igualdad en la Constitución española”. *Anuario de filosofía del derecho*. Madrid, 1987, No. 4; p. 142.

⁵²⁶ BLACKETT, Adelle y Colleen SHEPPARD. *Óp. cit.*; p. 471: “La insuficiente fuerza negociadora de los trabajadores es una de las causas principales que obstaculizan la sindicación de los trabajadores de determinados sectores [...] Allá donde las realidades legales y socioeconómicas de determinados tipos de trabajo dificultan la organización colectiva y donde los trabajadores no tienen suficiente fuerza negociadora a pesar de estar sindicados, la negociación colectiva resulta insuficiente para alcanzar la equidad en el trabajo y, a decir verdad, incluso puede ahondar la distancia entre los trabajadores con capacidad real de negociación y los que carecen de ella”.

«otredad» del colectivo laboral”⁵²⁷, el tratamiento del componente estructural por parte del Estado y los empleadores, al ser un elemento básico de la identidad de la organización, es clave para optimizar las posibilidades de una negociación eficaz.

Precisamente, en términos de eficacia de la autonomía colectiva y de las restricciones a las libertades de los sujetos negociales que resultan jurídicamente legítimas, otro de los principios unánimemente reconocidos en esta materia es el de buena fe, el cual “posibilita la negociación misma y la orienta por esos cauces de conducta socialmente adecuada que configuran sus contornos jurídicos”⁵²⁸. En lo que respecta a la libertad para decidir el nivel de negociación, es a partir de una lectura de la *dimensión pre-negocial*⁵²⁹ del deber de buena fe que se puede entender cómo la capacidad de los interlocutores sociales para fijar el ámbito negocial no es puramente discrecional ni se somete a estándares de libertad irrestricta.

Antes bien, existen una serie de criterios que conducen a delimitar los espacios en los que las partes, en ejercicio de su denominada “autodeterminación funcional”, han de fijar la unidad en la que se llevaría a cabo la negociación, entre los que se han sugerido el grado de representatividad invocado, la interdicción de la arbitrariedad y “la adecuación a los principios de racionalidad, lógica, armonía, coherencia económico-productiva, posibilismo, equidad y especialidad”⁵³⁰. Así, el espacio *objetivo* que se delega a la buena fe negocial en este tramo del proceso compromete a las partes a fijar los niveles de negociación conforme a su grado de legitimación e idoneidad⁵³¹.

Por otro lado, desde el aspecto *subjetivo* de la buena fe en la negociación, esto es, aquel que emplaza a las partes a realizar todos los esfuerzos necesarios para llegar a un acuerdo⁵³², sería propicio determinar qué tan ajustada a este criterio sería la negativa a negociar sobre la base del nivel de negociación propuesto, sobre todo considerando las condiciones socioeconómicas y jurídicas en las que se desarrollan

⁵²⁷ BARRETTO GHIONE, Hugo. “La libertad sindical revisitada: La autonomía como clave emancipatoria”. *Alegatos*. México D.F., 2011, volumen 25, No. 78; p. 393.

⁵²⁸ QUESADA SEGURA, Rosa. “Breve repaso a la buena fe como garantía de la eficacia de la negociación colectiva”. En: GORELLI HERNÁNDEZ, Juan (coordinador). *El derecho a la negociación colectiva: “Liber Amicorum” Profesor Antonio Ojeda Avilés*. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2014; p. 409.

⁵²⁹ SANCHEZ TORRES, Esther. *Óp. cit.*; pp. 113.

⁵³⁰ *Ibidem.*; p. 121.

⁵³¹ DURÁN LÓPEZ, Federico. “Sucesión de convenios colectivos y cambio de unidad de negociación”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Madrid, 1993, No. 61; p. 688: “[E]n términos generales, puede afirmarse que cuando se impone un deber de negociar (de buena fe), el propósito del legislador es determinar qué niveles son apropiados para llevar a cabo la negociación”:

⁵³² *Supra* 199.

estos procedimientos en nuestro país. De esta manera, si una de las manifestaciones de la mala fe negocial en nuestra norma consiste en “[n]egarse a recibir el pliego que contiene el proyecto de convenio colectivo de la contraparte, salvo causa legal o convencional objetivamente demostrable”⁵³³, ¿calificaría la negativa a negociar en la unidad invocada por el proponente como una de estas causales de excepción?

Existen dos razones que amparan una respuesta negativa. La primera se basa en las cifras recopiladas en materia de convenios colectivos suscritos, las mismas que corroboran el escaso porcentaje de la población ocupada posibilitada a negociar, y aun dentro de ese porcentaje, el ínfimo número de trabajadores que llega a participar en una negociación fructífera. Asimismo, ante la desproporción entre pliegos de reclamos presentados y convenios registrados, el fracaso del arbitraje potestativo y una jurisprudencia que da fe de la inclinación patronal por perpetuar una única estructura negocial, la negociación colectiva en el país se ha visto sistemáticamente perjudicada por la mala fe de una cultura empresarial reacia a realizar esfuerzos mínimos para concretar acuerdos desde su propia unidad, menos aún en niveles alternativos.

Lo segundo está fuertemente vinculado a lo primero, y se refiere al tema medular de nuestro estudio: el tratamiento legal de los niveles negociales en el país y la práctica inevitabilidad de que se siga una negociación atomizada, pues la sola negativa patronal a negociar en el nivel propuesto conlleva a que se negocie en el nivel de empresa. Esto significa que la propia norma ampara la conducta obstruccionista e intransigente del empleador respecto a la fijación del nivel, resultando en escasas oportunidades para negociar y en negociaciones profundamente dispares, por lo que un principio integrador como la buena fe debería ser un elemento que restrinja la arbitrariedad en las partes sociales y procure que esta etapa del conflicto –la pre-negocial– no sea la determinante de un eventual fracaso en la negociación.

Dicho todo esto, conviene recordar el punto de partida de este extremo del trabajo, esto es, el rol fundamental que otorga nuestro marco constitucional a la autonomía colectiva. En los términos sugeridos por Quesada, una legislación –como la nuestra– que modela instituciones como el deber de negociar regula “una verdadera presunción *iuris et de iure* de que los interlocutores han aceptado la negociación colectiva como medio principal de regulación de las relaciones laborales”⁵³⁴. Es así que, haciendo nuestra esta afirmación, estimamos que esta presunción debe operar como una

⁵³³ Artículo 1, inciso a) de la Resolución Ministerial 284-2011-TR.

⁵³⁴ QUESADA SEGURA, Rosa. *Óp. cit.*; p. 417.

directriz que inspire la legislación de las relaciones colectivas y que acompañe la interpretación de los derechos asociados en un escenario dado.

En consecuencia, cuando se registra que tanto nuestro ordenamiento como nuestra cultura de relaciones colectivas han contrariado tradicional y sistemáticamente la noción de la autonomía colectiva como fuente primordial de regulación de las relaciones laborales, es insuficiente aplicar los estándares voluntaristas para superar las deficiencias estructurales que han profundizado las desigualdades de hecho y han perjudicado históricamente a la parte laboral. No se debe ignorar, sin embargo, la funcionalidad del principio de voluntariedad como un límite a la regulación heterónoma, para efectos de evitar la generación de una posible dependencia Estado-sindicato, por lo que una propuesta que pretenda dar giro a los problemas encontrados no puede pesar más sobre el arbitrio estatal que sobre la autonomía sindical.

Sin perjuicio de ello, la norma ciertamente necesita del apoyo del Estado en dos dimensiones: por un lado, facilitando el ejercicio de la autonomía sindical de los trabajadores mediante su libre elección del nivel negocial (y no designando el nivel en desmedro de su voluntad); y, por otro, proveyendo el respaldo institucional especializado del que actualmente no dispone la normativa relacionada a la negociación colectiva, en la medida de que su correcta aplicación requiere de la observancia de preceptos como, por ejemplo, el de la legitimación negocial de las partes. Por ello, una reformulación normativa ciertamente necesita ser acompañada de un replanteamiento institucional, a cuya estructuración y funcionamiento será oportuno avocarse en la sección donde corresponda concretar nuestra propuesta.

3.2. La extensión de la cobertura del derecho a la negociación colectiva y la necesidad de una tipificación abierta de los niveles negociales

En esta sección, resulta propicio, en primer lugar, analizar la negociación colectiva a partir de su categorización como derecho fundamental, para posteriormente fundamentar en favor de una política pública que favorezca la extensión de su cobertura. Con respecto al primer propósito, es preciso empezar por la manera en que Ferrajoli define los derechos fundamentales:

“son «derechos fundamentales» todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por «derecho subjetivo» cualquier

*expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «status» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas*⁵³⁵.

Ahora bien, aterrizando esta definición a la conceptualización de la negociación colectiva, se tiene que este derecho corresponde a un universo de ciudadanos cuyo *status* se define en función de su pertenencia a una relación de trabajo, y que en virtud de su positivización se genera la expectativa –positiva– de que su interlocutor (el empleador o los empleadores) tenga la disposición de entablar una negociación sin trabas –expectativa negativa– impuestas por factores externos (como la intervención estatal) o internos (como la mala fe negocial). Lo último implica que este derecho no solo es eficaz por ser oponible al Estado, sino que resulta exigible a los particulares con los que se vincula, en una clara manifestación de “la extensión de la incidencia de los derechos fundamentales a todos los sectores del ordenamiento jurídico”⁵³⁶.

Continuando con Ferrajoli, el autor sostiene que “el «todos» de quien tales derechos permiten predicar la igualdad es lógicamente relativo a las clases de los sujetos a quienes su titularidad está normativamente reconocida”, por lo que “la *extensión de la igualdad* y con ello el grado de democraticidad de un cierto ordenamiento depende, por consiguiente, de la extensión de aquellas clases de sujetos, es decir, de la supresión o reducción de las diferencias de *status* que las determinan”⁵³⁷. Entonces, una de las claves para que los derechos fundamentales se ejerzan en el plano valorativo de la universalidad a la que aspiran implica una mayor accesibilidad y cobertura para el sector de la ciudadanía que está legitimado para ejercerlos.

Ciertamente, si la *clase de sujetos* que pueden proclamar la titularidad de este derecho se ciñe, en tanto sujetos de una relación laboral, a los trabajadores asalariados y a los empresarios⁵³⁸ (aunque ello se revisará más adelante), la extensión de la igualdad promovida constitucionalmente y la consecuente democratización del ordenamiento yacería en que más integrantes del espectro laboral puedan ejercer plenamente su derecho a negociar. Ello no solamente implica la supresión de las barreras que

⁵³⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Cuarta edición. Madrid: Trotta, 2004; p. 37.

⁵³⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio. *Los derechos fundamentales*. Octava edición. Madrid: Tecnos, 2004; p. 23.

⁵³⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Óp. cit.*; p. 39.

⁵³⁸ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel. “Constitución y derechos laborales”. En: Autores varios. *VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima: El Búho, 2015; p. 987.

impidan que un número importante de trabajadores califiquen como *asalariados*, sino también que los trabajadores que sí ostenten dicha calidad puedan ver cada vez más reducidas las diferencias estructurales que los privan del acceso a este derecho.

Planteado en términos más simples, si nuestro ordenamiento constitucional procura la eficacia de los derechos fundamentales prescritos en su seno, resulta necesario que, en el caso de derechos como la negociación colectiva, más ciudadanos (en este caso, trabajadores) tengan la posibilidad de ejercerlo. Siendo esto así, se debe tener presente que el modelo negocial descentralizado es la primera traba para que una cifra alarmante de trabajadores no pueda *de facto* acceder a este derecho, por lo que en esta etapa del estudio se analizarán algunos de los segmentos de la población laboral que actualmente encuentran serias dificultades estructurales para negociar y que podrían verse beneficiados por una modificación normativa que les facilite la negociación en ámbitos alternativos (y no necesariamente los previstos en la norma).

i. Trabajadores contratados bajo el Régimen MyPes

Se ha sostenido que, como parte de las políticas de flexibilización laboral más recientes, los regímenes especiales de tratamiento diferenciado a segmentos determinados de la población laboral han sido algunas de las formas más comunes a través de las cuales el Estado ha intentado promover la formalización de nuestra economía. Con anterioridad a ello, si la norma otorgaba un trato especial a empresas con un reducido número de trabajadores y de facturación, este sería de orden tributario o administrativo, mientras que en lo laboral únicamente se concretaría en disposiciones particulares como en el caso de la participación en las utilidades⁵³⁹, por lo que la introducción de estos nuevos tipos legislativos ciertamente acarrearía una importante y controvertida discusión previa.

Una de las mayores preocupaciones relacionadas a la implementación de este régimen versaba sobre “el peligro de «pymetizar» el país. El régimen laboral especial puede inducir a las medianas y grandes empresas a subdividirse con el fin de aprovechar las ventajas que ofrece en perjuicio los trabajadores”⁵⁴⁰, desnaturalizándose el supuesto objetivo promocional de la propuesta y precarizando

⁵³⁹ CALLE FARFÁN, Marietta y Jorge TOYAMA MIYAGUSUKU. “Las relaciones de trabajo y el tamaño de la empresa en el ordenamiento peruano”. *Derecho y Sociedad*. Lima, 2000, No. 14; p. 14.

⁵⁴⁰ SULMONT SAMAIN, Denis. *La concertación socio-laboral en el Perú*. Documento de Trabajo N° 003. Lima: Maestría en Relaciones Laborales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006; p. 20.

las relaciones de trabajo, sin otro sustento para los empresarios que el de acceder a un beneficio legalmente estipulado. Además, el criterio asumido para la diferenciación legislativa es problemático, al presentarse un riesgo de que la valla de determinación de aquellas que califican como micro y pequeñas empresas –ergo, empresas cubiertas por esta ley– pueda extenderse en forma desproporcionada⁵⁴¹.

Vale decir que algunas de estas sospechas han sido corroboradas con el tiempo, toda vez que la estructuración legislativa de este régimen especial ha venido sufriendo alteraciones desde su primera incorporación al ordenamiento mediante la Ley 28015, promulgada el 03 de julio del 2003, atravesando una importante modificación mediante el Decreto Legislativo 1086, publicado el 28 de junio de 2008, y una última actualización mediante la Ley 30056, promulgada el 02 de julio del 2013. El análisis del contenido de cada una de estas regulaciones revela que se han producido cambios sustanciales en el tratamiento y en la propia definición de las empresas amparadas por este régimen legal, por lo que conviene detenerse en algunas de estas diferencias, tomando como primera referencia a los requisitos para su cobertura.

Cuadro 5: Sucesión del Régimen MYPE según ámbito de aplicación

Materia	Ley 28015		Decreto Legislativo 1086		Ley 30056	
	Microempresa	Pequeña empresa	Microempresa	Pequeña empresa	Microempresa	Pequeña empresa
Ámbito de aplicación	- Máximo de 10 trabajadores - Hasta 150 UITs anuales	- Máximo de 50 trabajadores - Hasta 850 UITs anuales	- Máximo de 10 trabajadores - Hasta 150 UITs anuales	- Máximo de 100 trabajadores - Hasta 1700 UITs anuales	- Hasta 150 UITs anuales	- Hasta 1700 UITs anuales
					Mediana empresa	

Elaboración propia.

El Cuadro 6 demuestra la manera en que una ley inicialmente emitida con fines de flexibilizar las relaciones laborales ha venido reforzando aún más este criterio flexibilizador, lo que se termina de plasmar en la última norma, denominada Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, donde se elimina el requisito de un número máximo de trabajadores para otorgar exclusividad al criterio del volumen de ventas⁵⁴². Si bien ello en principio no tiene una fuerte repercusión sobre la estructura de las microempresas, en la medida de que estas estadísticamente no registran en su planilla un número de trabajadores que tienda a acercarse al límite

⁵⁴¹ NEVES MUJICA, Javier y Mario PASCO COSMÓPOLIS. “Régimen legal de las MYPES: ¿Acierto o falla?”. *Themis*. Lima, 2009, No. 57; p. 98.

⁵⁴² CALLE FARFÁN, Marietta y Jorge TOYAMA MIYAGUSUKU. *Óp. cit.*; p. 8.

inicialmente impuesto⁵⁴³, sí facilita su constitución, así como crea nuevas figuras jurídicas como la mediana empresa para el beneficio del sector empresarial.

Esta última modificación normativa no elimina ni atenúa los problemas para los trabajadores de las microempresas y su posibilidad de ejercer sus derechos colectivos por diversas razones: en primer lugar, porque no resulta aplicable a las empresas preexistentes acogidas al régimen laboral anterior. En segundo lugar, porque, como fue adelantado, la estructura microempresarial del país trasciende a lo estipulado por la norma, en el sentido de que existe una porción mayoritaria de empresas con un número reducido de trabajadores incapaces de colectivizar el ejercicio de sus derechos laborales. Por último, porque no se propone generar condiciones especiales para que estos trabajadores negocien por cuenta propia mejores condiciones de trabajo, sino que solo facilita la constitución de estas empresas.

Cuadro 6: Tratamiento de los derechos laborales según régimen legal

Materia	Régimen General (D.L. 728)	Ley 28015		Decreto Legislativo 1086	
		Pequeña empresa	Microempresa	Pequeña empresa	Microempresa
Indemnización por despido injustificado	- 1 1/2 remuneración por cada año de servicios - Máximo de 12 remuneraciones	- 15 remuneraciones diarias por cada año de servicios - Máximo de 180 remuneraciones diarias	- 15 remuneraciones diarias por cada año de servicios - Máximo de 180 remuneraciones diarias	- 20 remuneraciones diarias por cada año de servicios - Máximo de 120 remuneraciones diarias	- 10 remuneraciones diarias por cada año de servicios - Máximo de 90 remuneraciones diarias
Salario	Remuneración mínima vital	Remuneración mínima vital	Remuneración mínima vital	Remuneración mínima vital	Remuneración mínima vital puede ser menor previo acuerdo del CNT
Vacaciones	30 días calendario por cada año de servicios	30 días calendario por cada año de servicios	15 días calendario por cada año de servicios	15 días calendario por cada año de servicios	15 días calendario por cada año de servicios
Asignación familiar	10% de la remuneración mínima vital	10% de la remuneración mínima vital	No aplica	No aplica	No aplica
Gratificaciones legales	1 remuneración mensual en julio y diciembre	1 remuneración mensual en julio y diciembre	No aplica	Media remuneración mensual en julio y diciembre	No aplica

⁵⁴³ CAMARENA CALERO, David. *Loc. cit.*

Compensación por tiempo de servicios	- 1 remuneración mensual por cada año de servicios - No tiene tope	- 1 remuneración mensual por cada año de servicios - No tiene tope	No aplica	- 15 remuneraciones diarias por cada año de servicios - Tope de 90 remuneraciones diarias	No aplica
Seguridad social	- Aporte obligatorio del trabajador al SNP o al SPP - Aporte obligatorio del empleador del 9% de la remuneración mensual a Essalud	- Aporte obligatorio del trabajador al SNP o al SPP - Aporte obligatorio del empleador del 9% de la remuneración mensual a Essalud	- Aporte optativo del trabajador al SNP o al SPP - Aporte obligatorio del empleador del 9% de la remuneración mensual a Essalud	- Aporte obligatorio del trabajador al SNP o al SPP - Aporte obligatorio del empleador del 9% de la remuneración mensual a Essalud	- Aporte optativo del trabajador al SNP, al SPP o al Sistema de Pensiones Sociales - Aporte al Régimen Semicontributivo del SIS subsidiado en partes iguales por el empleador y por el Estado

Elaboración propia.

Ingresando ya al contenido sustantivo de estos regímenes especiales, en el Cuadro 7 se encuentran algunos problemas en el tratamiento contradictorio que otorga el legislador en este contexto a ciertos derechos preexistentes. Esta contradicción yace en el hecho de que la presencia de estos derechos en el ordenamiento jurídico se ha atribuido tradicionalmente a criterios que, al parecer, no resultarían aplicables a los trabajadores de las microempresas; en este sentido, si bien el fundamento promocional de estas diferenciaciones legislativas ha sido enunciado de manera explícita por los operadores políticos, el mismo no parece ser una justificación suficiente para la existencia de estas distinciones.

Por ejemplo, en el caso de beneficios sociales como la Compensación por Tiempo de Servicios, las Gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad y la asignación familiar, un sector de la doctrina ha descartado su carácter contraprestativo para atribuirles la condición de “percepciones económicas que apoyan la inclusión social del trabajador y su familia. Son prestaciones de origen legal con un claro objeto social y, si cabe, de redistribución del bienestar”⁵⁴⁴. En dicha medida, su presencia en la normativa no estaría vinculada propiamente con la prestación realizada en la relación de trabajo, sino con la necesidad constitucionalmente amparada de promover el progreso social y

⁵⁴⁴ ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho individual del trabajo en el Perú: desafíos y deficiencias*. Segunda edición. Lima: Palestra, 2013; p. 325.

económico del trabajador⁵⁴⁵, por lo que su exclusión del marco legal con fines de promocionar un determinado sector económico resulta, cuanto menos, discriminatoria.

Más grave aún es el tratamiento de los derechos relativos a la seguridad social. Cuando la incorporación a un sistema de pensiones se convierte en una mera opción para el trabajador, deslindándose de la obligatoriedad del régimen general, se rompe con el principio de universalidad consagrado en el artículo 10 de la Constitución: “[e]s previsible que a partir de un análisis costo beneficio que pierda de vista la importancia de una cobertura previsional futura para las contingencias que acontezcan una vez perdido el empleo, los trabajadores de la microempresa podrían decidir no afiliarse a ningún sistema previsional para mantener su poder adquisitivo y percibir el íntegro de su salario sin sufrir un descuento con fines contributivos previsionales”⁵⁴⁶.

Por lo expuesto, el tratamiento de los trabajadores en las microempresas adolece de serios problemas de constitucionalidad, y los expone a un escenario de disminución de derechos. En este contexto, la negociación colectiva debería de ratificar su posición como un instrumento fundamental para la reivindicación de los sujetos perjudicados: lo dice Pasco, uno de los principales impulsores políticos y académicos del Decreto Legislativo 1086, quien indica que “[l]a manera adecuada de compensar las diferencias entre empresas sin con ello atentar contra la vivacidad de la producción es a través de la negociación colectiva. La negociación colectiva tiene como virtud suprema la de armonizar las necesidades y aspiraciones legítimas de los trabajadores con las posibilidades reales de las empresas para atenderlas”⁵⁴⁷.

Sin embargo, ¿cuál sería la manera de viabilizar una negociación si las barreras numéricas impiden que esta se realice al nivel de la empresa? La doctrina tiende a ensayar respuestas en dos niveles: el primero, en cuanto al número mínimo de trabajadores requerido por la legislación para constituir un sindicato de empresa. Para algunos autores, “debe tenderse a la eliminación del número mínimo como requisito «de fondo» para una tal constitución. En rigor, no debe limitarse el derecho de los trabajadores a constituir las organizaciones sindicales «que estimen convenientes»”⁵⁴⁸. De esta manera, pese a que la norma aparentemente procure cierto grado de

⁵⁴⁵ Artículo 23, párrafo 2.- El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo.

⁵⁴⁶ SÁNCHEZ REYES, Christian. *Óp. cit.*; p. 531.

⁵⁴⁷ NEVES MUJICA, Javier y Mario PASCO COSMÓPOLIS. *Óp. cit.*; pp. 94-95.

⁵⁴⁸ SACO BARRIOS, Raúl. “¿Debe exigirse un número mínimo de afiliados para la constitución de sindicatos de empresa?”. *Derecho PUCP*. Lima, 2004, No. 57; p. 393.

representatividad sindical con esta exigencia, bajo esta interpretación del Convenio 98 la sola existencia de un requisito numérico atentaría contra el derecho de sindicación.

Ahora bien, con respecto al mínimo específico de veinte trabajadores, Sanguinetti sostiene que ello pone en manifiesto que el legislador favorece “el sindicato de empresa de medianas dimensiones”, lo cual podría suponer, en abstracto, una apuesta promocional por una mayor centralización de las relaciones colectivas. Sin embargo, situado en el modelo de relaciones laborales peruano, “para la mayoría de los casos significará la mantención del modelo descentralizado de organización sindical, cuyas desventajas han sido ya expuestas: sindicatos «de bolsillo», muy débiles, y una alta e inconveniente «micro-conflictividad»”⁵⁴⁹.

Por otro lado, así la conclusión fuese, por lo dicho hasta aquí, que un modelo normativo más adecuado a nuestra realidad disminuiría el número de trabajadores requeridos para la constitución de sindicatos de empresa⁵⁵⁰, o bien eliminaría este requisito del todo, “los problemas de estructura sindical y cobertura de la negociación colectiva no se resuelven únicamente eliminando el número mínimo de trabajadores, sino generando condiciones para cambiar la estructura negocial a una sectorial y facilitando luego la negociación colectiva a este nivel”⁵⁵¹. En esto coincide Sánchez, quien subraya la necesidad “[d]el desarrollo de una legislación que favorezca niveles de negociación supraempresariales y la afiliación directa a organizaciones sindicales de grado superior como federaciones o confederaciones”⁵⁵².

En el ámbito propiamente negocial, el *cómo* se podría favorecer legislativamente el recurso a estos niveles supraempresariales es nuestra principal preocupación. En este sentido, la propuesta de Neves resulta bastante lógica y directa:

“¿para qué se forma un sindicato? ¿No es fundamentalmente para negociar colectivamente? ¿Y para hacerlo en nivel supraempresarial, no se requiere el acuerdo de los empleadores? ¿Qué hacemos con un sindicato de rama que no puede negociar en ese ámbito porque los empresarios no están conformes? Debieron dictarse reglas especiales

⁵⁴⁹ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Los sindicatos y la libertad sindical...”; p. 271.

⁵⁵⁰ En el Anteproyecto de la Ley General de Trabajo presentado por la Comisión de Trabajo del Congreso de la República en julio del 2002, se acordó, mediante voto en mayoría, que la norma regularía este tema de la siguiente manera: “Para constituir un sindicato se requiere tener el número mínimo de afiliados siguiente: [...] En los sindicatos [de empresa], diez (10), cuando la empresa tenga hasta cincuenta (50) trabajadores, y veinte (20), cuando la empresa tenga más de cincuenta (50) trabajadores [...]”.

⁵⁵¹ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La libertad sindical...*; p. 104.

⁵⁵² SÁNCHEZ REYES, Christian. *Óp. cit.*; p. 532.

*sobre mínimo de trabajadores y decisión unilateral de los trabajadores respecto del nivel negocial, para compensar en lo colectivo siquiera en algo la desventaja en lo individual*⁵⁵³.

En el universo de opciones posibles, y considerando que el ajuste numérico para los sindicatos de empresa podría tener sus propios efectos negativos (como la perpetuación del sistema disperso que aflige a nuestro modelo negocial⁵⁵⁴), una medida tendiente al establecimiento unilateral por parte de los trabajadores de un ámbito de negociación supraempresarial es la más idónea para garantizar la eficacia de su derecho a la negociación colectiva: cuando la necesidad de acuerdo sobre el nivel puede truncar por sí sola todo el procedimiento negocial, una disposición como la propuesta evita que esta cuestión previa genere un perjuicio adicional a los intereses ya mellados del sector laboral, por lo que, a la luz del deber de tutela y fomento estatal de este derecho fundamental, se presenta como una alternativa adecuada.

La parte culminante del análisis de esta sección consistiría en determinar, si el ámbito empresarial presenta marcadas limitaciones y deficiencias, cuál es la unidad más apropiada para que negocien los trabajadores de las microempresas. La respuesta más lógica e inmediata sería la negociación sectorial, en virtud de la cual se compensa parcialmente la inequidad propia de un régimen especial al asegurar “un suelo de contratación, por debajo del cual nadie podrá legalmente prestar su trabajo, eliminando con ello la competencia a la baja entre los que ofrecen su fuerza de trabajo en el mercado laboral, y garantizando a todo trabajador del sector un mínimo de ingreso por debajo del cual se considera contraproducente prestar trabajo”⁵⁵⁵.

Sin perjuicio de ello, si bien la negociación por rama para este sector de trabajadores es la alternativa más usual en otros países y es probablemente la más efectiva, no se debería dejar al margen la amplitud de posibilidades que les presenta la libertad sindical –en su faceta de *derecho de los trabajadores a constituir las organizaciones que estimen convenientes*– para asociarse y promover negociaciones propias de su categorización como micro y pequeñas empresas. Así se ha sugerido, por ejemplo, al proponerse “la negociación exclusivamente de empresas MYPE, excluyendo a las

⁵⁵³ NEVES MUJICA, Javier y Mario PASCO COSMÓPOLIS. *Óp. cit.*; p. 99.

⁵⁵⁴ FERRO DELGADO, Víctor y Mario PASCO COSMÓPOLIS. Citados por SACO BARRIOS, Raúl. *Óp. cit.*; pp. 385-386: “[La reducción del número mínimo de trabajadores] abre la posibilidad para la proliferación de los microsindicatos, que pulverizarían el movimiento sindical, cuya fortaleza radica en la unidad y no en la dispersión”.

⁵⁵⁵ SEPÚLVEDA GÓMEZ, María. “La función uniformadora de condiciones de trabajo del convenio colectivo de sector y la libertad de establecimiento en el Derecho Comunitario”. En: DE SOTO RIOJA, Sebastián (coordinador). *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva*. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2009; pp. 367-368.

empresas grandes⁵⁵⁶, ante la eventualidad de que en la negociación sectorial se pacten estipulaciones que no resulten viables en empresas de menor tamaño.

ii. Trabajadores subcontratistas

Ha sido notado que la plasmación jurídica más difundida de la descentralización productiva tiene consecuencias perjudiciales en las dos dimensiones de la cuestión laboral: en lo individual, con la precarización del contrato de trabajo y la degradación salarial en que sumerge a los subcontratistas; y, en lo colectivo, con la fragmentación laboral que reduce las posibilidades de sindicalización y de negociación colectiva para los que integran tanto a la empresa usuaria como a la contrata: “la externalización supone una segmentación del colectivo y consecuentemente, su debilitamiento. De ahí al empeoramiento de las condiciones de trabajo hay un solo paso⁵⁵⁷.”

Siendo esto así, se puede observar cómo, si bien las normas que hoy regulan la subcontratación de mano de obra (Ley 27626) y de bienes o servicios (Ley 29245) no apuntan, como lo haría un régimen especial, a un tratamiento con beneficios laborales alternativos para los trabajadores subcontratados, sí hacen posible que dos trabajadores que prestan servicios en un mismo centro de trabajo integren planillas distintas y se vean afectados por políticas salariales diferenciadas, aun cuando puedan cumplir funciones similares en el proceso productivo. En dicha medida, la negociación colectiva sería un mecanismo de corrección importante para igualar y elevar estas condiciones de inequidad y desproporción.

Otro aporte fundamental de la negociación colectiva en esta materia debería enfocarse en garantizar que el trabajador subcontratado pueda negociar con la empresa principal condiciones que son propias del espacio en el que desarrolla sus labores. Si bien la triangularidad de la relación de trabajo –en principio– haría implausible este escenario, en la medida de que el único vínculo jurídico que tiene el trabajador es con la empresa subcontratista, la relación *de facto* que existe con la principal y el beneficio económico obtenido por esta última, en base a la prestación del trabajador, deberían importar una serie de obligaciones en materias como la seguridad y salud en el trabajo, la jornada laboral, o aun la participación en las utilidades de la empresa⁵⁵⁸.

⁵⁵⁶ CAMARENA CALERO, David. *Loc. cit.*

⁵⁵⁷ COLOTUZZO, Natalia y Oscar ERMIDA URIARTE. *Óp. cit.*; p. 18.

⁵⁵⁸ UGAZ OLIVARES, Mauro. “La subcontratación y su repercusión en el ejercicio de la libertad de sindicación”. *Ius et veritas*. Lima, 2008, No. 37; p. 116.

En cuanto a los obstáculos para lograr estos propósitos, lamentablemente la segmentación laboral es solo el más evidente, pues los tecnicismos se empiezan a visibilizar a medida de que se profundiza en el estudio del problema. Por un lado, se encuentra la obsoleta tendencia de “encasillar la actividad sindical dentro de la persona jurídica”⁵⁵⁹, la cual parece subsistir en nuestro sistema, aun pese a los evidentes cambios en el modelo productivo. La preferencia otorgada al nivel de empresa en la legislación es una manifestación clara de este fenómeno, lo que impide en casos como estos que el trabajador o el sindicato puedan emplazar en forma directa a la empresa principal, al carecer su vínculo de juridicidad⁵⁶⁰.

Otro inconveniente propagado tanto por la rigidez normativa como por la praxis empresarial es “el cuestionamiento que formulan los empresarios sobre la carencia de representación y legitimación de las organizaciones sindicales”⁵⁶¹. En escenarios, por ejemplo, donde los subcontratistas integran sindicatos de rama de actividad, el peligro es que “tampoco podrían hacer llegar sus reclamos a la empresa principal, en tanto esta última pertenecería a una rama distinta a la de las contratistas”⁵⁶². Por otro lado, ante la alternativa de constituir sindicatos de trabajadores subcontratados, la falta de reconocimiento usualmente no proviene solo de los empresarios, sino de la propia autoridad administrativa, la cual puede llegar a desconocer los tipos sindicales que no se encuentran textualmente previstos en la norma⁵⁶³.

Si bien todas estas dificultades se encuentran interrelacionadas, conviene centrar a cada una de ellas de manera independiente. Con respecto a la interpretación cerrada de las tipologías sindicales, la tercerización es uno de los casos más emblemáticos por los cuales esta praxis administrativa no puede resultar admisible en un ordenamiento, más aún cuando contraviene el derecho de los trabajadores a constituir las organizaciones que estimen convenientes. Por ello, para efectos de garantizar la libertad sindical –y todos los derechos derivados de ella– en plenitud, es imperativo que el legislador aclare concluyentemente la naturaleza ejemplificativa⁵⁶⁴ de los tipos sindicales y de los niveles negociales enumerados en la LRCT.

⁵⁵⁹ ARCE ORTIZ, Elmer. “El sindicalismo peruano...”; p. 66.

⁵⁶⁰ UGAZ OLIVARES, Mauro. *Óp. cit.*; p. 119.

⁵⁶¹ CANESSA MONTEJO, Miguel. *La negociación colectiva...*; p. 32.

⁵⁶² GUERRA RODRÍGUEZ, Luciana. “El impacto de la subcontratación en las relaciones colectivas de trabajo”. *Laborem*. Lima, 2013, No. 12; p. 120.

⁵⁶³ SACO BARRIOS, Raúl. “Subcontratación y sindicatos”. En: Autores varios. *Homenaje Aniversario de la SPDTSS*. Lima: El Búho, 2013; p. 473.

⁵⁶⁴ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La libertad sindical...*; p. 111: “el listado del artículo 5 se tiene que considerar como meramente enunciativo, abierto, o, más claramente, ejemplificativo”.

En lo referido al conflicto que surge con los sindicatos de rama, nuestra Administración ha promovido importantes avances que no se pueden ignorar: la RDG 021-2011/MTPE/2/14 es un claro ejemplo, donde, ante el conflicto entre un sindicato de la rama de las telecomunicaciones y cuatro empresas de servicios de tercerización, estas no reconocían la legitimidad negocial del sindicato, aduciendo que su registro comercial no las adscribía a dicho giro de negocios. Ante ello, se resolvió que, al amparo del principio de primacía de la realidad y de la fe meritoria de las actas de infracción emitidas por la autoridad inspectiva, “la prestación personal de sus servicios para la realización de la actividad principal, determina que sus trabajadores debe ser considerados dentro del ámbito del sector de las telecomunicaciones”⁵⁶⁵.

Sin perjuicio de estos escenarios alentadores en el seno de la Autoridad de Trabajo, aún existen muchos desafíos para que este derecho pueda ser ejercido entre los trabajadores subcontratados, sobre todo en el campo de las fórmulas a emplearse para promover una negociación eficaz. En este terreno, se ha propuesto una diversidad de alternativas, algunas de las cuales se derivan estrictamente de la estrategia sindical y otras que requieren de un respaldo normativo contundente, expresado en “un cambio de signo en la acción estatal, sustituyendo el modelo descentralizado de relaciones laborales [...], de modo que se dé a los trabajadores la posibilidad de contar con organizaciones con una base laboral significativa”⁵⁶⁶.

En el terreno estratégico, se presentan propuestas tales como “la constitución de sindicatos cuya afiliación quede restringida únicamente a aquellos que laboren bajo regímenes de subcontratación”⁵⁶⁷, modelo que ya ha sido acogido en ciertas zonas de nuestro país y tiene el beneficio de combatir la segmentación propiciada por este fenómeno⁵⁶⁸. Otra de las opciones más comentadas es la de “configurar en el centro de trabajo de la empresa principal secciones sindicales de los organismos gremiales constituidos en las contratadas”⁵⁶⁹, aunque esta alternativa se ve limitada por el riesgo de generar más fragmentación sindical y por requerir de la necesaria preexistencia de un sindicato de largo alcance en la empresa subcontratista⁵⁷⁰.

⁵⁶⁵ Considerando 21 de la Resolución Directoral General 021-2011/MTPE/2/14.

⁵⁶⁶ GUERRA RODRIGUEZ, Luciana. *Óp. cit.*; p. 126.

⁵⁶⁷ COLOTUZZO, Natalia y Oscar ERMIDA URIARTE. *Óp. cit.*; p. 78.

⁵⁶⁸ UGAZ OLIVARES, Mauro. *Óp. cit.*; p. 121.

⁵⁶⁹ *Ídem*.

⁵⁷⁰ SACO BARRIOS, Raúl. *Óp. cit.*; pp. 476-477: “En efecto, podría haber tantas secciones sindicales como sindicatos existan en las empresas contratistas y subcontratistas contratadas por la empresa principal: sin relación alguna entre sí y cada cual con sus propios afanes y tendencias”.

Por otra parte, se han sugerido fórmulas alternativas que sin duda precisan de encauzamiento jurídico y de bases institucionales sólidas para implementarse, pero que asumen a su vez una perspectiva mucho más tuitiva, promocional e integradora para garantizar la plenitud en el ejercicio de estos derechos para esta categoría de trabajadores. Nos referimos, concretamente, a una propuesta como la de Arce:

“se podría tomar a la contratista y a la principal como un empleador plural. Es decir, ambas podrían convertirse en un solo y único ámbito de organización sindical y de negociación de carácter supraempresarial. Y al mismo tiempo, ambas podrían negociar con sus propios trabajadores problemas o conflictos que solo incumben a ellos [...] habría que crear un nuevo tipo de sindicato al que podríamos llamarle «sindicato de tercerización». Este sindicato de carácter supraempresarial debería afiliar trabajadores de la empresa usuaria y de las contratistas, utilizando como único fundamento la necesidad de equilibrar el poder de dirección del conjunto empresarial (relaciones de colaboración empresarial entre usuaria y contratistas)”⁵⁷¹.

Esta propuesta resulta la más idónea de las sugeridas, en la medida de que se enfoca en absolver gran parte de los problemas que dificultan el ejercicio de los derechos colectivos para los subcontratistas, entre ellos la fragmentación de la fuerza de trabajo, la ausencia de reconocimiento de las empresas (principales o contratistas) a los sindicatos como interlocutores sociales, y las limitaciones que presentan los tipos sindicales tradicionales como la empresa⁵⁷² y la rama de actividad⁵⁷³.

No obstante, debe reiterarse que una propuesta de esta naturaleza requiere necesariamente del respaldo provisto por la norma, y este respaldo se debe dar en una serie de direcciones: i) la precisión necesaria de que las estructuras sindicales y negociales enumeradas en la LRCT son de tipificación abierta, sin perjuicio de lo cual estas formas de sindicación conjunta también podrían ser incorporadas a dicha lista como parte de la actividad de fomento estatal de la autonomía colectiva; ii) la tutela de

⁵⁷¹ ARCE ORTIZ, Elmer. *Óp. cit.*; p. 69.

⁵⁷² Sin perjuicio de la necesaria “recomposición dogmática de la noción de empleador, que la adecue a las nuevas realidades generadas por las transformaciones de los procesos productivos y las formas de organización empresarial” (SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Las transformaciones del empleador y el futuro del Derecho del Trabajo”. *Laborem*. Lima, 2008, No. 8; p. 155); o la adopción de un “enfoque de dependencia funcional [que] reconoce múltiples empleadores para diferentes propósitos, donde la coordinación, la toma de decisiones, la asunción de riesgos, que son las funciones tradicionales del empleador, siguen siendo las bases para adscribir responsabilidades en las obligaciones laborales” (CANESSA MONTEJO, Miguel. *La negociación colectiva...*; p. 18).

⁵⁷³ ARCE ORTIZ, Elmer. *Loc. cit.*: “[L]as contratistas cada vez más pertenecen a diversos sectores económicos, en la medida que brindan servicios especializados. Una contratista de mantenimiento de maquinaria puede funcionar en la construcción como en la minería. Es por eso, que el sindicato de rama de actividad ya no aporta soluciones efectivas en el marco de la subcontratación”.

la estabilidad laboral de los trabajadores subcontratistas⁵⁷⁴, al efecto de evitar que la posible represión patronal atente contra su derecho de sindicación; y, iii) el reforzamiento del deber de negociar de sus interlocutores empresariales.

A nuestro criterio, siendo que la experiencia sindical de nuestro país refleja una indisposición del sector empresarial a siquiera aceptar el inicio de un procedimiento negocial, y dadas las limitaciones que los mecanismos de autotutela poseen para generar las respuestas esperadas, la manera más eficiente y adecuada de reforzar el deber de negociar de los empleadores es encauzándolos a que, previa verificación de la concurrencia objetiva de los requisitos para determinar la legitimidad negocial del sindicato, negocien en el nivel dispuesto por el proponente. Solo de esta manera sería posible que el sindicato negocie eficazmente con los representantes de la empresa principal y de las contratadas, sin que la previa determinación de la unidad se convierta en una traba que torne en inviable a la integridad de este proceso.

iii. Trabajadores de grupos de empresas

Una de las demandas más frecuentes que presenta una realidad en constante cambio como la económica es la de implementar o replantear las figuras jurídicas de tutela, para efectos de evitar que, en forma consciente o inconsciente, la actividad empresarial cese de atender las necesidades del sector laboral. Por esta razón, en las últimas décadas se ha venido discutiendo el tratamiento legal de una institución que, junto a la subcontratación de personal y de bienes o servicios, es quizá una de las manifestaciones más difundidas que ha adoptado el proceso de descentralización productiva en diversas partes del mundo: la configuración de los grupos de empresas.

Los grupos de empresa tienden a ser identificados en la doctrina como la conjunción de una pluralidad de empresas que, si bien se encuentran independizadas en función de su personalidad jurídica, se encuentran “sometidas a una estrategia general común de contenido económico. Esto es, la interrelación de unidades empresariales autónomas en torno a una dirección unitaria”⁵⁷⁵. A diferencia de las empresas vinculadas por la mera externalización de la producción mediante contratos de origen civil o mercantil, la particularidad de los grupos de empresas consiste en que “las

⁵⁷⁴ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Óp. cit.*; p. 161.

⁵⁷⁵ ARCE ORTIZ, Elmer. “Metodología de regulación de los grupos de empresa en el Derecho Individual del Trabajo”. En: SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. *Primer encuentro peruano-chileno-uruguayo de Derecho del Trabajo*. Lima: El Búho, 2015; p. 245.

actividades al interior del grupo se den coordinadamente y obedezcan a una planificación común de recursos y una política empresarial conjunta”⁵⁷⁶.

Aunque desde la teoría se puede ensayar una definición con estos elementos, en la práctica las dificultades yacen en la determinación del grado de vinculación económica inter-empresarial, ya sea que se trate de un vínculo de coordinación o de subordinación. Esto se debe a que existen nociones extra-jurídicas que suelen acompañar al análisis del nexo que une a las empresas del grupo y que varían en función de las circunstancias, por lo que existe un grado permanente de indeterminación del concepto que, si bien se presta a generar cierta incertidumbre jurídica, también “permite su adaptación a las concretas finalidades perseguidas por cada uno de los frentes normativos en que haya de aplicarse”⁵⁷⁷.

Cuando se desarrolla el grado de indefinición que existe en torno a esta figura en nuestro país, se nos suele ubicar entre los ordenamientos que no registran disposición regulatoria alguna sobre la misma⁵⁷⁸; empero, existen intentos de definir la institución para efectos específicos, como es el caso del Reglamento de la Ley MYPE (Decreto Supremo 008-2008-TR), en cuyo artículo 4 se establecen una serie de criterios de carácter básicamente societario para verificar la existencia de “un grupo económico” o una “vinculación económica” entre empresas, a los cuales les correspondería ser excluidos del ámbito de aplicación de este régimen especial.

Con respecto a esta fórmula, si bien es perfectible, constituye uno de los primeros pasos que ha dado el Estado para aproximarse a esta problemática, y lo ha hecho tomando en cuenta uno de los riesgos más graves que afrontan los trabajadores frente a la formación de estos grupos empresariales: la externalización de las fases

⁵⁷⁶ CANESSA MONTEJO, Miguel. “La negociación colectiva peruana en los grupos de empresa”. En: SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. *Primer encuentro peruano-chileno-uruguayo de Derecho del Trabajo*. Lima: El Búho, 2015; p. 310.

⁵⁷⁷ ARETA MARTÍNEZ, María y Antonio SEMPERE NAVARRO. “El Derecho del Trabajo y los grupos de empresas: Inventario”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Madrid, 2004, No. 48; p. 100.

⁵⁷⁸ GAUTHIER GUAZZONI, Gustavo. “Problemática de Derecho Individual y de Derecho Colectivo en el grupo de empresas”. En: SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. *Primer encuentro peruano-chileno-uruguayo de Derecho del Trabajo*. Lima: El Búho, 2015; p. 279: “entre los grandes modelos de regulación existentes a nivel del Derecho comparado sobre los grupos de empresa, Perú y Uruguay se ubican en aquellos ordenamientos jurídicos nacionales (los más numerosos) cuya legislación laboral guarda completo silencio sobre los grupos de empresa, por lo que en estos países su concepto y tratamiento se busca en las demás ramas del derecho, en especial las normas del Derecho societario y es el resultado de la elaboración de la doctrina y la jurisprudencia”.

productivas por parte de una gran empresa mediante la constitución de nuevas empresas, donde se suele emplear una política de circulación de trabajadores y “en muchos casos significa el abaratamiento de los costos laborales dada las nuevas condiciones peyorativas establecidas en los nuevos contratos”⁵⁷⁹, condiciones que, claro está, también pueden provenir del acogimiento a una modalidad legislativa alternativa asumida por su nuevo empleador.

Los problemas laborales que se extraen de este escenario son múltiples: por un lado, se registra una extrema flexibilización de la estabilidad en el empleo, al facilitar la movilización⁵⁸⁰ de trabajadores mediante un sistema de recontrataciones y despidos, convirtiendo a la rotación laboral en una política básica para el conglomerado de empresas. Por otro lado, las dificultades para identificar al empleador suponen un problema en sí mismo, pues la detentación de las facultades de dirección del trabajo suelen ser atribuidas a un único centro de poder⁵⁸¹, por lo que la determinación de la responsabilidad y la imputación de los deberes propios de una relación laboral es una tarea compleja que no puede ser soslayada por los operadores jurídicos.

Sumado a ello, se encuentran cuestiones como la regularización del estatus del trabajador movilizado como miembro de un grupo de empresas para efectos del disfrute de sus derechos adquiridos⁵⁸², debiendo calcularse su antigüedad en función de su pertenencia a dicho grupo y no a cada segmento empresarial para el cual ha prestado servicios, lo cual repercute en el cálculo de sus beneficios sociales, indemnización por despido, periodo de prueba, entre otros⁵⁸³. Asimismo, esta dinámica incide en derechos fundamentales como el tiempo de trabajo, pues “el trabajador puede prestar servicios en forma simultánea o sucesiva durante la jornada de trabajo para más de una de las empresas integrantes del grupo”⁵⁸⁴, por lo que los límites a estas prerrogativas empresariales deben plantearse con claridad.

Ante estas y otras dificultades, el enfoque asumido para evitar o disminuir el perjuicio que puede sufrir la clase trabajadora en el marco de estos escenarios debe ser de dos órdenes: el legal, puesto que es necesario contar con un equipamiento institucional que asuma tanto la perspectiva de una personalidad jurídica como una óptica de grupo

⁵⁷⁹ CANESSA MONTEJO, Miguel. *Loc. cit.*

⁵⁸⁰ ARETA MARTÍNEZ, María y Antonio SEMPERE NAVARRO. *Op. cit.*; pp. 102-103.

⁵⁸¹ ARCE ORTIZ, Elmer. *Op. cit.*; p. 246.

⁵⁸² ARETA MARTÍNEZ, María y Antonio SEMPERE NAVARRO. *Op. cit.*; p. 104.

⁵⁸³ GAUTHIER GUAZZONI, Gustavo. *Op. cit.*; p. 299.

⁵⁸⁴ *Ibidem.*; p. 298.

que trascienda a esta última, en función de las necesidades circunstanciales que se deban atender⁵⁸⁵; y, el colectivo, toda vez que la heterogeneidad de formas que asume este fenómeno tiende a acarrear una “imposibilidad de asumir criterios generales acerca de qué es lo más conveniente para los trabajadores (o para las empresas)”⁵⁸⁶, por lo que un sistema articulado y autónomo es el mejor espacio para negociar condiciones donde la norma no puede emplear criterios generales.

Si bien existen diversas dificultades institucionales para viabilizar la negociación colectiva de los trabajadores de esta categoría, entre ellas la correcta determinación de los vínculos asociativos de las empresas del grupo, o la necesidad de implementar mecanismos de articulación más complejos entre los convenios colectivos de distintos niveles⁵⁸⁷, el problema de la fijación del nivel negocial es –nuevamente– uno que antecede a los demás obstáculos: “[l]a dificultad de la negociación colectiva en el grupo de empresa se produce cuando se interpreta rígidamente que la normativa reconoce solo los niveles de empresa o de rama de actividad (sectorial), sin considerar que puede producirse a un nivel supraempresarial, pero sin alcanzar el ámbito de una rama de actividad como se produce en el grupo de empresa”⁵⁸⁸.

Efectivamente, tal y como sucede en el caso de los trabajadores subcontratados, los que se desenvuelven en los grupos de empresa encuentran limitaciones en las tipologías sindicales y convencionales tradicionales, en el sentido de que una negociación a nivel de empresa se tiende a ceñir a los confines de la personalidad jurídica, y de que una negociación por rama no podría abarcar la pluralidad de sectores a los que suelen pertenecer las diversas empresas dentro de un grupo. Es por esta razón que, en el plano internacional, la negociación a nivel de grupo de empresa se viene constituyendo como una alternativa estructural con cada vez mayor cobertura y arraigo para los trabajadores⁵⁸⁹.

En el Perú, más allá de que la praxis sindical ha encontrado salidas estratégicas para que los trabajadores no se vean privados de la posibilidad de negociar colectivamente en estos conglomerados empresariales⁵⁹⁰, las deficiencias normativas impiden que el

⁵⁸⁵ ARCE ORTIZ, Elmer. *Óp. cit.*; pp. 250-251.

⁵⁸⁶ ARETA MARTÍNEZ, María y Antonio SEMPERE NAVARRO. *Op. cit.*; p. 100.

⁵⁸⁷ *Ibidem.*; p. 111.

⁵⁸⁸ CANESSA MONTEJO, Miguel. *Óp. cit.*; p. 327.

⁵⁸⁹ TOMÀS JIMÈNEZ, Natalia. “La legitimación negocial en los grupos de empresas”. En: DE SOTO RIOJA, Sebastián (coordinador). *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva*. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2009; p. 126.

⁵⁹⁰ CANESSA MONTEJO, Miguel. *Óp. cit.*; pp. 329-332.

ejercicio de este derecho sea pleno. Por ello, no basta con reconocer la libertad de los trabajadores de determinar autónomamente su ámbito de operación sindical, sino que se debe facilitar que, una vez constituida una organización de trabajadores en este nivel, la misma pueda cumplir con la función para la cual se constituyó en primer lugar, la cual muy probablemente consistirá en negociar en esta unidad.

En sentido de lo anterior ha opinado Sánchez:

“[C]on respecto al tema de si la existencia de una organización sindical de grupo condiciona el ámbito de negociación sindical o si éste sigue siendo en el que acuerdan las partes, considero que los trabajadores tienen los límites que los convenios de la OIT señalan: se organizan conforme les plazca, siempre y cuando no hayan razones, ni criterios de razonabilidad o proporcionalidad que puedan limitarlos. Y es esta forma de organización, me parece, la que abre la posibilidad a una negociación a la cual, en principio, el empleador no puede oponerse, porque yo sí considero que hay y debe haber un deber de negociar.

En la configuración de un derecho, y en este caso, un derecho público subjetivo, surgen deberes en la contraparte, a quien se le opone el derecho. Y, justamente, uno de los deberes que opera en nuestro ordenamiento jurídico es el deber de buena fe en la negociación [...] El deber de buena fe en la negociación colectiva implica el deber de negociar. Así, debe existir una razón suficientemente fuerte en un ordenamiento jurídico como el nuestro que garantice el ejercicio de la libertad sindical, para que así el empleador pueda rechazar el pliego”⁵⁹¹.

A pesar de que una postura como esta ha encontrado cierta oposición^{592 593}, consideramos que es la más adecuada para un ordenamiento que promueve la libertad sindical en todas sus facetas y la negociación colectiva como un instrumento de regulación primordial de las relaciones laborales: la sola negativa a negociar en este nivel restaría eficacia a la constitución de un sindicato de grupo, excluiría materias

⁵⁹¹ PASCO LIZÁRRAGA, Mario, Christian SÁNCHEZ REYES y Mauro UGAZ OLIVARES. “Mesa Redonda ‘Negociación Colectiva y Grupo de Empresas’”. *Derecho y Sociedad*. Lima, 2016, No. 46; pp. 475-476.

⁵⁹² *Ibidem.*; p. 480. Pasco sostiene que “la formación de un sindicato de un determinado grupo de trabajadores que se asocien no necesariamente significa que el empleador o los empleadores tengan que tener una negociación con ese grupo de trabajadores directamente [...] En un grupo de empresas, si se forma un sindicato en ese nivel, y se le plantea un pliego de reclamos al grupo de empresas para que venga a negociar a ese nivel las condiciones de todos los trabajadores de todas esas empresas, cualquiera de esas empresas puede decir que no, porque si bien tiene la obligación de negociar y el sindicato tiene derecho a negociar, no necesariamente tiene que negociar en el nivel en que se lo están planteando”.

⁵⁹³ CANESSA MONTEJO, Miguel. *Óp. cit.*; p. 321: “los actores sociales siempre deben contar con la potestad de variar o modificar el nivel de su negociación colectiva; o que una de ellas pueda apartarse o rechazar el nivel de negociación propuesto, sin que la intervención estatal pueda imponerlo. Se requiere que en cada negociación las partes gocen de la libertad de definir el nivel de negociación”.

que solo podrían ser susceptibles de negociación en este ámbito (como la distribución de responsabilidades al interior del grupo), y colocaría trabas a la posibilidad de instituir un modelo de negociación articulada, el cual resulta especialmente importante en instancias donde los poderes de dirección pueden recaer en más de un sujeto⁵⁹⁴.

Por ello, la mejor manera de propiciar una negociación a nivel de grupo sería reforzando el deber de negociar de los empleadores una vez emplazados a hacerlo en este ámbito. Evidentemente, la legitimación negocial es un requisito previo fundamental para que este deber se cristalice en la práctica, por lo que, pese a su difícil determinación, dada la variedad de escenarios que puede presentar esta modalidad de descentralización productiva, se deberían prever criterios objetivos para verificar este aspecto precursor de la negociación; para ello, se precisa de una jurisprudencia especializada en la materia o, mejor aún, de un estado más avanzado en el campo de la autonomía colectiva⁵⁹⁵ que pueda fijar reglas en este sentido.

iv. Trabajadores autónomos

Tradicionalmente, la discusión en términos de Derecho del Trabajo conduce a los estudiosos a enfocarse estrictamente en el fenómeno del trabajo asalariado, y la referencia al trabajo autónomo es precisamente para definir los límites entre una y otra categoría. Los instrumentos del iuslaboralismo, diseñados para la tutela de la parte más débil en la relación contractual, tienen como designio fundamental su cobertura a favor del trabajador que presta un servicio personal, remunerado y subordinado, por lo que la maquinaria de protección legal y colectiva de nuestro ordenamiento se inclina por limitar su ámbito de aplicación a los trabajadores dependientes que hayan suscrito un contrato de trabajo en los términos que la ley manda.

Empero, la realidad económica se encuentra lejos de regirse por esquemas tan simples, pues la situación de los trabajadores autónomos en el mercado es profundamente diversa: “[e]n unos casos su situación es más próxima a la de un pequeño empresario; en otros, su situación es de fuerte dependencia económica de una empresa de medianas o grandes dimensiones, con notable proximidad, en cuanto a capacidad contractual, a la que es propia de un trabajador por cuenta ajena; existiendo entre ambos supuestos multitud de situaciones intermedias”⁵⁹⁶. En razón de

⁵⁹⁴ ARETA MARTÍNEZ, María y Antonio SEMPERE NAVARRO. *Óp. cit.*; p. 114.

⁵⁹⁵ *Ídem.*

⁵⁹⁶ CRUZ VILLALÓN, Jesús. *Propuestas para una regulación del trabajo autónomo*. Documento de trabajo 17/2003. Madrid: Fundación Alternativas, 2003; p. 8.

ello, no han sido pocos los que han sugerido una suerte de deconstrucción del tratamiento que usualmente se le otorga a este tipo de trabajadores⁵⁹⁷, en función de las circunstancias particulares en las que prestan sus servicios.

La cuestión de la diversidad es aún más resaltante cuando se consideran los modelos imperantes en el mercado actual: una de las modalidades de prestación de servicios más fomentadas es la vinculada a la economía del acceso o economía *on-demand*, la cual se vale de las plataformas digitales para ofrecer servicios de *crowdsourcing*, entendido como “aquellas formas de gestión de la prestación que sustituyen la asignación de tareas a un trabajador (subordinado o no) elegido por la empresa, por una *open call* en las plataformas”⁵⁹⁸. Las empresas que dirigen estas plataformas se suelen atribuir un rol de mera intermediación entre el usuario y el prestador del servicio⁵⁹⁹, por lo que desconocen la existencia de un vínculo laboral con este último.

A nuestro parecer, no es suficientemente claro si estas dinámicas económicas presentan un nuevo marco de desprotección a la clase trabajadora, o si solo ponen en evidencia que el problema de las fronteras de la dependencia no había recibido el merecido espacio de discusión que hoy se le está reconociendo. No en vano desde tiempo atrás se ha institucionalizado en las legislaciones comparadas figuras como los TRADE (Trabajadores Autónomos Económicamente Dependientes) en España, los *parasubordinados* en Italia, o los *cuasiempleados* en Alemania⁶⁰⁰: criterios como la dependencia económica y la exclusividad de la prestación han sido tomados en cuenta para determinar si ciertos mecanismos propios del Derecho de las Trabajo deberían aplicarse para ciertos tipos de trabajadores contractualmente independientes.

Desde los principios de un Estado Constitucional de Derecho, estas observaciones son sumamente relevantes: el derecho al trabajo, en su vertiente de acceso al empleo, supone “el deber del Estado de garantizar y promover el empleo de todas las personas

⁵⁹⁷ GOLDIN, Adrián. “Las fronteras de la dependencia”. *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*. Madrid, 2001, No. 2; pp. 323-324; menciona la opción de construir una “tercera categoría”, la cual “implica ‘meterse’ al interior del territorio de los trabajadores autónomos, para trazar allí fronteras interiores (v.g. empresario, emprendedor individual, simple trabajador autónomo) en un ejercicio al que no estamos acostumbrados. Es que el concepto de trabajador autónomo se ha construido en la mayoría de los países mediante una técnica residual (todo aquel trabajador que no es asalariado), por lo que el esfuerzo conceptual se ha orientado invariablemente en derredor del trabajador dependiente”.

⁵⁹⁸ DAGNINO, Emanuele. “*Uber law*: perspectiva jurídico-laboral de la *sharing/on-demand economy*”. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. Módena, 2015, volumen 3, No. 3, julio-setiembre; p. 4.

⁵⁹⁹ *Ibidem.*; pp. 10-11.

⁶⁰⁰ GOLDIN, Adrián. *Óp. cit.*; p. 324.

en edad de trabajar, sin hacer distinción entre trabajo autónomo o trabajo subordinado”⁶⁰¹. Ello ha sido corroborado por nuestro propio texto constitucional, el cual estipula en el primer párrafo de su artículo 23 que “[e]l trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado”, por lo que, con ello, se sientan las bases para que se conceda tutela jurídica a los trabajadores autónomos, en la medida de que su situación particular lo requiera.

En el ámbito objetivo, se pueden encontrar numerosas materias donde el trabajo autónomo, en algunas de sus diversas manifestaciones, coloca a los trabajadores en una posición de especial vulnerabilidad en el ordenamiento. Quizá la más resaltante de todas sería su acceso a los diversos campos de la seguridad social, al no encontrarse obligatoriamente afiliados a un sistema de pensiones o al seguro de salud, y al no establecerse cargas hacia terceros que contribuyan a este último; asimismo, carecerían de acceso a un sistema de prevención de riesgos laborales y no tendrían de protección frente a la contingencia del desempleo. Ello, sin mencionar la imposibilidad de cómputo de las jornadas de trabajo, la inestabilidad intrínseca en el empleo y la falta de pisos salariales que garanticen condiciones de vida dignas⁶⁰².

Ahora bien, sin perjuicio de lo que la legislación puede –y debe– hacer para reducir el costo social asumido por los trabajadores enmarcados en los nuevos y antiguos marcos contractuales que no se han constituido plenamente como relaciones jurídico-laborales, la acción colectiva tiene oportunidades para ser ejercida al amparo de nuestro propio aparato normativo, toda vez que el artículo 6 de la LRCT dispone que “[l]as organizaciones de trabajadores *no dependientes* de una relación de trabajo se registrarán por lo dispuesto en la presente norma, en lo que les sea aplicable” (énfasis agregado). Asimismo, la propia CEACR ha subrayado la necesidad de los Estados de “garantizar que los trabajadores por cuenta propia, los trabajadores domésticos y aprendices gocen del derecho de sindicación”⁶⁰³.

Por otra parte, el tema no se limita, claramente, a la posibilidad abstracta de que estos trabajadores constituyan sindicatos o negocien colectivamente. Como fenómeno económico, “[e]l creciente número de trabajadores autónomos en el mercado de

⁶⁰¹ LEDESMA CÉSPEDES, Carlos. *Estudio regional sobre trabajo autónomo y economía informal: Delimitación conceptual y análisis normativo*. Lima: OIT / Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2013; p. 24.

⁶⁰² ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho individual...*; pp. 102-103.

⁶⁰³ COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Ginebra: Conferencia Internacional del Trabajo, 100° reunión, 2011; p. 201.

trabajo peruano obliga a no solo reconocerles el derecho de libertad sindical, sino también a imponerles ciertos derechos a sus organizaciones”⁶⁰⁴. Como fenómeno social, Ojeda afirma que el interés de trabajadores autónomos y semiautónomos hacia la colectivización descansa sobre cinco pilares fundamentales: un régimen legal más favorable que el otorgado por las tipologías civiles, una tutela judicial más eficaz basada en los derechos sociales, un mayor prestigio reivindicativo, el control del mercado de trabajo y la gestión de la seguridad social⁶⁰⁵.

En función de todo lo dicho, más allá de la timidez con la que ha enunciado la vigencia de sus derechos colectivos en la norma, el Estado se encuentra adeudando al trabajador autónomo, sometido a un régimen de dependencia económica o permanente, un tratamiento legal que le permita la mejora de su estatuto, más aún cuando el facilitar su sindicación puede ser conveniente para el propio aparato estatal, pues con ello puede: i) evitar la micro-conflictividad, mediante la colectivización de sus posiciones en el conflicto con sus contrapartes contractuales; y, ii) promover la integración social de los autónomos, al romper con la “inercia gremial” y con las barreras de acceso a una estrategia sindical compartida⁶⁰⁶.

Con respecto a la manera de concretar estos objetivos, Sepúlveda señala acertadamente que “[l]a posibilidad de poder constituir sindicatos, sólo sería eficaz si a ello se le une como consecuencia, el que dicha organización pueda llevar a cabo sus objetivos y fines a través de los medios colectivos típicos de la actividad sindical”⁶⁰⁷. Por ello, como parte del engranaje integral de la autonomía colectiva, algunas de las bases para promover la eficacia de la actividad sindical en estos grupos están ligadas a la estructura negocial y al reforzamiento del deber de negociar de los interlocutores empresariales, justamente en favor de las categorías de trabajadores que “sí tienen una contraparte empresarial [...]”; y es evidente que frente a la misma pueden dirigir reivindicaciones de mejora en sus condiciones de trabajo”⁶⁰⁸.

La experiencia comparada puede ilustrar algunos intentos de colectivización de los prestadores de servicios bajo las modalidades digitales; por ejemplo, en California y en Nueva York los conductores de empresas de transporte se han asociado para

⁶⁰⁴ ARCE ORTIZ, Elmer. *Óp. cit.*; p. 102.

⁶⁰⁵ OJEDA AVILÉS, Antonio. “La sindicación de los trabajadores autónomos y semiautónomos”. *Ius et veritas*. Lima, 2000, No. 20; pp. 304-305.

⁶⁰⁶ *Ibidem.*; pp. 305-306.

⁶⁰⁷ SEPÚLVEDA GÓMEZ, María. “Derechos colectivos y de representación de los trabajadores no asalariados”. *Temas laborales*. Sevilla, 2005, No. 81; p. 193.

⁶⁰⁸ *Ídem.*

protestar contra los cortes tarifarios establecidos unilateralmente por estas últimas⁶⁰⁹, lo cual no constituye propiamente un precedente de negociación colectiva en estos ámbitos, pero sí proyecta las oportunidades de integración que tienen los trabajadores de estas aun novedosas modalidades de servicios y las múltiples formas que pueden tomar estas asociaciones: a nivel de empresa, a nivel del rubro de servicios (pues un gran número de trabajadores presta estos servicios desde una pluralidad de plataformas), o aun al nivel del modelo económico asumido⁶¹⁰.

Lo anterior es solo una de los diversos espacios donde el fenómeno colectivo podría presentarse como alternativa tutelar en favor de los trabajadores autónomos por cuenta ajena cuyas contrapartes empresariales sean susceptibles de personificación y determinación; para ello, no cabe duda de que se necesita del respaldo legal suficiente que los permita emplazar con éxito a sus interlocutores sociales en la instancia desde la cual han constituido su ámbito de actuación sindical, e identificar, para efectos de la predictibilidad del proceso y la legitimación de las partes, los criterios necesarios para que se pueda llevar a cabo una negociación eficaz, fructífera y garante del equilibrio que es connatural a su reconocimiento jurídico.

3.3. El cumplimiento del deber estatal de fomento de la negociación colectiva

El deber constitucional del Estado de fomentar la negociación colectiva es una de las premisas básicas del presente trabajo, pues es a partir de este que se debe sentar las bases para una reforma sobre la materia. Por ello, es oportuno reflexionar sobre la definición que la función promocional, aquella que encauza al constituyente a prescribir este deber de fomento, tiene para el Derecho, distinguiendo los fines y los medios que se suelen atribuir a las categorías asociadas a este concepto.

En primer lugar, no se puede hablar de la función promocional del Derecho sin hacer referencia a la contribución iusfilosófica de Bobbio, quien es, sin duda alguna, uno de los principales responsables de su formulación moderna. Para este autor, el Estado fomenta determinadas conductas socialmente deseables mediante la llamada *técnica*

⁶⁰⁹ ARTECONA, Raquel y Terence CHAU. *Labour issues in the digital economy*. Washington D.C.: Naciones Unidas, 2017; p. 18.

⁶¹⁰ ALOISI, Antonio. "Commoditized workers: Case study research on Labor Law issues arising from a set of 'on-demand/gig economy' platforms". *Comparative Labor Law & Policy Journal*. Illinois, 2015, volumen 13, No. 3; pp. 679-680: "De un momento a otro, nuevas infraestructuras sociales y organizacionales podrían surgir (probablemente en forma de 'grupos de interés' enfocados en asuntos sectoriales) y convertirse en defensores efectivos del trabajo decente en la economía *on-demand*" (traducción libre).

de alentamiento, la cual “tiende no sólo a tutelar, sino también a provocar el ejercicio de los actos conformes, desequilibrando la posibilidad de hacer frente a la de no hacer en el caso de actos permitidos [...]; al [ordenamiento promocional] le interesan sobre todo los comportamientos socialmente deseados, por lo que su fin es provocar su realización incluso entre los recalcitrantes”⁶¹¹.

Las técnicas de alentamiento sirven predominantemente al objeto del cambio social, ocupando una “función modificadora o innovadora” en Estados que se inclinan por una propuesta de carácter planificador; ello, en contraste con la “función conservadora” que asumen las técnicas de desalentamiento, más propias de los Estados con rasgos represivos⁶¹². En un marco constitucional como el nuestro, donde se prevé una economía de mercado, pero a su vez se procura que esta sirva a los intereses del bien común bajo una cláusula *social*, no es extraño que se atribuya al Estado la función de modificar situaciones consideradas socialmente indeseables, entre las que se encuentran la perpetuación de la desigualdad, la distribución inequitativa de la riqueza y la regresividad de los derechos de los sectores más vulnerables.

En cuanto a los medios a través de los cuales la ley puede promocionar estos fines, Pérez Lledo ha elaborado una clasificación que incluye cuatro categorías funcionales⁶¹³: i) el premio puro, el cual retribuye las conductas meritadas por el ordenamiento como positivas; ii) la promesa de premio o premio-incentivo, la cual incentiva determinada conducta *ex ante*, pero a la vez la reconoce *ex post*; iii) los incentivos puros, los cuales buscan orientar el despliegue de ciertos comportamientos con anterioridad a su realización; y, iv) las facilitaciones, las cuales son técnicas que, antes que beneficiar de una forma u otra a su destinatario, buscan posibilitar o simplemente hacer menos gravosa la conducta esperada.

En el caso concreto de la negociación colectiva y la fórmula constitucional adoptada en virtud de ella, sería poco reflexivo remitir simplemente los fines generales de esta última a su adecuación al marco internacional; antes bien, una lectura sistemática de la Carta Magna acercaría la voluntad del constituyente en el extremo de la autonomía colectiva a un principio-derecho fundamental como la igualdad, al residir su función institucional en “la búsqueda del reequilibrio de relaciones esencialmente desiguales o

⁶¹¹ BOBBIO, Norberto. “La función promocional del derecho”. *Contribución a la teoría del Derecho*. Madrid: Debate, 1990; pp. 380-381.

⁶¹² *Ibidem.*; p. 384.

⁶¹³ PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. “Sobre la función promocional del Derecho. Un análisis conceptual”. *Doxa*. Alicante, 2000, No. 23; pp. 669-683.

asimétricas como las del contrato individual de trabajo⁶¹⁴. Mientras tanto, desde el lenguaje abstracto planteado, las *conductas particulares*⁶¹⁵ anheladas por el constituyente para cumplir estos fines estarían necesariamente vinculadas a una práctica negocial más difundida, eficaz e institucionalizada entre los actores sociales.

En lo que respecta a los mecanismos legislativos a través de los cuales estas conductas puedan encauzarse para la consecución de los fines plasmados constitucionalmente, la discusión es más rica y los elementos de análisis resultan más diversos, toda vez que, como se puede ver en la pluralidad de categorías reseñadas, la heterogeneidad es un rasgo típico de las técnicas promocionales. Sin embargo, existen suficientes instituciones legales, desarrollos jurisprudenciales, instrumentos internacionales y bases comparadas para poder plantear una aproximación hacia algunas de las medidas que han tenido mayor recepción local, y medir su grado de aplicación y eficacia en cuanto a los fines para los cuales han sido implementadas.

i. Deber de fomento y arbitraje

Aunque sea una obviedad afirmar que el arbitraje es una de las “formas de solución pacífica de los conflictos laborales” a las que se refiere el artículo 28 de la Constitución, no es menos cierto que su configuración legal y los apuntes que la jurisprudencia constitucional ha realizado sobre dicha institución la presentan en sí misma como un mecanismo de fomento de la negociación colectiva: por un lado, se muestra como un incentivo para que los sujetos sociales negocien directamente compelidos a actuar de buena fe; por otro lado, funciona como una técnica de facilitación para que se dé la concreción de productos negociales, ya sea tomando forma de laudos arbitrales o de convenios colectivos en puridad.

En lo concerniente a la primera posibilidad, el escenario propicio es necesariamente uno de arbitraje potestativo causado, pues esta modalidad presenta dos características específicas que la convierten en un incentivo idóneo para la negociación directa: i) su configuración como una alternativa frente al supuesto de que el procedimiento se prolongue o una de las partes incurra en actos de mala fe

⁶¹⁴ AGUINAGA MEZA, Ernesto y Guillermo BOZA PRO. *Óp. cit.*; p. 287.

⁶¹⁵ PÉREZ LLEDO, Juan Antonio. *Óp. cit.*; p. 667; donde, mientras los *finés generales* son los “bienes jurídicos, que serán «estados de cosas» o «valores» (a veces, simplemente «virtudes») considerados deseables por el derecho, ya sea por razones de utilidad (son socialmente beneficiosos) o por razones «de principio» (son en sí mismos valiosos)”; las *conductas particulares* son “cursos de acción que se consideran deseables, o al menos valorados positivamente [...] [producto de] su vinculación con ciertos fines (estados de cosas o valores) generales deseables”.

negocial; y, ii) su regulación bajo el procedimiento conocido como el *final-offer arbitration*⁶¹⁶, “consistente en la presentación al árbitro de una oferta de laudo por cada una de las partes, decidiendo aquél la que le parece más justa de las dos, de modo que las partes ceden el máximo posible al objeto de hacer triunfar su propuesta”⁶¹⁷.

Aunque no parezcan estar interrelacionadas, la conjugación de ambas figuras posibilita que la parte inducida a negociar, usualmente el empleador, encuentre un mayor beneficio en entablar directamente una negociación con el sindicato que en procurar su dilatación, en evitar la sumisión de información o en cometer actos de hostilidad con el fin de truncar el proceso. Dicho beneficio se basa en que tales actos podrían conducir al sometimiento del diferendo a otra instancia, donde el empleador no solo perdería el control sobre la decisión final a recaerse, sino que no podría recurrir a una propuesta arbitraria o poco concesiva, en la medida de que, de ser así, el tribunal arbitral se encontraría impedido de nivelarla⁶¹⁸ y se inclinaría, con mayor posibilidad, a amparar la propuesta sindical, es decir, aquella que le generaría un mayor costo.

En el lenguaje teórico de la función promocional del Derecho, “[l]a conducta incentivada *suele* ser, típicamente, una actividad económica o empresarial, cuya realización se desea favorecer creando o incrementando el interés particular del destinatario en realizarla, por su propio provecho”⁶¹⁹. En este caso, la parte empresarial asume un mayor interés por ejecutar la medida que le resulte menos costosa al largo plazo, la cual, con mayor seguridad, sería la alternativa de una negociación directa y de buena fe⁶²⁰, siendo esta, por lo demás, la modalidad más ajustada a nuestro modelo constitucional de negociación colectiva.

Por otra parte, atendiendo a la faceta del arbitraje como *técnica de facilitación* para la concreción de convenios colectivos, la misma tendría mayor vigencia en un régimen de arbitraje potestativo incausado, en la medida de que el mismo favorece una

⁶¹⁶ Artículo 65 de la LRCT.- “El laudo no podrá establecer una solución distinta a las propuestas finales de las partes ni combinar planteamientos de una y otra. El laudo recogerá en su integridad la propuesta final de una de las partes [...]”.

⁶¹⁷ OJEDA AVILÉS, Antonio. *Derecho Sindical*; pp. 644-645.

⁶¹⁸ Aunque en la realidad la facultad de atenuación haya sido empleada de forma excesiva y no de conformidad con su condición excepcional, según detallan OSORIO VÉLIZ, Valeria y Mauro UGAZ OLIVARES. *Óp. cit.*; p. 309.

⁶¹⁹ PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *Óp. cit.*; p. 678.

⁶²⁰ OSORIO VÉLIZ, Valeria y Mauro UGAZ OLIVARES. *Óp. cit.*; p. 311: “[E]n un escenario donde los trabajadores pueden arrastrar a los empleadores a un arbitraje, las partes al momento de iniciar la negociación tendrán mayores incentivos para obrar de buena fe, dar propuestas serias y no entorpecer la negociación. De lo contrario, la parte trabajadora podrá llevar la negociación a un Tribunal Arbitral, donde la contraparte no tendrá control alguno sobre el resultado del proceso y se concluirá el conflicto de forma más celeré”.

perspectiva más finalista de la negociación colectiva⁶²¹, priorizando el producto por encima del procedimiento. Siendo que las facilitaciones pueden servir como medios para “*hacer algo más fácil* una conducta que de otro modo resultaría más gravosa (pero ni estrictamente imposible, ni tampoco especialmente heroica)”⁶²², el arbitraje aquí funcionaría como una medida para viabilizar la concreción de productos que, de otra manera, encontrarían más obstáculos para conseguirse mediante el trato directo.

Más allá de las abstracciones que pueden plantearse en el análisis de estas vías de fomento, lo cierto es que la OIT ha formulado objetivos concretos a través de los cuales los Estados pueden cumplir con su obligación de promover la negociación colectiva, objetivos que se hallan listados en la Recomendación 163. Entre ellos, se encuentra la adopción de medidas “para que las partes dispongan de las informaciones necesarias para poder negociar con conocimiento de causa” (artículo 7.1), y la adopción de medidas “para que los procedimientos de solución de los conflictos del trabajo ayuden a las partes a encontrar por sí mismas una solución al conflicto que las oponga” (artículo 8); ambas de las cuales podrían tener cierto grado de cumplimiento con la implementación del arbitraje potestativo.

Otra de las medidas precisadas en el citado instrumento se refiere al desarrollo de la negociación colectiva “en cualquier nivel” (artículo 4.1); en base a la regulación vigente, pareciera que el legislador también pretende cumplir con esta meta mediante la figura del arbitraje potestativo, toda vez que una de las causales previstas para su realización en el D.S. 014-2011-TR es la falta de acuerdo sobre el nivel de negociación⁶²³. El problema es: ¿es el arbitraje el mecanismo idóneo para fomentar la negociación colectiva en niveles alternativos?

Para empezar, desde la perspectiva teórica citada, habría que definir la categoría en la cual calzaría el arbitraje como un medio de fomento en esta etapa procedimental, siendo la conducta esperada la eventual suscripción de convenios colectivos en

⁶²¹ CARRILLO CALLE, Martín. “El arbitraje laboral potestativo incausado”. *Libro homenaje a Mario Pasco Cosmópolis*. Lima: SPDTSS, 2015; p. 243: “[E]n tanto [el arbitraje potestativo incausado] es un instrumento que coadyuva a la ampliación de la tasa de cobertura de la negociación colectiva, resulta ser una «medida adecuada» a las actuales condiciones de nuestro mercado laboral, para aumentar el número de trabajadores con capacidad para pactar sus remuneraciones y demás condiciones de trabajo”.

⁶²² PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *Óp. cit.*; p. 680.

⁶²³ Artículo 61-A.- “Las partes tienen la facultad de interponer el arbitraje potestativo en los siguientes supuestos:

a) Las partes no se ponen de acuerdo en la primera negociación, *en el nivel* o su contenido [...]” (énfasis agregado).

niveles distintos al de empresa o del centro de trabajo, o en todo caso una negociación conducida en tales instancias. Al verse tanto los premios puros como las promesas de premio acompañadas necesariamente por “un aspecto de reconocimiento al autor de un acto u obra meritoria”⁶²⁴, ambas nociones deben ser descartadas, en tanto la negociación colectiva en cualquier nivel o el convenio colectivo suscrito en el seno de la misma no pueden ser vistos como actividades particularmente honoríficas, sobre todo en la medida de que provienen del ejercicio regular de un derecho fundamental.

Tampoco podría considerarse como una facilitación, pues estas “simplemente intentan proporcionar al destinatario los medios necesarios [...] para hacer posible o menos gravosa la conducta”⁶²⁵, roles que no son atribuibles a un arbitraje en el que bien podría decidirse por un ámbito negocial distinto al planteado por los trabajadores. En cuanto a los incentivos puros, si lo que buscan es crear o aumentar el interés de un sujeto en desplegar determinada conducta, bien es cierto que el arbitraje potestativo podría incrementar las posibilidades de que los sujetos sindicales promuevan la negociación a nivel supraempresarial, toda vez que verían más cercana la posibilidad de que, aun frente a la negativa del empleador, se resuelva por vía de laudo arbitral que la negociación se lleve en esa unidad.

No obstante, debe confrontarse la teoría con la realidad: primero, el arbitraje potestativo no ha sido una figura que haya modificado sustancialmente el panorama de las relaciones colectivas en el país. Como fue puesto en evidencia en el capítulo anterior, las estadísticas no reflejan que su implementación desde el año 2011 haya tenido un impacto lo suficientemente contundente, ya sea mediante el incremento de convenios colectivos originados en la negociación directa o de laudos arbitrales. Antes bien, todo parece indicar que “la utilización del arbitraje potestativo todavía responde como una herramienta de carácter excepcional”⁶²⁶.

Por otro lado, las cuestiones operativas del arbitraje lo convierten en una vía poco adecuada para las fuerzas sindicales más débiles y menos institucionalizadas; en base a lo regulado por el Reglamento de la LRCT respecto a los honorarios arbitrales (artículo 53), Osorio afirma que este mecanismo de resolución de conflictos:

“[se vuelve] costoso para aquellos casos en los que no haya una organización sindical conformada y con un patrimonio sindical suficiente

⁶²⁴ PÉREZ LLEDO, Juan Antonio. *Óp. cit.*; p. 676.

⁶²⁵ *Ibidem.*; p. 681.

⁶²⁶ OSORIO VÉLIZ, Valeria y Mauro UGAZ OLIVARES. *Loc. cit.*

*para la cobertura del gasto que representa un arbitraje. Así pues, este mecanismo se podría ver limitado para las organizaciones sindicales que cuenten con la organización y el patrimonio sindical correspondiente, capaz de correr con los costos de este procedimiento, siendo así de difícil acceso para organizaciones incipientes, donde los trabajadores perciban remuneraciones de bajo monto*⁶²⁷.

Así, si bien las posibilidades de negociar en niveles alternativos aumenta con el arbitraje potestativo, el costo del procedimiento arbitral puede ser por sí mismo un desincentivo para que las colectividades más desaventajadas (es decir, aquellas que tienen una mayor necesidad de acudir a las medidas de fomento) busquen iniciar una negociación, al demandar la etapa previa un desembolso que les puede resultar considerable; además, la medida no asegura que las condiciones estructurales de la negociación les sean favorables a los trabajadores, puesto que el tribunal arbitral bien podría optar por amparar la pretensión de la parte patronal, la cual ha de ser, con mayor seguridad, la negociación a nivel de empresa o de centro de trabajo.

Adicionalmente, otra dimensión institucional del arbitraje que puede ser un elemento disuasivo para que los trabajadores opten por él para la determinación del nivel de negociación es la referida al nombramiento, pues la práctica ha demostrado que la potestad de las partes de nombrar a un árbitro⁶²⁸ puede desnaturalizar el carácter imparcial de la institución: “este es uno de los puntos más débiles del arbitraje para conflictos laborales colectivos, dado que muchas veces la cercanía de la parte con el árbitro que eligió hace que el resultado pueda ser anticipado por cada parte. Es decir, que cada árbitro resolverá tomando la postura de la parte que lo eligió”⁶²⁹.

Los factores indicados sugieren una importante conclusión: aunque el arbitraje puede cumplir un rol de fomento de la negociación colectiva, incentivando a los trabajadores a presentar pliegos de reclamos en niveles supraempresariales, con la expectativa de que, sometido el casi ineludible diferendo sobre esta materia a un tribunal arbitral, se resuelva a su favor, también existen elementos que lo convierten en un mecanismo inadecuado para cumplir este objetivo. Por ello, el D.S. 014-2011-TR no parece ser el reemplazante más idóneo del segundo párrafo del artículo 45 de la LRCT, no solo por el problema de jerarquía normativa que representa, sino porque no termina de remover

⁶²⁷ OSORIO VÉLIZ, Valeria. *El arbitraje potestativo en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo: análisis crítico y propuestas de mejora*. Tesis para optar por el grado de abogada. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017; p. 40.

⁶²⁸ Artículo 51, segundo párrafo del Reglamento LRCT.- “Cada parte nombrará a un árbitro y éstos designarán a un tercero que actuará como Presidente del Tribunal [...]”.

⁶²⁹ OSORIO VÉLIZ, Valeria. *Óp. cit.*; p. 41.

los obstáculos que afrontan los trabajadores para emplazar a sus empleadores a negociar en niveles alternativos.

ii. Deber de fomento y deber de negociar

Aunque la caracterización del deber legal de negociar como una técnica de fomento de la negociación colectiva sea patente, no lo es su relación con el marco que la Constitución ofrece sobre esta materia, en el sentido de que su lugar en el ordenamiento jurídico podría ser visto, o bien como una consecuencia necesaria del derecho fundamental de los trabajadores a negociar colectivamente, o bien como un instrumento carente de base constitucional que únicamente coadyuva de forma accesoria al engranaje de nuestras relaciones colectivas. La relevancia de esta cuestión recae en que de ella se deriva la visión que tendría el constituyente sobre el contenido y los alcances de la negociación colectiva como derecho fundamental.

En la doctrina europea, parece existir una adopción mayoritaria de la noción según la cual la negociación colectiva califica como un *permiso* o un *derecho de libertad*, en línea con las aproximaciones voluntaristas de la OIT y sus órganos de control. De esta manera, la prescripción constitucional de la negociación colectiva no es más que una garantía para los sujetos sociales de que los poderes públicos no interferirán en la negociación y de que los convenios colectivos que suscriban gozarán de eficacia normativa vinculante⁶³⁰; sostienen, además, que “un sistema de negociación colectiva obligatorio implica la definición precisa de los agentes negociadores”⁶³¹, lo cual iría en contra del concepto amplio que el constituyente prevé para estos sujetos.

No obstante ello, se han formulado también argumentos para defender una concepción de la negociación colectiva como *pretensión* o como *derecho en sentido estricto* de los trabajadores, la cual, a diferencia de la tesis expuesta en el párrafo anterior, sí devendría en la obligación correlativa de la contraparte empresarial de participar en el procedimiento negocial. El primer fundamento de esta posición proviene de la dogmática constitucional, donde una lectura en sentido estricto de los derechos fundamentales asume que la existencia de los mismos presupone una obligación de hacer o no hacer en favor de su titular⁶³²; de esta manera, tal y como ha

⁶³⁰ VALDES DAL-RE, Fernando. “La negociación colectiva en la Constitución”. *Revista de Política Social*. Madrid, 1979, No. 121; pp. 478-479.

⁶³¹ SALA FRANCO, Tomás. *Óp. cit.*; p. 307.

⁶³² AGUINAGA MEZA, Ernesto y Guillermo BOZA PRO. *Óp. cit.*; p. 294: “[L]os términos *derecho* y *deber* son correlativos jurídicamente hablando. Vale decir, cuando el ordenamiento

sido planteado en los términos de la materia estudiada, “si existe el derecho a la negociación colectiva es porque existe el deber de negociar”⁶³³.

Es claro, sin embargo, que aquel argumento no es suficiente para defender esta tesis, toda vez que existen ejemplos de sobra en nuestro texto constitucional que, pese a ser enunciados como *derechos*, no demandan la prestación de un tercero para hacerse efectivos; por ello, es preciso buscar en las particularidades de nuestro modelo de relaciones colectivas, el cual ha sido objeto de desarrollos sustanciosos en nuestra jurisprudencia constitucional, para encontrar respuestas a esta cuestión. Es sobre la base de esta última que Aguinaga y Boza sostienen lo siguiente:

“[E]l deber de fomento y promoción de la negociación colectiva exige al Estado adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que aquella se materialice en los hechos y no solo que los sujetos colectivos puedan elegir libremente si se acogen o no a la negociación colectiva. Y si ello es así, entonces [el Tribunal Constitucional] entiende que la Constitución ordena al Estado fomentar y proteger el ejercicio de una pretensión y no de un simple permiso o habilitación (si la negociación colectiva fuera esto último podría no producirse y claramente ese es una posibilidad que la Constitución quiere evitar)”⁶³⁴.

Con estas consideraciones, es prudente señalar que la valoración que el constituyente hace de la negociación colectiva no solo es una de naturaleza garantista, donde se favorece su realización en un marco de autonomía y libertad, sino que también genera exigencias para asegurar que se lleve a cabo, en virtud de las cuales la negativa arbitraria del empleador a negociar es tanto un acto de mala fe como una vulneración de este derecho fundamental. Ahora bien, si ese es el valor jerárquico que se otorga a la negociación y al deber de negociar, y si el producto final de la misma ha de ser la suscripción de un convenio colectivo, ¿sería constitucionalmente viable extender los alcances de este derecho fundamental a un correlativo *deber de convenir*?

Desde un punto de vista ajustado a la teoría del derecho privado y a la propia jurisprudencia constitucional⁶³⁵, la respuesta es rotundamente negativa, pues resultaría inconcebible que un ordenamiento que defiende la autonomía privada compela a las

jurídico reconoce el primero automáticamente establece el segundo y viceversa: si le impone a alguien la obligación de hacer o no hacer algo, es porque a alguien previamente le ha otorgado el derecho de que se haga o no se haga ese algo”.

⁶³³ ALONSO OLEA, Manuel. Citado por BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *La cláusula de Estado Social...*; p. 444.

⁶³⁴ AGUINAGA MEZA, Ernesto y Guillermo BOZA PRO. *Óp. cit.*; p. 299.

⁶³⁵ Fundamento 13 de la STC del Exp. 03561-2009-AA/TC: “En buena cuenta, el principio de la negociación libre y voluntaria incluye [...] la libertad para convenir, entendida como la libertad para ponerse o no de acuerdo durante la negociación”.

partes a arribar necesariamente a un acuerdo. Pese a ello, la debilidad y las limitaciones de los sindicatos en la región parecen haber motivado que en América Latina exista una tendencia a reglamentar un deber de contratar, al cual la legislación peruana no sería del todo ajena, toda vez que, con la implementación del arbitraje potestativo (y más aún con el incausado), se puede llegar a formular la noción de “una obligación *de resultado* y no de medios, resultado que si al cabo no emanara de ambas partes procedería de una de ellas o del juez”⁶³⁶.

Sin embargo, y más allá de estos intentos legislativos de compensar “el abismo existente entre el Derecho y las normas de funcionamiento social”⁶³⁷ en nuestra región, todo parece indicar que, entre ambos mecanismos de fomento, la vía más eficiente y adecuada tanto al orden constitucional como a la naturaleza jurídica del derecho a la negociación colectiva es el deber de negociar, definido como “una norma de conducta, en tanto que su objetivo fundamental es regir el comportamiento de los interlocutores durante el proceso negocial, preceptiva, taxativa y articulada claramente como deber de medio dada su clara funcionalización a la adopción de un acuerdo”⁶³⁸.

Hecha esta precisión, conviene mencionar los dispositivos que deberían apuntalar a la eficacia jurídica de este deber, en el sentido de que su sola afirmación en la norma no parece ser un impulso lo suficientemente persuasivo para una alteración en la conducta de las partes. En principio, al consistir en una obligación de hacer, resulta poco viable que la norma implemente mecanismos de responsabilidad por incumplimiento, “quizá porque los instrumentos coercitivos estatales poco pueden en materia de deberes de esta naturaleza, consistentes en comportamientos de índole personalísima”⁶³⁹; por ello, no debería sorprender que esta institución tenga en otros ordenamientos jurídicos el estatus de un “deber poco garantizado y de fácil «burla» a través de un comportamiento meramente formal”⁶⁴⁰.

Esta discusión se aproxima nuevamente a la dicotomía presentada al trabajador ante la negativa del empleador a cumplir con este deber, pudiendo optar aquel por la autotutela (la huelga) o por someter el diferendo a un tercero imparcial (el arbitraje). Más allá de que la adopción de una u otra alternativa responda a una cuestión de estrategia de los trabajadores, lo que se deriva de este esquema es una vocación del

⁶³⁶ OJEDA AVILÉS, Antonio. “Los deberes de negociar...”; p. 56.

⁶³⁷ *Ibidem.*; p. 58.

⁶³⁸ SÁNCHEZ TORRES, Esther. *Óp. cit.*; p. 60.

⁶³⁹ OJEDA AVILÉS, Antonio. *Óp. cit.*; p. 53.

⁶⁴⁰ SÁNCHEZ TORRES, Esther. *Óp. cit.*; p. 61.

ordenamiento por garantizar la eficacia de este deber, más aún cuando, en alusión a su tutela jurisdiccional, el propio TC ha precisado que “el proceso de amparo constituye la vía idónea, eficaz y satisfactoria para proteger, entre otras cosas, el derecho de negociación colectiva en caso de que su ejercicio sea amenazado de manera cierta e inminente o vulnerado de manera manifiesta”⁶⁴¹.

Por otro lado, dada la importancia que aparentemente le otorga el aparato legislativo al problema de su eficacia, sorprende que no se haya prestado la misma atención al alcance material del deber de negociar. En el ámbito comparado, esta figura fue popularizada por el sistema norteamericano de relaciones laborales, en cuya National Labor Relations Act (1935) se instituyó como una *unfair labor practice* el que un empleador “se rehúse a negociar colectivamente con los representantes de sus trabajadores”⁶⁴². Posteriormente, mediante la Labor Management Relations Act (1947), como parte del contenido material de este deber se incluiría a los salarios, las jornadas y otros términos y condiciones de empleo⁶⁴³.

A partir de esta premisa, la Corte Suprema estadounidense elaboró una importante distinción jurisprudencial entre las materias obligatorias, optativas e ilegales de negociación, perteneciendo a la primera categoría diversas materias que, solo bajo un criterio interpretativo amplio, podrían ser vinculadas a los contenidos salariales, temporales y contractuales señalados por la ley; dentro de estas, se encontrarían los feriados y las vacaciones, la jubilación obligatoria, la participación en las utilidades, los seguros de accidentes, entre otros⁶⁴⁴. El incumplimiento del deber de negociar acarrearía consecuencias distintas en función de la adhesión de las materias planteadas a cada categoría, por lo que su exigibilidad, para bien o para mal, se supedita materialmente a una extendida tradición jurisprudencial.

En el caso español, en contraste, es la vía legal la que ha impuesto un conjunto nuclear de materias que han sido denominadas como *de necesaria contratación*⁶⁴⁵, las cuales, pese a que el Estatuto de los Trabajadores ha hecho la expresa salvedad de que la libertad de contratación es uno de los principios informadores de la negociación colectiva estatutaria, son apreciadas como el contenido mínimo de los convenios

⁶⁴¹ Fundamento 2 de la STC del Exp. 03561-2009-AA/TC.

⁶⁴² Traducción libre de la sección 8(a)(5) de la NLRA.

⁶⁴³ Sección 8(d) de la Taft-Hartley Act.

⁶⁴⁴ CLARK MARTIN, Julian. “Subjects included within management’s duty to bargain collectively”. *Louisiana Law Review*. Luisiana, 1966, volumen 26, No. 3; p. 634.

⁶⁴⁵ SÁNCHEZ TORRES, Esther. *Óp. cit.*; p. 181.

colectivos⁶⁴⁶; entre las materias afectadas por tal requerimiento, se encuentran “el ámbito personal, el ámbito funcional y territorial, el ámbito temporal, el procedimiento de denuncia del convenio, y la designación de una convención paritaria y de los procedimientos para resolver las discrepancias surgidas en su seno”⁶⁴⁷.

En el Perú, si bien el desarrollo legal de la materia es insípido, se ha sostenido que, a grandes rasgos, el deber de negociar “supone dos cosas: en primer lugar, el nivel en el que se negocia, y en un segundo momento –decidido lo anterior–, el contenido del posible acuerdo colectivo”⁶⁴⁸. Esta exigencia de pacto sobre el nivel no solo encuentra asidero en la norma, sino que es un criterio generalmente admitido por la tradición jurídica continental, desde la cual se ha afirmado que “sólo a los representantes de los trabajadores y a los empresarios y sus representaciones les compete decidir autónomamente y en libertad el nivel en el que van a negociar colectivamente [...] Lo señalado convierte al nivel en un contenido que también debe negociarse”⁶⁴⁹.

No obstante lo anterior, una lectura más cuidadosa de los preceptos legales que tienden a regir las instituciones bajo estudio puede relativizar el nivel de voluntariedad de este criterio, en el sentido de que “la elección de la unidad de contratación también puede ser inducida y hasta virtualmente impuesta por otros mecanismos legales, esta vez indirectos, como lo son los criterios legales de organización de los actores [...], o los términos en que se fija (cuando se fija) el deber de negociar”⁶⁵⁰. Ello ha conducido a algunos a sugerir una extensión material del deber de negociar

“en relación a la estructura de negociación y su ámbito personal y temporal, en la que la voluntad de la contraparte puede verse ciertamente constreñida, de tal forma que no es posible hablar propiamente de una «negociación», en el sentido de que, [...] en el caso de la determinación de la unidad de negociación y en el supuesto de desacuerdo con la «propuesta de partida» se produciría una especie de «inversión de carga de la prueba», de manera que quien se negase a negociar en dicha unidad debería probar no sólo la inidoneidad de aquélla, sino la mayor conveniencia de una propuesta alternativa”⁶⁵¹.

La aproximación referida a la *conveniencia* de una u otra unidad de negociación podría haber sido tomada del sistema anglosajón, de cuya norma se sustrae la famosa

⁶⁴⁶ Artículo 85.3 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

⁶⁴⁷ SÁNCHEZ TORRES, Esther. *Óp. cit.*; pp. 183-184.

⁶⁴⁸ AGUINAGA MEZA, Ernesto y Guillermo BOZA PRO. *Óp. cit.*; p. 287.

⁶⁴⁹ MUGNOLO, Juan Pablo. *Óp. cit.*; p. 33.

⁶⁵⁰ GOLDIN, Adrián. “La estructura de la negociación colectiva”. *Revista Derecho del Trabajo*. Buenos Aires, 1994-B; p. 10.

⁶⁵¹ SÁNCHEZ TORRES, Esther. *Óp. cit.*; p. 183.

terminología de las *unidades apropiadas de negociación*. Según la NLRA, la parte emplazada únicamente estará obligada a negociar en caso el nivel invocado sea considerado como el apropiado por una entidad conocida como la National Labor Relations Board (en adelante, la NLRB), a cuyo arbitrio se decide si, con la finalidad de asegurar a los trabajadores la máxima libertad en el ejercicio de sus derechos, la unidad apropiada para efectos de negociar colectivamente será la empresarial, el sector, el centro de trabajo, o las subdivisiones de las mismas.

Tal regulación ha sido cuestionada por la excesiva discrecionalidad otorgada a la NLRB para determinar la adecuación de las unidades invocadas⁶⁵², mas ello no quiere decir que todos los criterios de apropiación desarrollados en el seno de este órgano hayan sido deficientes. Particularmente, uno de los casos que llaman la atención por las premisas empleadas para su resolución es el asunto *Ralph Rogers and Company v. NLRB*⁶⁵³, donde se estimó que la unidad invocada por los trabajadores de una empresa en un área de cuatro condados resultaba apropiada, entre otras razones, porque tal unidad coincidía “con los esfuerzos organizativos del sindicato”⁶⁵⁴, haciendo de la autoconfiguración sindical un criterio vinculante para determinar el nivel en el que la contraparte empresarial se encontraría obligada a negociar.

La jurisprudencia española, por su parte, ha tenido sus propios vaivenes: mediante la Sentencia del TS del 20 de octubre de 1997, se estableció una cuestionada distinción entre las *unidades naturales* y *unidades artificiales* de negociación⁶⁵⁵, donde las primeras preexisten a la negociación, son independientes de la voluntad de las partes y las obligan a renegociar los convenios suscritos en su ámbito, siendo determinadas “por la propia naturaleza de las cosas”; las unidades artificiales, por otro lado, se constituyen cuando “es la propia voluntad de las diferentes entidades la que crea la unidad a que el convenio afecta”, por lo que, a diferencia de la categoría anterior, no anteceden a la decisión de las partes y no generan una obligación de negociar.

Aunque esta clasificación haya sido válidamente criticada por su ambigüedad y su distanciamiento de la libertad de configuración negocial⁶⁵⁶, la vinculación que hace

⁶⁵² HALL, Ridgway. “The appropriate bargaining unit: Striking a balance between stable labor relations and employee free choice”. *Case Western Reserve Law Review*. Cleveland, 1967, volumen 18, No. 2; p. 484.

⁶⁵³ <https://openjurist.org/870/f2d/379/ralph-rogers-company-v-national-labor-relations-board>

⁶⁵⁴ CABEZA PEREIRO, Jaime. *La buena fe en la negociación colectiva*. Galicia: Xunta de Galicia, 1995; p. 109.

⁶⁵⁵ Fundamento Cuarto de la STS 6217/1997.

⁶⁵⁶ OJEDA AVILÉS, Antonio. *Derecho Sindical*; p. 698.

este criterio jurisprudencial entre la operatividad del deber de negociar y la unidad de negociación es un elemento de análisis importante, que ha conducido a un sector de la doctrina española a sostener que “no resulta admisible una negativa a negociar bajo el amparo de un desacuerdo sobre la unidad fijada en la plataforma reivindicativa. Y ello, [...] porque una interpretación contraria supondría desconocer el tenor del propio artículo 83.1 ET, permitiendo que tan sólo una de las partes impusiera unilateralmente el ámbito de negociación y posterior aplicación del convenio”⁶⁵⁷.

Asimismo, es por la vía del deber de negociar que se ha reforzado en España una inclinación por centralizar la negociación. En la Sentencia del TS del 3 de mayo de 2000, se establece la inexistencia de causa convencional que justifique la negativa a negociar en una unidad superior cuando esta solo se encuentra parcialmente cubierta por otros convenios negociados en unidades inferiores, lo cual conduce a Rodríguez a afirmar que “[l]a comprensión que se hace del deber de negociar no es neutra ni impulsa igualmente la negociación en uno u otro nivel; al contrario, favorece las negociaciones de más amplio espectro o nivel superior y desfavorece las negociaciones de menor espectro o nivel inferior”⁶⁵⁸.

En base a estas consideraciones, se puede observar cómo el empleo del deber de negociar como técnica de fomento de la negociación colectiva ha funcionado en otros ordenamientos no solo para emplazar a la parte empresarial a negociar, sino para obligarla a negociar en niveles más allá de la unidad empresarial. Así, si se sitúa al deber de negociar como mecanismo de facilitación, en el sentido de que *posibilita* a los trabajadores “la realización de ciertas conductas que de otro modo le[s] resultaría empíricamente imposible realizar”⁶⁵⁹, estas conductas no consistirían, en virtud de lo expuesto, en la sola negociación de determinados contenidos, sino en la negociación de tales contenidos en ámbitos predeterminados por la voluntad de la parte interesada en que dicha negociación se lleve a cabo, esto es, la parte trabajadora.

Por ello, el limitado uso y eficacia que ha tenido esta institución en nuestro país pueden verse repotenciados a través de una extensión de sus alcances, permitiendo que su funcionalidad se amplíe para efectos de fomentar que la negociación se pueda llevar a cabo en niveles alternativos al de empresa. De esta manera, en atención a las condiciones nacionales en las que se ejercen los derechos colectivos, se rompería con

⁶⁵⁷ SÁNCHEZ TORRES, Esther. *Óp. cit.*; pp. 122-123.

⁶⁵⁸ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, María Luz. *Óp. cit.*; p. 86.

⁶⁵⁹ PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. *Óp. cit.*; p. 680.

una de las trabas principales que presenta nuestro panorama sindical para la apertura de canales de negociación, favoreciendo así que la autonomía colectiva pueda asumir con mayor seguridad el rol protagónico en la ordenación de las relaciones laborales que le otorga su prescripción constitucional.

iii. Deber de fomento y determinación de los niveles negociales: juicio de ponderación

¿Es constitucionalmente legítimo que, al amparo del deber de fomento, el Estado obligue a los empleadores o a sus organizaciones a negociar colectivamente con los trabajadores en los niveles escogidos por estos últimos? ¿Qué principios o derechos fundamentales entrarían en conflicto? Más allá de las cuestiones ya exploradas sobre la eficacia, la cobertura y la funcionalidad de las instituciones destinadas a promocionar el ejercicio de este derecho fundamental, es propicio recurrir a una de las herramientas proporcionadas por el marco teórico del neoconstitucionalismo –recogida por nuestro propio TC– para evaluar la validez de la implementación de medidas que, con el objetivo de optimizar un principio o derecho constitucional, entre en colisión con otro del mismo rango: el juicio de ponderación.

Cuando se entienden los preceptos constitucionales como *mandatos de optimización*, los cuales se caracterizan “por la particular fisonomía del deber que incorporan, consistente en seguir una cierta conducta que puede ser realizada en distinta medida”, la ponderación se vuelve necesaria, “porque la determinación de la medida o grado de cumplimiento del principio que resulta exigible en cada caso depende de distintas circunstancias y, en particular, de la presencia de otros principios en pugna”⁶⁶⁰. Bajo este razonamiento, nuestra jurisprudencia constitucional se ha valido de diversas versiones del juicio de ponderación⁶⁶¹ para determinar la validez de ciertas medidas administrativas, normas e instituciones cuya aplicación pueda presentar un conflicto entre derechos o principios de relevancia constitucional.

Pese a la heterogeneidad de los pronunciamientos del TC relativos a la nominación y la estructura del juicio de ponderación, donde parece haber cierta uniformidad jurisprudencial es en la aplicación del principio de proporcionalidad como premisa metodológica, sobre la base de los esbozos generales aportados por la teoría de

⁶⁶⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. Madrid, 2001, No. 5; p.

⁶⁶¹ Un análisis detallado de las sentencias y las formas de aplicación de este examen se encuentra en RUBIO CORREA, Marcial. *El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Segunda edición. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2018.

Alexy, quien subdivide este concepto en los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁶⁶². Así, el juicio de ponderación se conduce sobre tres etapas derivadas de estos subprincipios, caracterizadas por ser “preclusivas y cancelatorias: siguen un cierto orden y debe terminar una para pasarse a la otra”⁶⁶³.

A pesar de que excede los límites de este trabajo el analizar las divergencias en las que ha incurrido el Tribunal para la formulación de estas pautas ponderativas, sería un despropósito el dejar de mencionar una clasificación particularmente resaltante entre los principios asociados a la limitación del ejercicio de determinados derechos fundamentales y su legitimidad: en la sentencia recaída en el Exp. 00235-2004-AA, el TC distingue entre los principios de razonabilidad y proporcionalidad, indicando que a través del primero “se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso”, mientras que el segundo exige “que la medida limitativa satisfaga los subcriterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto”⁶⁶⁴.

En el caso concreto, la medida objeto de cuestionamiento, consistente en una reforma legal que permita a los trabajadores fijar unilateralmente el nivel de negociación, asumiendo una injerencia sobre el principio de negociación libre y voluntaria, persigue el fin de promover la institución de la negociación colectiva, lo cual no solo se encuentra expresamente previsto en el artículo 28, inciso 2 de nuestra Constitución, sino que también es una obligación que el Estado peruano ha asumido internacionalmente mediante la suscripción del Convenio 98 de la OIT. Tomando prestados los términos empleados por este organismo, el mecanismo de fomento consistiría en la toma de “medidas adecuadas a las condiciones nacionales para que la negociación colectiva pueda desarrollarse en cualquier nivel”⁶⁶⁵.

En adición a ello, esta modificación normativa permitiría que el derecho fundamental a negociar colectivamente pueda ser eficazmente ejercido por un espectro mucho más amplio de trabajadores, haciendo efectiva la función constitucional del Estado consistente en “organizar la autonomía colectiva, según criterios no sólo de libertad, sino también de posibilidad e iniciativa reales”⁶⁶⁶. Por todo lo expuesto, resulta preciso

⁶⁶² ALEXY, Robert. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. México, 2009, No. 11, enero-junio; p. 8.

⁶⁶³ RUBIO CORREA, Marcial. *Óp. cit.*; p. 31.

⁶⁶⁴ Fundamento 6 de la STC del Exp. 2235-2004-AA/TC.

⁶⁶⁵ Artículo 4, inciso 1 de la Recomendación 163.

⁶⁶⁶ VALDÉS DAL-RE, Fernando. “La negociación colectiva...”; p. 479.

concluir que la regulación propuesta cumple con el requisito de razonabilidad, toda vez que el fin que se persigue con su emisión goza de legitimidad y de rango constitucional, por lo que su justificación jurídica guarda plena conformidad con los estándares dispuestos por este principio jurisprudencial.

Ahora bien, con relación al test de proporcionalidad, debe examinarse si la propuesta supera los exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En cuanto al subprincipio de idoneidad o adecuación, este “consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, ente el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una *relación medio-fin*”⁶⁶⁷. Así, al tratarse de una “optimización relativa a las posibilidades materiales”⁶⁶⁸, debe determinarse si, en el contexto nacional, una reforma legislativa en el sentido propuesto podría cumplir el propósito de fomentar la negociación colectiva, a través del incentivo a que los trabajadores inicien procedimientos negociales en unidades que puedan ser superiores a la empresarial.

Retomando la lógica de la función promocional del derecho, esta injerencia legal en las relaciones colectivas se adecuaría más al concepto de un *incentivo puro*, debido a que la misma busca favorecer la realización de una actividad específica –el emplazamiento a negociar en niveles alternativos– “creando o incrementando el interés particular del destinatario en realizarla, por su propio provecho”⁶⁶⁹. En dicha medida, en un país caracterizado históricamente por su estructura negocial hiperdescentralizada y por una cultura patronal reacia a su alteración, es claro que el interés de los trabajadores por organizarse y promover negociaciones en niveles supraempresariales aumentaría si la norma fortaleciera las posibilidades de eficacia de estos procedimientos.

Siendo esto así, la propuesta de someter el nivel de negociación a la voluntad de la parte trabajadora, al eliminar las barreras que impiden una mayor centralización de la negociación y una elevación de los índices de cobertura negocial, cumple efectivamente con fomentar la negociación colectiva y con garantizar el ejercicio eficaz de este derecho fundamental. En consecuencia, se verifica la existencia de una relación *medio-fin* que logra optimizar el subprincipio de idoneidad o adecuación, por lo que la medida aprobaría el primer examen asociado al juicio de ponderación.

⁶⁶⁷ Fundamento 38 de la STC del Exp. 00045/2004-AI/TC.

⁶⁶⁸ ALEXY, Robert. *Loc. cit.*

⁶⁶⁹ PÉREZ LLEDÓ, Juan. *Óp. cit.*; p. 678.

En relación al subprincipio de necesidad, para su examen “ha de analizarse si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una *relación medio-medio*, esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin”⁶⁷⁰. De esta manera, se deberá revisar si han existido propuestas alternativas para solucionar la problemática referida a nuestra estructura atomizada y a las deficiencias normativas relativas a la elección del nivel de negociación, para determinar si las mismas cumplen con el fin trazado y resultan, a su vez, menos lesivas a los principios asociados a la negociación colectiva.

Con oportunidad de la emisión de la primera versión de la LRCT, Lovatón ensayó dos propuestas de reforma: una de ellas asimilable, a grandes rasgos, a la tesis aquí defendida, disponiendo que, a falta de acuerdo sobre el nivel, prevalecería la voluntad de los trabajadores; la otra, perceptiblemente más polémica, “plantea que, habida cuenta de la necesidad de impulsar la negociación colectiva hacia niveles más extensos como una de las mejores formas de promoverla, es válido que la legislación establezca que, a falta de acuerdo entre las partes en la determinación del nivel negocial, éste será el de rama de actividad”⁶⁷¹.

El problema con este segundo planteamiento es que no solo intensifica la intervención sobre la libertad de las partes (en comparación con el primero), lo cual de por sí es suficiente para que desapruébe esta etapa del examen, sino que básicamente reitera las anomalías de la regulación vigente, supliendo el elemento volitivo de la determinación del nivel por un designio estatal que –en más de un caso– puede resultar arbitrario o hasta perjudicial para los intereses de las organizaciones sindicales. Sustraer este juicio de valor de la esfera de decisión de los trabajadores es uno de los mayores atropellos que ha cometido el Estado en esta materia, por lo que, aunque la medida esté acompañada de fines tuitivos, su implementación tendría serios problemas de constitucionalidad y de adecuación a los fines que se busca concretar.

Por otro lado, la opción del arbitraje no solo tiene antecedentes jurisprudenciales y es parte de nuestra normativa infralegal, sino que también ha sido propuesta en alguna de las versiones del Proyecto de Ley General del Trabajo⁶⁷², cuyo artículo 343

⁶⁷⁰ Fundamento 39 de la STC del Exp. 00045/2004-AI/TC.

⁶⁷¹ LOVATÓN PALACIOS, David. *Óp. cit.*; p. 157.

⁶⁷² COMISIÓN DE EXPERTOS ENCARGADA DE REVISAR Y ACTUALIZAR EL PROYECTO DE LA LEY GENERAL DEL TRABAJO. *Ley General del Trabajo*. Lima: Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo, 2011; p. 7: “La cuestión relativa al nivel de la negociación

establece que, “[d]e no existir convenio colectivo vigente en cualquier nivel, las partes decidirán, de común acuerdo, el nivel en que entablarán la negociación. Al falta de acuerdo, el diferendo se someterá al arbitraje [...]”. Sin embargo, en este trabajo hemos hecho claras nuestras objeciones al arbitraje como medio para resolver estas deficiencias estructurales, en el sentido de que no es una solución directa y presenta desincentivos a su utilización, tales como los costos que demanda y los cuestionamientos frecuentes a la imparcialidad de los árbitros.

En función de lo expresado en el párrafo anterior, es razonable concluir que, pese a que es una opción menos impositiva que la defendida en estas líneas, el arbitraje –en cualquiera de sus modalidades– no termina de cumplir con los fines constitucionales trazados. Por otro lado, continuando con los mecanismos legales que abordan el conflicto laboral, no se puede ignorar el rol que juega otra de las instituciones clave de las relaciones colectivas cuando se presenta cualquier clase de controversia entre las partes: el derecho de huelga. En teoría, la autotutela colectiva debería fungir como medio de presión en caso los empleadores no deseen negociar en el nivel solicitado por los trabajadores, y de darse, ello consistiría en el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, por lo que su validez no puede ser cuestionada.

Sin perjuicio de lo anterior, existe un conjunto de razones que hacen de la huelga una medida inidónea para lidiar con el problema de la determinación del nivel negocial. Una de ellas estaría vinculada a su tratamiento legal, el cual, como fue analizado en el primer capítulo, “se adscribe a modelo casi *contractual*, [...] con requisitos muy exigentes (mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa o unidad) e ilegalizando todas las modalidades de huelga que no consistan en la suspensión total de actividades, con abandono del centro de trabajo y para fines estrictamente profesionales”⁶⁷³. Ahora bien, ¿una reforma legal que suprima estas restricciones bastaría para que la huelga pueda cumplir con los fines planteados?

Para responder esta pregunta, se deben considerar los criterios jurisprudenciales previamente expuestos sobre la relación entre el derecho de huelga y el conflicto laboral: siendo que “el derecho de huelga debe ser reconocido (y en esa medida, respetado y garantizado), pero no promovido o fomentado”⁶⁷⁴, no parece aceptable la

colectiva se ha resuelto en base al criterio trazado en la sentencia recaída en el Exp. 03561-2010-AA/TC, conforme al cual la diferencia entre las partes para establecer dicho nivel en la primera negociación debe someterse al arbitraje”.

⁶⁷³ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “El modelo de relaciones...”; p. 559.

⁶⁷⁴ Fundamento 8 de la Resolución Aclaratoria recaída en el Exp. 03561-2009-AA/TC.

idea de que el reforzamiento jurídico de esta medida, “representativa de la agudización del desacuerdo con el empleador y, consecuentemente, denotativa de haberse llegado a un tramo álgido del conflicto”⁶⁷⁵, sea la única garantía otorgada a los trabajadores para que la negociación se lleve a cabo en el nivel que estos deseen promover.

Antes bien, el Estado defiende una “concepción, subyacente en la Constitución, de que [el conflicto laboral] debe ser resuelto y no permanecer abierto, por ser ello contrario a la paz social”⁶⁷⁶; por esta razón, si bien es cierto que el gobierno tiene una obligación pendiente de adecuar la regulación de la huelga a los estándares internacionalmente aceptados, este deber no enerva la necesidad de que el legislador prevea a su vez mecanismos que eviten la prolongación innecesaria del conflicto. Ello, pues, convierte a la huelga en un medio impropio para satisfacer la necesidad de fomentar la negociación en niveles alternativos al de empresa.

En base a todas estas consideraciones, habiendo determinado que ninguna de las instituciones recopiladas cumple de la misma forma con viabilizar la negociación en niveles que se adecúen a los intereses del trabajador y –a la vez– ser menos lesivas de los derechos en juego, es pertinente concluir que la propuesta de que los trabajadores elijan unilateralmente el nivel de la negociación satisface el subprincipio de necesidad, dándose así por cerrado el segundo tramo del juicio de ponderación.

En lo concerniente al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, la jurisprudencia ha sostenido que, “para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental”⁶⁷⁷. La máxima que subyace a este principio es la formulada por Alexy: “[c]omo alto sea el grado de cumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro”⁶⁷⁸.

Si la primera fase para la determinación del cumplimiento de este subprincipio consiste en constatar el grado de incumplimiento de un principio, debe determinarse claramente

⁶⁷⁵ Fundamento 7 de la Resolución Aclaratoria recaída en el Exp. 03561-2009-AA/TC.

⁶⁷⁶ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “Naturaleza, rol y dificultades del arbitraje en la negociación colectiva”. *Libro homenaje a Mario Pasco Cosmópolis*. Lima: SPDTSS, 2015; p. 173.

⁶⁷⁷ Fundamento 109 de la STC del Exp. 050-2004-AI/TC.

⁶⁷⁸ ALEXY, Robert. *Óp. cit.*; p. 9.

cuál es el valor constitucional sobre el cual se configura una injerencia: en este caso, el principio de negociación libre y voluntaria, o más precisamente, su aplicación a la determinación del nivel de negociación. Evidentemente, este principio tiene una base en el concepto de la autonomía privada, el cual faculta a los sujetos privados a “autorreglamentar sus propias relaciones” y a “decidir con autonomía si, cuándo y cómo constituir cualquier relación que tenga por objeto una prestación y qué contenido darle, así como modificar o extinguir las relaciones preexistentes”⁶⁷⁹.

Como ha sido materia de estudio, la autonomía y la voluntariedad de la negociación son elementos básicos para su desarrollo, según lo dispuesto por instrumentos internacionales como el Convenio 98 de la OIT, y los órganos de control han extendido estos criterios a estándares decisivamente elevados, como es el caso de la permisividad con la que facilitan el supuesto de que los empleadores se nieguen a negociar en un nivel determinado⁶⁸⁰. En dicha medida, si bien se han puesto de relieve algunos de los peligros que implicaría la suscripción plena y acrítica de estas recomendaciones en nuestro ordenamiento, existe un factor jurídico esencial que aún no ha sido explorado y merece particular atención para el presente análisis.

La razón más evidente para cuestionar la obligatoriedad de las interpretaciones vertidas por estos órganos de control en los Estados miembros es que son instrumentos propios del *soft-law*, pues su naturaleza de recomendaciones impide que los pronunciamientos emitidos en su seno sean exigibles por sí mismos en los ordenamientos nacionales. En este sentido, Mejía ha sostenido que el impacto que ha tenido la jurisprudencia del CLS “se debe más a un poder de persuasión derivado de la reputación y autoridad que desde su reacción se ha ganado en materia de libertad sindical, que a un poder jurídico que le permite obligar a los Estados miembros a aceptar sus conclusiones y cumplir con sus recomendaciones”⁶⁸¹.

Lo anterior se colige, en primer lugar, del derecho local, en el sentido de que la jurisprudencia del TC ha establecido en la sentencia recaída en el Exp. 00026-2007-PI/TC que, en consideración del hecho de que nuestro país ha ratificado los Convenios 87 y 98, y de que los mismos constituyen “cláusulas hermenéuticas conforme a los

⁶⁷⁹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. “Contrato y libertad contractual”. *Themis*. Lima, 2004, No. 49; p. 9.

⁶⁸⁰ *Supra* 521.

⁶⁸¹ MEJÍA MADRID, Renato. “Los mecanismos especiales de control de la Organización Internacional del Trabajo en materia de libertad sindical”. *Derecho y Sociedad*. Lima, 2008, No. 30; p. 118.

cuales deben ser interpretados los derechos y libertades que la Constitución reconoce” (fundamento 20), “la interpretación dada a lo dispuesto en los referidos convenios por el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT [...] reviste el carácter de *soft law* para el derecho interno” (fundamento 21).

En segundo lugar, la propia naturaleza y funcionalidad de los órganos de control aparta a sus recomendaciones de ser vinculantes para la normativa interna de los Estados miembros, pues “por la naturaleza de su trabajo, son llamados a indicar el significado dado por ellos a las normas internacionales del trabajo y consecuentemente a proveer interpretaciones que no son, sin embargo, autoritativas”⁶⁸². En similar sentido se ha pronunciado Beaudonnet, quien sostiene que:

*“la fuerza vinculante de comentarios y recomendaciones de los órganos de control no se desprende directamente de la Constitución de la OIT ni de cualquier otro texto de la Organización. Asimismo, no está dentro de las funciones de los órganos de control, el dar una interpretación definitiva a los tratados cuyo cumplimiento deben fiscalizar. De hecho, el único ente facultado por la Constitución de la OIT para llevar a cabo esta tarea, es la Corte Internacional de Justicia”*⁶⁸³.

Pese a ello, cabe precisar que el citado autor menciona otros elementos que, como la perspectiva autorizada de los miembros de los órganos de control, la presunción de validez de sus comentarios y la buena fe en los tratados internacionales⁶⁸⁴, conferirían a estos instrumentos un valor jurídico distinto al de meras recomendaciones de carácter moral. Sin embargo, también es cierto que, detrás de muchas de las posiciones defendidas en los organismos vinculados a la OIT, particularmente las que abogan por la bilateralidad de los derechos asociados a la libertad sindical, existen razones políticas que son “ajenas a la dogmática jurídica”⁶⁸⁵, por lo que en tales casos la solidez jurídica de sus interpretaciones requiere de una lectura matizada.

Sin perjuicio de lo anterior, también es cierto que “el juez nacional puede hacer suyos los pronunciamientos del CLS a fin de hacerlos vinculantes al interpretar normas sobre libertad sindical”⁶⁸⁶, y así lo habría hecho el TC, con ciertas contradicciones, en la sentencia del Caso Portuarios, donde incorporó a su análisis los principios de

⁶⁸² SERVAIS, Jean-Michel. *Derecho Internacional del Trabajo*. Buenos Aires: Heliasta, 2011; p. 72.

⁶⁸³ BEAUDONNET, Xavier. *Derecho internacional del trabajo y derecho interno*. Turín: Centro Internacional de Formación de la OIT, 2009; p. 93.

⁶⁸⁴ *Ibidem.*; pp. 93-95.

⁶⁸⁵ ERMIDA URIARTE, Oscar. “Crítica de la libertad sindical”; p. 41.

⁶⁸⁶ MEJÍA MADRID, Renato. *Óp. cit.*; p. 119.

negociación libre y voluntaria, libertad para decidir el nivel de negociación y buena fe desarrollados por el CLS. No obstante, es importante señalar que en el seno del propio TC se han hecho manifiestas algunas de las ambigüedades y confusiones a las que se presta la interpretación constitucional actual del derecho a la negociación colectiva.

Lo anterior se refleja, por ejemplo, en el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña en la sentencia recaída en el Exp. 06518-2013-AA/TC, donde sostiene que:

“[...] 2. En primer lugar, considero que es necesario que el Tribunal Constitucional precise con mayor claridad los alcances de la negociación colectiva en tanto que derecho fundamental. Así, por ejemplo, debemos analizar con mayor detalle el asunto de la titularidad de este derecho o, cuando menos, de la legitimidad para demandar, teniendo en cuenta que en este caso quién ha presentado la demanda es la parte empleadora. Del hecho de que la negociación colectiva implique también a la parte empleadora no se desprende inmediatamente que esta sea igualmente titular del derecho [...]

3. También en relación con los alcances de la negociación colectiva, verifico que el Tribunal Constitucional ha afirmado en su jurisprudencia «el principio de negociación libre y voluntaria» y, a la vez, ha extendido de manera analógica la existencia del «arbitraje potestativo» para hechos inicialmente no regulados expresamente con dicha modalidad. Al respecto, e independientemente de que hoy ya exista regulación expresa sobre la materia, considero que lo señalado por el Tribunal al delinear la autonomía de las partes en el marco de una negociación colectiva, e incluso al precisar que el Estado puede regular mecanismos de «auxilio» o «favorecimiento» a la negociación, no se ha visto debidamente reflejado en las posiciones iusfundamentales que formarían parte de este derecho sobre la base del mencionado principio «de negociación libre y voluntaria».

4. Estas posiciones iusfundamentales son, a saber: «a) la libertad para negociar, entendida como la libertad de elegir entre acudir o no a negociar y de negociar con una o con otra organización sindical, y b) la libertad para convenir, entendida como la libertad para ponerse o no de acuerdo durante la negociación» [...] Esto ciertamente no es inocuo, pues no es lo mismo interpretar el arbitraje potestativo como una restricción o como un ámbito protegido por el derecho (por ejemplo, vinculado a su dimensión prestacional) [...]”.

En efecto, aun pese a que el TC no ha pasado del todo por alto la importancia de otorgarle contenido al derecho de negociación colectiva, así como de adecuarlo a los criterios establecidos internacionalmente, es al interior del propio colegiado que se ha planteado la necesidad de aclarar sus alcances, dado que su aplicación y ejercicio no han sido tratados con un grado de uniformidad suficiente como para otorgarle certeza a los operadores jurídicos que tengan la labor de interpretarla en los casos concretos.

Al respecto, si bien dicha tarea ameritaría una labor mucho más ardua de reflexión sobre sus instituciones, para los efectos de la presente sección creemos importante remitirnos al desarrollo de los principios asociados a este derecho y a la intensidad que precisa la interpretación de los mismos en nuestro ordenamiento.

Como cuestión previa, el aspecto relativo a la titularidad de este derecho ha sido previamente abordado en este trabajo, en el sentido de que, al ser los trabajadores beneficiarios de la pretensión de negociar colectivamente, y al tener los empleadores un correlativo deber de participar en la negociación, no parecería jurídicamente coherente caracterizar a la negociación colectiva como un *derecho* de la parte patronal, y menos aún como un derecho susceptible de tutela por la vía de una acción de amparo. A ello se le debe sumar la conceptualización de la negociación colectiva como un derecho que se deriva del espacio reivindicativo propiciado por la libertad sindical⁶⁸⁷, la cual por su propia naturaleza es un instrumento de tutela laboral.

No obstante lo anterior, y pese a que en la doctrina comparada la posición expuesta no sea pacífica⁶⁸⁸, donde sí existe unanimidad de criterio es en el hecho de que, dada la propia naturaleza de la autonomía colectiva⁶⁸⁹, los empleadores disponen de una serie de facultades dentro del procedimiento negocial que no pueden ser soslayadas por el legislador ni por la Administración; de ahí la relevancia del principio de negociación libre y voluntaria, el cual posibilita que tales facultades puedan ser propiamente ejercidas. Es por ello que, ante el válido cuestionamiento del magistrado Espinosa-Saldaña sobre la aplicabilidad de este principio en el ordenamiento, la respuesta, en principio, ha de ser indefectiblemente positiva.

Sin embargo, el fondo del problema formulado por Espinosa-Saldaña yace, más bien, en lo que él denomina las *posiciones iusfundamentales* que integran el principio de negociación libre y voluntaria, entre las cuales se encuentran la libertad para negociar y la libertad para convenir. Sobre el particular, a pesar de que el TC no hizo salvedad alguna al momento de enunciar la vigencia de ambas libertades como elementos que configurarían una negociación libre y voluntaria, existen suficientes elementos en nuestro ordenamiento y en sus propios pronunciamientos jurisprudenciales para

⁶⁸⁷ OJEDA AVILÈS, Antonio. "La libertad sindical"; p. 350.

⁶⁸⁸ GERNIGON, Bernard, Horacio GUIDO y Alberto ODERO. *Óp. cit.*; p. 55: "La titularidad del derecho de negociación colectiva corresponde a los empleadores y sus organizaciones por una parte y a las organizaciones de trabajadores por otra".

⁶⁸⁹ Definida por VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. "El principio..."; p. 34; como "el elenco de *facultades* de que disponen las organizaciones de trabajadores y empresarios, para regular conjuntamente sus intereses (contrapuestos o coincidentes)" (énfasis agregado).

concluir que, ante la posibilidad de que se presenten abusos en su ejercicio, ninguna de estas libertades puede ser interpretada de manera absoluta.

Pese a ello, los pronunciamientos del CLS tienden a carecer de matiz al referirse a la libertad de negociación, pues no solo permiten la libre negativa del empleador a negociar con un sindicato en particular, sino que contemplan la opción “de que ambas [partes] no se pongan de acuerdo durante las deliberaciones, independientemente – parece– de que exista o no buena fe”⁶⁹⁰. Todo indica que esta orientación parte de una concepción *ideal* de las relaciones colectivas, en la que la disparidad de fuerzas es mucho más limitada y los mecanismos de presión tienen mayor espacio de acción y eficacia, por lo que, más allá de que el ejercicio pleno de estas libertades es una meta a la que debería aspirar todo sistema de relaciones colectivas, es una opción que no podría ser implementada dentro de un modelo negocial pueril como el nuestro.

Con estas consideraciones, conviene hacer una interpretación propia de los alcances de la negociación libre y voluntaria. En este sentido, tomando como referencia el principio que la inspira, esto es, la autonomía de la voluntad, el TC le confiere a este concepto un doble contenido: i) la libertad de contratar, “que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata”; y, ii) la libertad de configuración interna, “que es la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido del contrato”⁶⁹¹.

Asimilando estos elementos a la negociación colectiva, la libertad de contratar es equiparable a la libertad de negociación formulada por el CLS, y en dicha medida, con la presencia de herramientas que buscan garantizar la eficacia de la negociación como el deber de negociar y la proscripción de la mala fe, su ejercicio se ve necesariamente relativizado, no solo en nuestro país, sino en la mayoría de ordenamientos con rasgos promocionales. La razón de ello parece ser que, antes que tener injerencia sobre la negociación en sí misma, se procura intervenir en las condiciones que propician su realización⁶⁹², para efectos de que, una vez asegurada esta última, las partes puedan actuar con plena autonomía en la configuración de los convenios colectivos.

⁶⁹⁰ DIÉGUEZ CUERVO, Gonzalo. “La negociación colectiva en las resoluciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT”. *Revista de Política Social*. Madrid, 1976, No. 112; p. 42.

⁶⁹¹ Fundamento 52 de la STC de los Exp. 00026-2008-PI/TC y 00028-2008-PI/TC (acumulados).

⁶⁹² CANESSA MONTEJO, Miguel. *Colombia: La negociación sectorial o por rama de actividad*. Bogotá: RELATS, 2015; p. 22: “En un sistema democrático de relaciones laborales, la normativa estatal cumple un rol de fomento a la negociación colectiva por lo que su regulación se centra en las normas de organización y en el otorgamiento de las garantías para su cumplimiento, sin invadir la definición de los contenidos del convenio colectivo”.

La fijación del nivel de negociación, al presentarse como una de estas condiciones previas en las que ha de llevarse a cabo el procedimiento⁶⁹³, es uno de los espacios en los que se desarrolla este aspecto de la libertad de negociación, bajo la concepción dual que estamos asumiendo. En consecuencia, cuando existen circunstancias relacionadas directamente a la estructura negocial que impidan la optimización del derecho fundamental a la negociación colectiva, una intervención promocional que se enfoque en los problemas asociados a este elemento puede ser legítima, mas no lo sería, a nuestro criterio, si la intervención versara sobre la negociación en su dimensión de configuración interna, esto es, sobre el contenido de los convenios.

Señaladas estas premisas, se puede afirmar que, en los términos del examen de proporcionalidad, la propuesta de que sea la parte trabajadora quien fije unilateralmente el nivel de negociación produce una afectación en la libertad de negociar de la parte empleadora, al sustraer de su esfera de decisión la determinación de la unidad negocial, colisionando así con esta dimensión del principio de negociación libre y voluntaria; afectación que, por lo demás, intensifica el ratio de intervención ya ocupado por el deber de negociar. Sin embargo, si bien es una medida que reduce las facultades del empleador, no lo despoja de las libertades esenciales de las que dispone para participar en un esquema de autonomía colectiva.

Por otro lado, el principio constitucional que se busca cumplir con esta medida es, como ya ha sido expuesto, el deber estatal de fomento de la negociación colectiva, así como el aseguramiento del ejercicio eficaz de este derecho fundamental. El hecho de que la estructura de la negociación colectiva sea uno de los elementos determinantes para el acceso de un número importante de colectividades laborales supone también un problema de igualdad, el cual ha sido planteado de la siguiente manera:

“La desigualdad de acceso a la representación colectiva plantea, pues, dos problemas: pone en tela de juicio la «efectividad» interna de la negociación colectiva y refuerza y puede llegar a agravar la desigualdad que padecen los colectivos tradicionalmente discriminados. Por consiguiente, la desigualdad en cuanto al disfrute de la representación colectiva debilita en gran medida los fundamentos que defienden la negociación colectiva clásica, sobre todo si los mecanismos en que se basa ésta favorecen a los trabajadores más privilegiados en detrimento de los demás”⁶⁹⁴.

⁶⁹³ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “La estructura...”; p. 24: “[L]a determinación del ámbito negocial es una «materia previa», un «presupuesto» de la propia negociación colectiva”.

⁶⁹⁴ BLACKETT, Adelle y Colleen SHEPPARD. *Óp. cit.*; p. 463.

Fueron estas consideraciones relacionadas a las desigualdades de hecho registradas en nuestras relaciones colectivas las que condujeron al TC a otorgar el ya mencionado *plus de tutela* en la sentencia del Caso CAPECO, donde, más que fijar discrecionalmente el nivel de negociación por la vía heterónoma, lo que hizo fue garantizar que la Federación de Trabajadores en Construcción Civil pueda negociar en el nivel que había planteado inicialmente. La distinción es relevante, pues esta medida implicó un reconocimiento del Alto Tribunal a la autodeterminación funcional⁶⁹⁵ de la parte sindical, en razón de las condiciones objetivas que justificaban la realización de una negociación en el nivel de rama de actividad.

Empero, el *plus de tutela* fue otorgado en un marco de excepción, y la propuesta defendida consiste en una reforma legal con vocación de generalidad. De esta manera, la intervención legal guarda un grado de intensidad considerable, pero resulta siendo el necesario para permitir que los trabajadores superen esta traba institucional constituida por el conflicto pre-negocial, más aún cuando las condiciones de hecho—aquellas que habilitaron la dación del *plus de tutela* en su oportunidad— demuestran que, más allá de que no toda prestación laboral tenga las particularidades que caracterizan al trabajo en construcción civil o en la estiba portuaria, es al momento de determinar el nivel negocial donde, o bien se pueden frustrar las negociaciones, o bien se excluye a numerosos trabajadores de la posibilidad de iniciarlas.

Siendo que la medida busca corregir las deficiencias propiciadas por la norma y el sistema *de facto* que impera en nuestras relaciones colectivas, mediante un rompimiento con el esquema ideal o —en los términos de Blackett y Sheppard— *clásico* de la negociación, su posicionamiento en el ordenamiento jurídico debe ser temporal, pues otorgarle un carácter permanente supondría una desnaturalización de su función promocional; ello, pues al procurar romper con el desequilibrio contractual y las dificultades de acceso a la negociación que presenta el panorama actual, dejaría de ser necesaria una vez que estas falencias se hayan visto superadas.

En consecuencia, habiéndose verificado que, asignando a los trabajadores la determinación del nivel de negociación, se cumple con los principios señalados, induciendo a que los sujetos sociales “orienten su actuación hacia un escenario en el que se facilite las distintas posibilidades de actuación supraempresarial, con el fin de preservar los equilibrios básicos del Estado constitucional y democrático que hemos

⁶⁹⁵ Supra 530.

adoptado⁶⁹⁶, se puede concluir que, a pesar de que la medida consiste en una injerencia clara sobre el principio de negociación libre y voluntaria, en su dimensión de libre determinación del nivel de negociación, tal injerencia se produce funcionalmente al amparo del deber estatal de fomentar la negociación y de la igualdad que amerita el acceso al ejercicio eficaz de este derecho fundamental.

A nuestro criterio, la intensidad en el cumplimiento de los principios señalados es decisivamente superior a la intensidad en la intervención de las libertades del empleador, toda vez que no supone un perjuicio en su libertad de configuración del convenio colectivo, sino que refuerza su deber de negociar al emplazarlo a participar de la negociación en el nivel designado por los trabajadores. En dicha medida, la propuesta planteada también supera el examen de proporcionalidad, por lo que, una vez analizados los tres elementos del juicio de ponderación, se deberá tener por aprobado al mismo, con lo que se corrobora la constitucionalidad de la medida y, por consiguiente, la viabilidad de que sea implementada en el ordenamiento.

4. Propuesta: La necesidad de una opción legislativa promocional y garantista en relación a la estructura de la negociación colectiva

Sentados los objetivos que debería perseguir la norma, en esta sección del trabajo se diseñará su formulación específica. Para ello, nos ocuparemos de la elección del nivel de negociación colectiva tanto en el supuesto de primera negociación como frente a la presencia de convenios colectivos preexistentes. Asimismo, dado que la dación de esta norma apuntaría a un sistema negocial más complejo y vertebrado, se deberán incluir algunos aspectos normativos referidos a la articulación de los convenios y su concurrencia. Finalmente, se deberá abordar el respaldo institucional que precisa la implementación de esta reforma legal, por lo cual se planteará la creación de la Comisión Nacional de Convenios Colectivos, cuyas funciones, composición y el procedimiento para su actuación serán delimitados pertinentemente.

4.1. Elección del nivel de negociación

En cuanto a la determinación de la unidad negocial frente al supuesto de primera negociación, habida cuenta de lo expresado en el primer párrafo del artículo 45 de la LRCT, planteamos nuestra propuesta en los términos siguientes:

⁶⁹⁶ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “Atomización y disfuncionalidad...”; p. 220.

“Si no existe previamente un convenio colectivo en cualquier nivel, la organización u organizaciones sindicales serán las que determinen en forma autónoma el nivel en que se entablará la primera negociación.”

La propuesta indicada no es precisamente inédita: una de las versiones del Anteproyecto de Ley General del Trabajo, presentada en julio del año 2002, la misma que consagró entre sus principios que “[n]o constituyen discriminación las acciones adoptadas por el Estado destinadas a lograr una igualación efectiva entre diversas colectividades que tengan notorias desigualdades materiales”, así como el “[f]omento de la autonomía colectiva como instrumento de regulación equilibrada de las relaciones laborales y generación de paz social”⁶⁹⁷, estipulaba que, “[s]i no existe un convenio colectivo vigente en determinado ámbito de negociación, los trabajadores deciden autónomamente el nivel en que la entablarán”⁶⁹⁸.

El fundamento de la reforma planteada ha sido extensivamente desarrollado en el presente trabajo: funciona bajo la premisa de que las colectividades laborales que nunca han negociado colectivamente en ámbito alguno se han visto privadas de ello por circunstancias históricas, estructurales e institucionales que no podrían ser revertidas en el marco vigente de negociación descentralizada. Es por ello que esta potestad solo procede en el supuesto de una primera negociación, al ser este tipo de escenarios los que ameritan una intervención legal tuitiva de mayor intensidad, y donde la autonomía que se precisa otorgar a los trabajadores debe operar en toda su plenitud para posibilitar la transición hacia negociaciones de mayor alcance.

La potestad se le otorga a la organización sindical (que puede incluir a federaciones y a confederaciones) o a las organizaciones sindicales en plural, en caso distintos colectivos se unan para efectos alcanzar el criterio legal de mayor representatividad. Asimismo, es evidente que, en el supuesto de que se negocie en una empresa donde no se haya constituido sindicato alguno, los delegados de los trabajadores también se encontrarían facultados a determinar si la negociación versará sobre la empresa en su totalidad o sobre una sección, categoría o establecimiento de la misma; sin embargo, dado que la norma apuntala a centralizar e institucionalizar la representación sindical, la mención a estas vías menos formales de representación no seguiría dicha línea.

⁶⁹⁷ COMISIÓN DE TRABAJO DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA. *Anteproyecto de la Ley General de Trabajo*. Lima: Congreso de la República, 2002; p. 2.

⁶⁹⁸ *Ibidem*; p. 96.

En lo relativo a la determinación del nivel de negociación frente al supuesto de que exista un convenio anterior en un nivel distinto, nuestra propuesta sugiere lo siguiente:

“En caso exista convenio en algún nivel, para entablar una negociación en un nivel distinto de forma complementaria o sustitutoria es necesario el acuerdo de partes. En caso las partes no arribasen a un acuerdo sobre el particular, la controversia será resuelta como cuestión previa ante la Comisión Nacional de Convenios Colectivos.”

Esta propuesta también ha encontrado asidero en el Anteproyecto de la Ley General del Trabajo, al menos en el sentido de que dispone una solución heterónoma en caso las partes no arribasen a un acuerdo, pues el mismo preveía que, “[d]e existir convenio en algún nivel, para que sea sustituido o complementado por otro de un nivel distinto se requiere el acuerdo de partes. De no lograrse, la controversia será resuelta como cuestión previa en la forma prevista por el artículo 362^{o699} y siguientes”⁷⁰⁰. En este caso, los trabajadores –o, al menos, un fragmento de estos– cuentan con suficiente poder negocial para gozar del antecedente de una negociación fructífera, mas en caso tengan la voluntad de negociar en otro nivel, la falta de acuerdo no debería conducir a la petrificación de la estructura (de la forma en que lo hace la norma actual).

Por ejemplo, si los trabajadores que previamente han sido beneficiarios de un convenio de empresa desean extender las condiciones pactadas en él mediante una negociación de mayor envergadura, como lo sería una negociación sectorial de alcance provincial o nacional, ciertamente requerirían de mecanismos de fomento que hagan posible dicho cambio. No obstante, la intensidad de la intervención estatal en este caso sería desproporcionada si se le otorgaran las mismas prerrogativas a la organización sindical que en el supuesto anterior, pues en este caso sí han podido negociar exitosamente, por lo que quedaría probado que el conflicto pre-negocial no

⁶⁹⁹ Artículo 362.- Sometimiento a arbitraje

Cualquiera de las partes puede proponer el sometimiento del diferendo a arbitraje al término de la negociación directa o de la conciliación, sin perjuicio de recurrir, en forma alternativa o sucesiva, a otros medios pacíficos de solución. Si la propuesta es de los trabajadores, los representantes del empleador deben designar árbitro dentro de los diez (10) días siguientes. Igual deben hacerlo los representantes de los trabajadores cuando la propuesta es de los empleadores, salvo que aquellos opten, dentro del mismo plazo, por recurrir a la huelga.

Si ninguna de las partes actúa en los términos previstos en el párrafo anterior, cualquiera de ellas puede solicitar la intervención arbitral de la autoridad administrativa de trabajo que se sujetará a lo previsto en los artículos siguientes.

En caso que los trabajadores hayan optado por la huelga, podrán proponer por escrito al empleador el sometimiento de la controversia a arbitraje, requiriéndose la aceptación escrita de éste. Si el empleador no diera respuesta por escrito a la propuesta de los trabajadores en el término del tercer día hábil de recibida aquélla, se tendrá por aceptada dicha propuesta.

⁷⁰⁰ *Ídem.*

ha sido una traba suficiente para impedir dicho objetivo, siendo por ello su eliminación un despropósito en desmedro de las libertades de los empleadores.

La determinación de la modificación del nivel negocial de cargo de un tercero imparcial es una medida mucho más ajustada a las necesidades de los trabajadores ubicados en este escenario. Ello es así porque aquí la unidad negocial alternativa no se presenta como un determinante de la eficacia de la negociación ni supone un problema de acceso a la misma, mas, en paralelo, debe ser una opción viable para los trabajadores que, en virtud de la regulación actual, se han visto privados de ella; por ello, la simple negativa del empleador de modificar el nivel negocial tampoco debería bastar para desestimarla. Son estas las consideraciones que, por consiguiente, favorecen una vía heterónoma para resolver estos supuestos.

En relación a la institución encargada de resolver estas controversias, consideramos que, antes que el nombramiento de un tribunal arbitral ad-hoc designado por las partes y, por tanto, propenso a defender los intereses de cada una⁷⁰¹, resulta necesario fortalecer el cumplimiento y la legitimidad de la reforma mediante la conformación de una entidad especializada, de composición tripartita, que le otorgue el respaldo institucional, técnico y funcional requerido a la norma. Son estas circunstancias las que nos llevan a plantear la creación de la Comisión Nacional de Convenios Colectivos, cuyo rol en este esquema de promoción de la autonomía colectiva y su funcionamiento merece un espacio propio de reflexión.

Antes de ello, se debe aclarar que, en aras de asegurar la proporcionalidad de la medida propuesta, la norma promocional ha de tener una vigencia de diez (10) años; ello, en la medida de que una transformación de la estructura sindical y negocial demanda un proceso complejo y prolongado, por lo que una norma que lo respalde debe disponer de una extensión temporal lo suficientemente amplia para cumplir tales objetivos. La medición de este cumplimiento debe incluir parámetros como una densidad negocial que cubra, por lo menos, a un 50% de la población asalariada; un 90% de pliegos de reclamos anuales solucionados; un mínimo del 50% de los convenios suscritos en el país con alcance supraempresarial; entre otros.

La aspiración a una tasa del 90% de pliegos solucionados por año toma como referencia la data histórica de nuestro país; esto es, la información recopilada por el

⁷⁰¹ Supra 629.

MTPE con anterioridad a la emisión de la LRCT, donde la normativa entonces vigente apuntaba a un procedimiento dado a resultados (lo cual replicamos en la norma propuesta, con la diferencia de que, en lugar de privar a los sujetos de su autonomía en la estructuración del procedimiento negocial, se busca lograr tal objetivo mediante el fortalecimiento de los sindicatos). Por otro lado, las tasas referidas a la densidad negocial atienden a los datos registrados en el Gráfico 10 para los países con modelos centralizados de negociación, en los que más de la mitad de la población asalariada cuenta con la cobertura de un convenio colectivo.

Con posterioridad al plazo indicado, y en caso no se precisare la renovación de la norma en función de sus resultados, la falta de acuerdo sobre el nivel en una primera negociación se debería resolver, de forma similar a como lo planteamos en los casos de negociaciones con convenios preexistentes, en el marco de un organismo independiente; tal criterio, por lo demás, es el recomendado por la CEACR⁷⁰², siendo la jurisprudencia de los órganos de esta naturaleza más susceptible de aplicación local en un escenario que, como el que buscamos fomentar, presente un mayor equilibrio y autonomía real entre las fuerzas colectivas.

4.2. Articulación y concurrencia de convenios colectivos

En lo referente a este campo, en el presente trabajo se ha hecho expresa la necesidad de proveer a los sujetos sociales de un marco institucional lo suficientemente sólido para efectos de que la noción de un sistema complejo y articulado de relaciones colectivas no se reduzca a una abstracción, sino que dispongan de mecanismos para poder implementarlo en la realidad. Así, pese a que lo ideal es que sea la autonomía colectiva la que determine el funcionamiento de estos sistemas, ello no obsta a que el legislador promueva iniciativas dadas a esta estructuración y, sobre todo, establezca los criterios para resolver la concurrencia conflictiva de convenios, con el fin de evitar lagunas legales que conduzcan a las partes a la incertidumbre jurídica.

⁷⁰² OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Dar un rostro humano a la globalización*. Ginebra: OIT, 2012; p. 107: “Si bien la Comisión estima que, por lo general, el arbitraje impuesto por las autoridades a solicitud de una de las partes es contrario al principio de la negociación voluntaria de los convenios colectivos, admite una excepción en el caso de las disposiciones por las que se autoriza a las organizaciones por las que se autoriza a las organizaciones de trabajadores a entablar un procedimiento de ese tipo para la conclusión de un primer convenio colectivo. Dado que la experiencia demuestra que la conclusión de un convenio colectivo es a menudo una de las etapas más difíciles del establecimiento de relaciones laborales sanas, cabe considerar que las disposiciones de este tipo constituyen mecanismos y procedimientos destinados a promover la negociación colectiva”.

Por ello, sería poco prudente plantear una propuesta que regule una nueva forma de determinar los niveles de negociación sin que la misma vaya acompañada de una lectura más seria de las instituciones destinadas a la articulación y a la solución de conflictos de concurrencia de convenios, los cuales, precisamente junto a los ámbitos de negociación predominantes, componen el engranaje de la estructura negocial en cada país. Ello, sin embargo, no quiere decir que se hará un desarrollo extensivo de cada aspecto que concierne a las materias aludidas, toda vez que, al ser estos elementos de poca o nula exploración en nuestra realidad social, dicha tarea ameritaría una investigación independiente.

Empezando por sentar las bases de la articulación propiamente dicha, entendida como la fijación de “los «criterios de complementariedad» de las distintas unidades de negociación, es decir, criterios de coordinación jurídica de los diversos niveles de negociación”⁷⁰³, nuestra propuesta es la siguiente:

“Los convenios colectivos que operen en distintos niveles deberán ser articulados por acuerdo de partes, para lo cual los sujetos legitimados podrán definir los criterios de articulación de las materias sujetas a negociación mediante acuerdos marco sobre la estructura de la negociación de alcance provincial o nacional, o en su defecto, a través de convenios de niveles superiores al de empresa.”

Como se puede observar, el tenor de esta disposición es enteramente dispositivo a la voluntad de las partes, en quienes recae la responsabilidad de determinar los mecanismos y los criterios sobre los cuales los convenios han de complementarse mutuamente. Naturalmente, la mención de un instrumento poco recurrente en el ordenamiento intersindical local como son los acuerdos marco sobre la estructura de la negociación lleva detrás de sí el propósito de promover el recurso a estas figuras, sin perjuicio de lo cual se hace preciso el asesoramiento técnico y el equipamiento institucional de las partes para poder arribar a acuerdos de esta naturaleza; ello podría surgir en el seno del CNTPE, pues este tiene el beneficio de ser un organismo tripartito que agrupa a las centrales sindicales y empresariales más importantes del país.

Por otro lado, se debe recalcar el alcance supraempresarial de los instrumentos de articulación: pese a que, en teoría, es posible que se produzca la concurrencia entre dos convenios de empresa (sobre todo si entendemos, como parece hacerlo la

⁷⁰³ GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago y Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO FERRER. *Óp. cit.*; p. 357.

LRCT⁷⁰⁴, que las negociaciones por categoría, sección o establecimiento se adhieren todas a este mismo nivel), la norma persigue el objetivo de promover dimensiones más centralizadas de la negociación, por lo que se debe desestimar la posibilidad de fomentar espacios de micro-articulación entre las empresas y sus franjas, sin perjuicio de lo cual es posible que los convenios de rango superior establezcan competencias para estas sedes negociales. Asimismo, la lógica centralista de la norma se expresa en la extensión territorial que se procura otorgar a los acuerdos marco.

Por lo demás, este planteamiento procura ser un avance en relación a la normativa vigente, la cual, si bien estipula la necesidad de articular los convenios de distinto nivel para definir las materias a tratarse en cada uno, incurre en algunas imprecisiones conceptuales que no permiten una adecuada comprensión de la institución, al aplicar soluciones a los casos de concurrencia conflictiva y concurrencia no conflictiva de convenios como si se tratase de supuestos indistintos. Además, Villavicencio apunta que “la referencia expresa al papel del nivel empresarial resulta deficiente, puesto que cerrará posibilidades de vertebración y generará una frondosa litigiosidad cuando se busque que en la articulación participen acuerdos infraempresariales, de sección, categoría o establecimiento, ámbitos negociales claramente reconocidos por la ley”⁷⁰⁵.

Es por estas consideraciones que se ha sugerido un ámbito más amplio de distribución de competencias de cargo de los sujetos sociales, asegurándose a la vez que estos dispongan de mecanismos específicamente destinados a esta tarea articuladora. Asimismo, se hace una debida separación entre los distintos supuestos de pluralidad de convenios, proponiéndose que, frente a un escenario de concurrencia entre convenios de distinto nivel, la regulación legal disponga lo siguiente:

“En caso de concurrencia de convenios colectivos de distinto nivel, se deberá verificar si es que las partes han determinado mediante un acuerdo marco o un convenio de nivel superior al de empresa si las materias objeto de concurrencia fueron delegadas a un nivel en particular. En ausencia de tal determinación, se deberá aplicar el convenio que resulte más favorable en lo relativo a cada materia objeto de concurrencia.”

Nuevamente, esta propuesta tiene el mismo cariz promocional de la disposición que la precede, otorgando una prioridad valorativa a los convenios de rango superior que

⁷⁰⁴ Artículo 44.- La convención colectiva tendrá aplicación dentro del ámbito que las partes acuerden, que podrá ser [...] [d]e la empresa, cuando se aplique a todos los trabajadores de una empresa, o a los de una categoría, sección o establecimiento determinado de aquella [...]

⁷⁰⁵ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “La estructura...”; p. 25.

versan sobre la estructura de la negociación. Ante un escenario de concurrencia no conflictiva, lo que deberá proceder es la aplicación del principio de competencia, en virtud del cual “la ruptura de la coordinación preestablecida en el acuerdo marco [o el convenio colectivo de nivel superior] que vertebró la negociación se deberá a una invasión de competencias que no puede llevar a optar por la más favorable sino por la que tenía a su cargo la regulación de esa materia”⁷⁰⁶. Por ello, el primer paso para resolver un conflicto entre normas deberá consistir en verificar la existencia de un acuerdo propio o impropio que prevea la distribución de las materias a regularse.

Por su parte, y solo en caso se haya determinado la inexistencia del acuerdo indicado en el párrafo anterior, para el segundo paso correspondería la aplicación del principio de la norma más favorable, pero con la salvedad de corregir el criterio empleado por la regulación actual, la cual recurre a la teoría del conjunto para comparar la integridad de los convenios en conflicto. En lugar de ello, la doctrina ha sugerido “establecer un sistema de comparación analítica, como la teoría de la inescindibilidad, en la que se toma como referencia a las específicas unidades o instituciones que entren en conflicto (por ejemplo, salarios, vacaciones)”⁷⁰⁷. Por esta razón, consideramos que el criterio de comparación empleado para resolver estos conflictos ha de ceñirse a cada materia discrepante, la cual es una solución mucho más moderada y realista.

Fuera de ello, en definitiva los conflictos de este orden tienden a ser mucho más complejos y heterogéneos en la realidad. Por esta razón, lo que se propone aquí únicamente son lineamientos y principios generales que se deberán tener como base para afrontar estos escenarios, los cuales oportunamente merecerían un desarrollo jurisprudencial que aborde la lista abierta de supuestos que el fenómeno de la concurrencia puede traer consigo. Nuevamente, la labor de resolver estos conflictos y de uniformizar los criterios de interpretación que acompañan a los principios detrás de ellos debería pesar sobre un organismo especializado, por lo que es oportuno proceder a elaborar el marco normativo en el que ha de desenvolverse nuestra propuesta de crear la Comisión Nacional de Convenios Colectivos.

4.3. Creación de la Comisión Nacional de Convenios Colectivos

En la actualidad, los trámites de las negociaciones colectivas se rigen por lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto Supremo 017-2012-TR, el cual establece un sistema de

⁷⁰⁶ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “Atomización y disfuncionalidad...”; p. 225.

⁷⁰⁷ BOZA PRO, Guillermo y otros. “Ley de Relaciones...”; 105.

doble instancia para las negociaciones de alcance local o regional, a efectos de que las entidades competentes se pronuncien sobre los recursos administrativos que se planteen contra las resoluciones a expedirse sobre la materia, mientras estipula un sistema de instancia única para las negociaciones de alcance suprarregional o nacional. Asimismo, procede la interposición de un recurso de revisión ante la Dirección Nacional de Trabajo cuando “se sustente en una interpretación incorrecta de las fuentes del derecho, en especial, de la jurisprudencia establecida por el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional [...]”⁷⁰⁸.

Ante este escenario, en el que una pluralidad de instancias resuelven estos procedimientos junto a otras materias, creemos que, sin negar los importantes precedentes sentados por la Dirección Nacional de Trabajo para definir algunos de los parámetros interpretativos que dan contenido al derecho de negociación colectiva, el engranaje administrativo vigente no es lo suficientemente idóneo para cautelar su ejercicio frente a los nuevos desafíos que depararía el nuevo escenario normativo. Antes bien, consideramos que la institucionalización de esta fórmula regulatoria ha de regirse por principios tales como la celeridad, la independencia, la especialización funcional, el tripartismo y, claro está, el fomento de la autonomía colectiva como instrumento primordial de ordenación de las relaciones laborales.

Es por ello que planteamos la creación de la Comisión Nacional de Convenios Colectivos (en adelante, la CNCC) como un organismo técnico especializado adscrito al MTPE, responsable de verificar el cumplimiento de la normativa vinculada a la estructura de la negociación colectiva, actuando como única instancia para resolver las controversias relacionadas a los siguientes tópicos:

- i) Los recursos de impugnación del nivel en el supuesto de primera negociación presentados por la parte empleadora.
- ii) La falta de acuerdo entre las partes sobre la procedencia de la negociación en un nuevo nivel ante la existencia de un convenio colectivo de distinto nivel.
- iii) El ámbito funcional y la eficacia personal de los convenios colectivos.
- iv) La concurrencia entre convenios colectivos y la interpretación de los instrumentos de articulación de convenios celebrados por las partes.

⁷⁰⁸ Artículo 4 del Decreto Supremo 017-2012-TR.

La configuración de la institución como organismo técnico especializado sirve a diversos propósitos. Por un lado, se basa en la necesidad de que la instancia administrativa que resuelva este tipo de controversias cuente con un nivel de autonomía suficiente⁷⁰⁹ para no depender de los vaivenes políticos e ideológicos de los gobiernos de turno; por otra parte, se busca optimizar el grado de especialización de sus operadores, con la finalidad de perfeccionar la técnica jurídica detrás de las resoluciones y desarrollar una jurisprudencia unificada y sólida sobre las instituciones a discutirse, lo cual también explica la escasez de materias sujetas a su competencia.

Evidentemente, la instancia única encuentra su fundamento en el principio de celeridad⁷¹⁰, al evitar que las partes incurran en una conducta dilatoria, tomando ventaja de los recursos administrativos disponibles para postergar la negociación; asimismo, permite asegurar el derecho de la parte trabajadora a negociar en el nivel planteado y a ejecutar los instrumentos colectivos suscritos sin trabas indebidas. Es bajo estos parámetros que afirmamos que el principio subyacente a esta alternativa institucional y procedimental es el deber estatal de fomento de la negociación colectiva, pues mediante aquella se provee a las partes de una instancia especializada, autónoma y eficaz para facilitar una negociación exitosa en marcos más objetivos de buena fe⁷¹¹, y en ámbitos cuya precisión les confiera seguridad jurídica.

En lo referido a la estructura orgánica de la CNCC, debemos separar su dimensión organizacional de la técnica. Por ley, le corresponde ser dirigida por un Consejo Directivo⁷¹², el cual será presidido por un representante elegido por los propios

⁷⁰⁹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Preocupaciones sobre los organismos administrativos independientes dentro del Poder Ejecutivo peruano". *Ius et veritas*. Lima, 2010, No. 43; p. 241: "Los Organismos Técnicos Especializados, son organismos públicos descentralizados a cargo de planificar, supervisar, y ejecutar Políticas de Estado que demandan de mayores espacios de autonomía respecto del Ministerio del Sector, para un ejercicio idóneo de su función".

⁷¹⁰ Artículo IV.9 de la Ley 27444.- "Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento".

⁷¹¹ Compreendida bajo dimensiones tales como "la designación de interlocutor válido" o "el reconocimiento de los interlocutores del co-negociante" (IGLESIAS MERRONE, Leticia. "Principales manifestaciones de la buena fe en la negociación colectiva". *Revista Derecho Laboral*. Montevideo, 2010, tomo LIII, No. 239, julio-setiembre; pp. 504-505).

⁷¹² Artículo 33 de la Ley 29158.-

Los Organismos Técnicos Especializados:

1. Están dirigidos por un Consejo Directivo.
2. Se sujetan a los lineamientos técnicos del Sector correspondiente con quien coordinan sus objetivos y estrategias.
3. Su política de gasto es aprobada por el Sector al que están adscritos, en el marco de la política general de Gobierno.

comisionados; asimismo, dado el alcance nacional y multisectorial del organismo, su Consejo Directivo será integrado por un representante del MTPE, un representante de la SUNAFIL, un representante del MEF, y un representante de la Asamblea Nacional de Gobiernos Regionales. Las funciones de este órgano han de incluir la aprobación del presupuesto, el establecimiento de lineamientos estratégicos y la evaluación periódica de los resultados y desempeño de la comisión.

En cuanto a la actividad propia de solución de controversias, la competencia para dicha tarea recaerá sobre tribunales integrados por tres comisionados. Los comisionados deberán ser abogados de profesión, especializados en la rama del Derecho Laboral, y su nombramiento se encontrará a cargo del CNTPE, debiendo los representantes de las organizaciones sindicales, los representantes de las organizaciones empresariales y los representantes del Estado designar cada uno en forma autónoma a los comisionados que han de integrar cada tribunal. De esta forma se asegura que, mediante un criterio tripartista en la composición de los tribunales⁷¹³, las resoluciones se puedan desarrollar en un marco de objetividad y consenso, sin estar sujetas excluyentemente al criterio de los actores estatales.

Los tribunales siempre iniciarán el procedimiento a petición de parte y tendrán competencias exclusivas sobre las materias indicadas en los párrafos anteriores. Para efectos de propiciar la buena fe de las partes, la impugnación de sus resoluciones en vía judicial no suspenderá la continuidad del procedimiento negocial ni la ejecución de los convenios; asimismo, sin perjuicio del respeto al debido procedimiento de los administrados, los tribunales podrán impulsar de oficio la realización de actos que contribuyan al esclarecimiento de las cuestiones necesarias. Será de particular importancia su sujeción al principio de legalidad, pues sus criterios resolutivos no podrán extralimitarse ni ignorar lo estipulado en la normativa que fundamenta su existencia, esto es, la relativa a la estructura de la negociación.

Una vez precisados algunos de sus aspectos procedimentales más relevantes, se deberá revisar cómo operaría el CNCC para resolver los distintos supuestos que emanan de su competencia. Empezando por la impugnación del nivel en una primera

⁷¹³ VILLASMIL PRIETO, Humberto. "Tripartismo y libertad sindical". *Revista sobre relaciones industriales y laborales*. Caracas, 1997, No. 33; p. 92: "[S]i el tripartismo supone concesiones, mediante ellas se potencia, principalmente, una ecuación social en que el Estado –que tiene o cree tener el derecho de adoptar unilateralmente ciertas decisiones– limita y modula dicha facultad, para compartirla con los dos sujetos inmediatos de las relaciones laborales [...] [E]l tripartismo, de ese modo, reparte y comparte poder".

negociación, su uso deberá ser restringido y respetuoso de la norma, por lo que solo podría proceder en dos supuestos: la falta de legitimidad negocial de una de las partes o la preexistencia de un convenio de otro nivel no reconocido por la parte trabajadora. La configuración del segundo supuesto no implicaría necesariamente un impedimento para negociar en un nuevo nivel, pero demandaría un análisis más propio del segundo escenario listado, en el que se han de considerar aspectos adicionales a la legitimidad.

En el caso de la legitimación negocial, podrían presentarse dos tipos de ocurrencias: por un lado, que la parte empresarial sostenga que la organización u organizaciones de trabajadores carecen de legitimidad para negociar en el nivel invocado, o, por otro, que la parte empresarial aduzca su propia falta de legitimidad para participar en el procedimiento desde la unidad emplazada. De cualquier manera, en ambos supuestos se toma consideración de la legitimidad negocial como un presupuesto de “conexión con la unidad de negociación que se pretende regular”⁷¹⁴, por lo que su concurrencia respecto a ambas partes de la relación convencional es un requisito objetivo fundamental que valida su cuestionamiento en esta vía, pues en su ausencia es inviable la suscripción de un convenio válido.

Por la parte empleadora, este tipo de conflictos podrían surgir, por ejemplo, cuando una empresa no se considera parte del ámbito de aplicación de un convenio sectorial por no adscribirse sus actividades a la rama económica imputada como unidad de negociación; algo similar podría ocurrir en una negociación a nivel de grupos de empresa, cuando una empresa no se considera parte del grupo emplazado a negociar o, peor aún, cuando las empresas que lo integran no reconocen un vínculo asociativo entre ellas. Para ello, si bien la norma establece algunas pautas para resolver estas cuestiones, será oportuno que en función de los casos concretos la CNCC establezca criterios metodológicos vinculantes, siempre valiéndose de los principios generales de la disciplina y de la materia probatoria que sea actuada en el procedimiento.

Claro está, no toda argumentación para cuestionar el nivel negocial debe ser admitida por la CNCC. En los casos de negociaciones por rama, la ausencia de una asociación empresarial dentro del sector convocado no puede ser un impedimento para negociar; así lo entienden, por lo demás, nuestra norma⁷¹⁵ y la doctrina⁷¹⁶. De presentarse con

⁷¹⁴ OJEDA AVILÉS, Antonio. *Derecho Sindical*; p. 740.

⁷¹⁵ Artículo 48 de la LRCT.- La representación de los empleadores estará a cargo: [...]

b) En las convenciones por rama de actividad o de gremio, de la organización representativa de los empleadores en la respectiva actividad económica y, de no existir ésta, de los representantes de los empleadores comprendidos.

frecuencia supuestos como estos, en los que la impugnación del nivel careciera de asidero jurídico y tuviera un claro trasfondo dilatorio, debería evaluarse la posibilidad de implementar mecanismos de sanción –*ex post*– a la mala fe de la parte patronal, o bien garantías de cumplimiento –*ex ante*– como la prevista en el artículo 66 de la Ley de Arbitraje⁷¹⁷, con la finalidad de que los empleadores se responsabilicen patrimonialmente por suspender el procedimiento negocial de forma injustificada.

En materia de la legitimación de los trabajadores, una fuente potencial de conflicto con la parte empresarial yace en su representatividad para suscribir convenios en los ámbitos que determinen. En un escenario de unidad sindical, este elemento no debería constituir un inconveniente, pues aun si el sindicato estuviera conformado por una fracción minoritaria de la unidad negocial, este podría negociar convenios con eficacia limitada, cualquiera fuere el nivel invocado⁷¹⁸. En un escenario de pluralidad sindical, por otro lado, la determinación de la representatividad de los actores laborales será de suma importancia, para lo cual la resolución de las eventuales discrepancias que surjan en este sentido deberá trasladarse a la competencia de la CNCC⁷¹⁹.

Dada la virtual inoperancia de la negociación supraempresarial en el modelo vigente, es de particular relevancia que el órgano especializado tenga las facilidades para llevar el control de la representatividad sindical. La CNCC deberá tener acceso tanto al registro sindical como a las planillas electrónicas de todas las empresas emplazadas a negociar, las cuales deberán reportar tanto el giro de su negocio como la situación sindical de sus trabajadores (si están sindicalizados y los sindicatos que los afilian), bajo apercibimiento de sanciones en caso incumplan con brindar información veraz. Asimismo, en supuestos donde se cuestione la sindicalización de determinados

⁷¹⁶ CANESSA MONTEJO, Miguel. *Colombia: La negociación sectorial...*; p. 33: “La ausencia de una asociación empresarial de la rama de actividad económica no puede ser un obstáculo legal para el ejercicio de la negociación colectiva en ese nivel”.

⁷¹⁷ Artículo 66 del Decreto Legislativo 1071.- Garantía de cumplimiento

1. La interposición del recurso de anulación no suspende la obligación de cumplimiento del laudo ni su ejecución [...], salvo cuando la parte que impugna el laudo solicite la suspensión y cumpla con el requisito de la garantía acordada por la partes o establecida en el reglamento arbitral aplicable. Al examinar la admisión del recurso, la Corte Superior verificará el cumplimiento del requisito y, de ser el caso, concederá la suspensión [...].

⁷¹⁸ En el caso de las negociaciones por rama de actividad, por ejemplo, se han reformulado los requisitos de mayoría estipulados por la norma para sostener que, “[e]n caso no se cumplan los requisitos de mayoría [...], el producto de la negociación colectiva, sea convenio o laudo arbitral, o excepcional por resolución administrativa, tiene una eficacia limitada a los trabajadores afiliados a la organización u organizaciones sindicales correspondientes” (artículo 46 de la LRCT).

⁷¹⁹ Artículo 35 del Reglamento de la LRCT.- Las mayorías que exige el artículo 46 de la Ley son mayorías absolutas. De producirse discrepancia respecto a la determinación de estas mayorías, la Autoridad de Trabajo determinará lo pertinente.

trabajadores por su estatus laboral o contractual (por ejemplo, los locadores de servicios), será competente para resolver sobre la legalidad de estas afiliaciones.

Ahora bien, con respecto al supuesto de falta de acuerdo entre las partes sobre la procedencia de la negociación en un nuevo nivel, ante la existencia de un convenio colectivo de distinto nivel, ya sea con fines sustitutorios (cuando el convenio colectivo precedente haya cesado su vigencia o, en todo caso, la parte trabajadora pretendiera mejorar las condiciones de trabajo pactadas en el mismo) o complementarios (cuando las materias objeto del pliego de reclamos no entraren en conflicto con las pactadas en el convenio vigente), se deberán distinguir los argumentos jurídicos que presenten las partes de los económicos, pues la naturaleza de los criterios a emplearse para resolver sobre la materia dependerá precisamente de ello.

De cuestionarse la legitimidad de los actores para negociar en el nivel invocado, o quizá la procedencia de negociar las materias planteadas en el pliego de reclamos por haber sido excluidas de dicho ámbito en un convenio superior⁷²⁰, se tratará de un conflicto jurídico que se ceñirá a la interpretación de las normas vigentes y deberá ser resuelto por los cauces delineados en párrafos anteriores. No obstante, de tratarse de observaciones relacionadas a la idoneidad del nivel invocado o a la mayor propiedad de negociar las materias planteadas en cada ámbito, la discrepancia se asemejará más a un conflicto novatorio, el cual “[v]ersará sobre asuntos de equidad, justicia o económicos, con motivo de la creación o modificación de una norma”⁷²¹, por lo que deberá ser resuelto en base a criterios más propios de un arbitraje económico.

Si hablamos de la determinación del *ámbito funcional* de los convenios colectivos, esta terminología ha sido importada de la legislación española, la cual ha atribuido dicha labor –aunque de forma no vinculante– a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, creada en 1980 mediante la Octava Disposición Final del Estatuto de los Trabajadores. La normativa que regula esta institución le delega la resolución de consultas relativas a “conflictos planteados en fase de negociación y de conflictos planteados en fase de aplicación de los convenios colectivos”, aunque la

⁷²⁰ VALDÉS DAL-RE, Fernando. “Crisis y continuidad...”; pp. 401-402: “[L]a propia autonomía colectiva puede ser fuente externa de restricciones a la libertad de fijación del nivel de contratación, hecho éste que adviene en aquellos casos en los que, mediante acuerdos marco, se ordena la estructura negocial, impidiéndose, por ejemplo, la celebración de negociaciones en ciertos ámbitos”.

⁷²¹ VIDAL SALAZAR, Michael. Citado por ACEVEDO MERCADO, José Luis. “Las diferencias entre el arbitraje laboral jurídico y el arbitraje laboral económico, y su incidencia en el control difuso”. *Themis*. Lima, 2014, No. 65; p. 150.

experiencia revela que “[t]odas las consultas efectuadas a la CCNCC desde su constitución han venido referidos a la aplicación de los convenios colectivos”⁷²².

En este sentido, la determinación del ámbito funcional de los convenios encontraría su expresión en la dimensión *post-negocial* del procedimiento, pues mediante ella se interpreta el alcance subjetivo del convenio colectivo –incluyendo su eficacia personal– una vez suscrito. Siendo esto así, otra cuestión que podría ser analizada en esta vía procedimental es la posible extensión de los convenios suscritos por sindicatos minoritarios a los trabajadores no sindicalizados⁷²³. Por ello, la labor comisionada a la CNCC no versaría únicamente sobre la resolución de controversias asociadas propiamente a la negociación, sino también a la aplicación de sus productos, en la medida de que todos estos elementos son constitutivos de su diseño estructural.

Lo indicado en el párrafo anterior sobre la importancia de la CNCC en la resolución de los conflictos post-negociales podría tener mucho mayor asidero en las discrepancias sobre la aplicación de los instrumentos de articulación y en los conflictos de concurrencia, pues es aquí donde se necesitará un desarrollo jurisprudencial de los principios establecidos legalmente cuando, por ejemplo, surjan problemas entre las partes sobre la interpretación de los acuerdos marco y las competencias que estos delegan a cada ámbito negocial, o bien la parte empleadora rechace el criterio de los trabajadores sobre el convenio más favorable para la materia objeto de concurrencia. Así, si bien la autonomía colectiva operará como principio rector, la CNCC actuará a petición de parte cuando los conflictos obstruyan su funcionamiento eficaz.

Bajo este razonamiento, lo que se busca precisamente con la creación de la CNCC es asegurar la eficacia de la reforma legal planteada, pues no sería extraño que, en un país con una cultura de relaciones colectivas reprimida y poco cooperativa como el nuestro, conductas encasillables con la mala fe, la conducta desleal y el abuso del derecho puedan desarticular la ejecución de estos preceptos normativos. Por ello, el apoyo institucional de un organismo técnico, autónomo y estructurado para funcionar eficientemente es, a nuestro criterio, la mejor manera de posibilitar que la norma a implementarse cumpla en la realidad con los objetivos trazados en su planteamiento.

⁷²² SALA FRANCO, Tomás. “La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Madrid, 2007, No. 68; p. 174.

⁷²³ TORRES CASTILLO, ALFREDO y Jorge TOYAMA MIYAGUSUKU. “Extensión de los convenios colectivos de trabajo y sindicatos minoritarios”. *Ius et veritas*. Lima, 2017, No. 55; pp. 284-302.

Habiendo delineado los aspectos básicos de nuestra propuesta legislativa, creemos pertinente dar cierre al presente trabajo aclarando que la misma no aspira, bajo ninguna circunstancia, a solucionar por sí sola los problemas que aquejan a nuestro modelo de relaciones colectivas. Existen numerosos inconvenientes en nuestra normativa –y algunos que escapan de ella– que necesitan una reconfiguración drástica, así como un estudio y profundización que no cabe desarrollar en las presentes líneas por límites de espacio. No obstante, lo que hemos procurado aquí es enfocarnos en uno de sus problemas centrales, cuya reformulación no sólo es indispensable, sino que sería un punto de partida bastante adecuado para acercarnos a una realidad sindical y social más democrática, justa e igualitaria.



CONCLUSIONES

1. El sindicalismo es un fenómeno que ha recibido poca acogida a lo largo de nuestra historia constitucional, pero una vez acrecentada su relevancia social en las décadas de los sesenta y setenta, los sindicatos empezaron a desarrollar una fuerte dependencia de las fuerzas estatales, plasmada en instrumentos como el Decreto Supremo 006-71-TR, cuyo contenido resultaba asfixiante para la autonomía de los sujetos sociales.
2. Con la emisión de la Constitución de 1979, se plasmarían en plenitud los principios del constitucionalismo social y se sentarían las bases para la reforma del modelo de relaciones colectivas, mas dada la crisis económica y política suscitada en los ochenta, la adecuación de la regulación al aparato constitucional no se llevaría a cabo.
3. Con la dictadura fujimorista y la plasmación de los principios neoliberales en la Constitución de 1993, se implantaría un modelo de desregulación de la relación individual de trabajo y se mantendría el paradigma intervencionista sobre las relaciones colectivas, sobre todo con la emisión de la LRCT mediante el Decreto Ley 25993.
4. El proceso de flexibilización laboral atravesaría distintas facetas, entre las que se encontraría la deslaboralización y la precarización de diversos tipos contractuales, la subcontratación y los regímenes especiales de trato diferenciado; cada una de estos fenómenos tendría efectos aislacionistas y alienantes sobre la fuerza laboral, contribuyendo a la caída de la afiliación sindical y de la suscripción de convenios colectivos.
5. El modelo de sindicación planteado por la LRCT inicialmente concedía excesivas prerrogativas a la Autoridad de Trabajo para la inscripción y la cancelación del registro sindical, y colocaba trabas arbitrarias a la constitución, funcionamiento y afiliación dentro de los sindicatos, por lo que fue objeto de numerosas observaciones de parte del CLS que serían levantadas con el retorno a la democracia.
6. El sistema de negociación colectiva tuvo como objetivo claro la erradicación de las estructuras y productos negociales preexistentes a la norma, y pese a que esta dispuso de espacios para el funcionamiento de la autonomía colectiva, el balance de su influencia para el panorama negocial no arroja resultados novedosos y ha sido tajantemente negativo.
7. El concepto de huelga adoptado por la legislación es restrictivo, establece sus límites con criterios demasiado generales y se rige por un

procedimiento que desincentiva su ejercicio, sin mencionar la absoluta proclividad del aparato administrativo a declarar su improcedencia.

8. La LRCT ha evidenciado una posición del legislador excesivamente concesiva a la parte empleadora, al imponer la negociación en el nivel que más le conviene a esta última –el de empresa– y al tornar casi imposible la negociación en otros niveles, desentendiéndose de su rol de fomento y suplantando arbitrariamente la voluntad de las partes.
9. Los preceptos legales relativos a la articulación de convenios colectivos reflejan la escasa preparación legal e institucional que existe en el país para afrontar la posibilidad de un sistema vertebrado de negociaciones, la cual posa como una simple utopía frente a la realidad de una estructura profundamente atomizada.
10. La jurisprudencia del TC ha hecho una labor importante de reconstrucción del derecho a la negociación colectiva y la elección del nivel de negociación, disponiendo, por un lado, de un *plus de tutela* para facilitar la negociación supraempresarial a los trabajadores impedidos de negociar en el nivel designado por la norma, y, por otro, proscribiendo el abuso de las libertades de los empleadores que instrumentalizan la libertad de elección del nivel para obstruir la negociación.
11. Las estadísticas locales relacionadas a las tasas de sindicación, suscripción de convenios colectivos y celebración de huelgas reflejan que el impacto de la norma ha terminado por desarticular nuestro sistema de relaciones colectivas y por precarizar nuestra cultura sindical, sin que la implementación de alternativas de fomento como el arbitraje potestativo haya podido invertir este escenario crítico.
12. El modelo económico afectado por un tejido microempresarial, altísimas tasas de informalidad y la primacía de sectores poco dados a la negociación como el terciario, presenta a estos como algunos de los factores que una reforma legislativa en la materia debe tener en cuenta, apuntando hacia un sistema regulatorio que promueva un sindicalismo de escala y una negociación que supere la micro-conflictividad hoy vigente.
13. Los nuevos rasgos de la conflictividad social presentan a un Estado cada vez más endeble a la presión empresarial por competitividad internacional y a un movimiento social cada vez más heterogéneo en su conformación y sus demandas, por lo que la mejor manera de canalizar el conflicto y de adaptar las necesidades de todas las partes al escenario actual es a través del diálogo social y de una negociación centralizada.

14. La participación de los sindicatos en la optimización de un modelo democrático en el mundo del trabajo y en el espacio político requiere del fortalecimiento de su autonomía, y ello solo es posible si se fomenta la transición hacia un movimiento sindical cohesionado y equipado con los recursos suficientes para construir un proyecto propio de sociedad, para lo cual precisa de la mayor libertad posible en su autoconfiguración.
15. La agenda del trabajo decente, a cuyas metas el Estado peruano se encuentra adherido, estipula que la negociación colectiva debe ser objeto de reforma para ocupar un papel protagónico en las mejoras del estatuto social de los trabajadores, y la mejor manera de lograr ello es dotando a los actores sociales de la capacidad para constituir organizaciones representativas y fuertes, y para negociar en una multiplicidad de niveles.
16. Existe suficiente evidencia empírica, proveniente tanto de países desarrollados como de países en vías de desarrollo, para sustentar las formulaciones teóricas que señalan que la negociación colectiva es un mecanismo idóneo para reducir las brechas salariales, corroborándose que los países con mayores tasas de afiliación sindical y cobertura negocial tienden a ser los menos desiguales.
17. La experiencia en otros países que abordan las problemáticas relacionadas al desempleo y la precariedad laboral por la vía convencional señala que se pueden reducir las tasas relacionadas a estos fenómenos a través de negociaciones colectivas con un carácter preponderantemente centralizado.
18. Los principios asociados a la autonomía colectiva deben ser conjugados de forma tal que optimicen su ejercicio y la instrumentalicen como la herramienta principal de gobernanza de las relaciones laborales, por lo que la libertad negocial, que es interpretada bajo criterios voluntaristas por los órganos de control de la OIT, debe ser ejercida dentro de los estándares de la buena fe, y sus límites deben ser analizados en función de las condiciones locales en las que se desarrolla la negociación.
19. La eficacia real de la negociación colectiva como derecho fundamental depende de una reformulación del deber de negociar y la elección del nivel de negociación, con el fin de extender su cobertura a diversas colectividades que, como los trabajadores de microempresas, de grupos de empresa, subcontratistas, o los que desarrollan ciertas modalidades de trabajo autónomo, entre otras categorías, se encuentran privados *de facto* del acceso a este derecho pese a ser titulares del mismo.

20. Como instrumento de funcionalización del deber de fomento estatal de la negociación colectiva, el arbitraje potestativo puede ser, en teoría, tanto un incentivo como un mecanismo de facilitación para la celebración de convenios, pero en la práctica su uso ha sido limitado y cuestionado por aspectos intrínsecos del procedimiento, por lo que, sumado a que no es una solución directa a las pretensiones de las partes, no podría promocionar adecuadamente la negociación en niveles alternativos.
21. El deber de negociar es una herramienta que cuenta con asidero constitucional en nuestro modelo negocial y ha sido empleado en otros ordenamientos para encauzar a las partes a negociar en determinados niveles, por lo que puede ser reforzado como una técnica de fomento que emplace a los empleadores a negociar en el ámbito que haya sido autónomamente determinado por los trabajadores.
22. La propuesta legal de facultar a los trabajadores a fijar unilateralmente el nivel negocial colisiona con el principio de negociación libre y voluntaria, en su faceta de libertad para decidir el nivel de negociación, pero dado que esta injerencia opera sobre un aspecto organizacional del procedimiento y no en la configuración del convenio, y que la misma favorece el cumplimiento del deber de fomento, así como el derecho de negociación en condiciones de eficacia e igualdad para numerosas colectividades laborales, la medida resulta constitucionalmente legítima.
23. La propuesta de reforma legal sobre la estructura de la negociación colectiva se plantea en los siguientes términos:

“Si no existe previamente un convenio colectivo en cualquier nivel, la organización u organizaciones sindicales serán las que determinen en forma autónoma el nivel en que se entablará la primera negociación.

En caso exista convenio en algún nivel, para entablar una negociación en un nivel distinto de forma complementaria o sustitutoria es necesario el acuerdo de partes. En caso las partes no arribasen a un acuerdo sobre el particular, la controversia será resuelta como cuestión previa ante la Comisión Nacional de Convenios Colectivos.

Los convenios colectivos que operen en distintos niveles deberán ser articulados por acuerdo de partes, para lo cual los sujetos legitimados podrán definir los criterios de articulación de las materias sujetas a

negociación mediante acuerdos marco sobre la estructura de la negociación de alcance provincial o nacional, o en su defecto, a través de convenios de niveles superiores al de empresa.

En caso de concurrencia de convenios colectivos de distinto nivel, se deberá verificar si es que las partes han determinado mediante un acuerdo marco o un convenio de nivel superior al de empresa si las materias objeto de concurrencia fueron delegadas a un nivel en particular. En ausencia de tal determinación, se deberá aplicar el convenio que resulte más favorable en lo relativo a cada materia objeto de concurrencia”.

- 24.** Se plantea la creación de la Comisión Nacional de Convenios Colectivos como un organismo técnico especializado que sirva al propósito de fomento de la negociación mediante la aplicación efectiva de la norma propuesta, actuando como instancia única y de estructura tripartita para resolver la impugnación del nivel en casos de primera negociación, las discrepancias entre las partes sobre la negociación en un nuevo nivel cuando hay convenios preexistentes, los conflictos relacionados al ámbito funcional de los convenios y su eficacia personal, y los problemas de interpretación relacionados a la concurrencia de convenios colectivos.

BIBLIOGRAFÍA:

ACEVEDO MERCADO, José Luis

2014 “Las diferencias entre el arbitraje laboral jurídico y el arbitraje laboral económico, y su incidencia en el control difuso”. *Themis*. Lima, No. 65; pp. 145-159.

AGUINAGA MEZA, Ernesto y Guillermo BOZA PRO

2013 “El deber de negociar y el arbitraje potestativo como parte del contenido del derecho constitucional de negociación colectiva”. *Derecho PUCP*. Lima, No. 71; pp. 281-307.

AIDT, Toke y Zafiris TZANNATOS

2005 *The cost and benefits of collective bargaining*. Cambridge: Universidad de Cambridge.

ALEXY, Robert

2009 “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. México D.F., No. 11, enero-junio; pp. 3-14.

ALOISI, Antonio

2015 “Commoditized workers: Case study research on Labor Law issues arising from a set of ‘on-demand/gig economy’ platforms”. *Comparative Labor Law & Policy Journal*. Illinois, volumen 13, No. 3; pp. 653-690.

ALÓS-MONER, Ramón y Antonio MARTÍN ARTILES

2002 *Teorías del conflicto y negociación laboral: Una perspectiva sociológica*. Barcelona: Editorial UOC.

ARCE ORTIZ, Elmer

2006a *Estabilidad laboral y contratos temporales*. Lima: Departamento Académico de Derecho de la PUCP.

2006b “Diálogo social y libertad sindical en el Perú”. *Temas Laborales*. Sevilla, No. 32; pp. 101-115.

2009 “El sindicalismo peruano en los tiempos de la tercerización”. *Soluciones Laborales*. Lima, No. 24, diciembre; pp. 61-70.

2010 “Réquiem al artículo 45 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo”. En: Autores varios. *Compendio de Derecho Colectivo del Trabajo*. Lima: Ius et Veritas; pp. 483-495.

2013 *Derecho individual del trabajo en el Perú: desafíos y deficiencias*. Segunda edición. Lima: Palestra.

2015 “Metodología de regulación de los grupos de empresa en el Derecho Individual del Trabajo”. En: SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. *Primer encuentro peruano-chileno-uruguayo de Derecho del Trabajo*. Lima: El Búho; pp. 237-251.

ARCINIEGA ARCE, Rosa

1996 “Relaciones industriales y sindicalismo en Perú”. *Estudios Sociológicos*. México D.F., volumen 14, No. 41, mayo-agosto; pp. 331-352.

- ARETA MARTÍNEZ, María y Antonio SEMPERE NAVARRO
2004 “El Derecho del Trabajo y los grupos de empresas: Inventario”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Madrid, No. 48; pp. 97-133.
- ARTECONA, Raquel y Terence CHAU
2017 *Labour issues in the digital economy*. Washington D.C.: Naciones Unidas.
- ARTHURS, Harry
2001 “Reinventing Labor Law for the Global Economy: The Benjamin Aaron Lecture”. *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*. California, volumen 22, No. 2; pp. 271-294.
- BALBI SCARNEO, Carmen
1994 “Sindicalismo y flexibilización del mercado de trabajo en el Perú”. *Debates en Sociología*. Lima, No. 19; pp. 91-117.
- BALBÍN TORRES, Edgardo
2009 *Las organizaciones sindicales en el Perú y el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo (2001-2008)*. Lima: OIT.
2010 “Regímenes especiales en la legislación laboral peruana”. En: Autores varios. *IV Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima: SPDTSS; pp. 615-630.
2013 “Nuevas perspectivas de las relaciones colectivas de trabajo”. *Soluciones laborales*. Lima, No. 64, abril; pp. 53-55.
- BALBÍN TORRES, Edgardo y Augusto CARRILLO SALAZAR
2009 “Reflexiones sobre la estructura sindical en el Perú: Los intentos de cambio y la efectividad del derecho de libertad sindical”. En: Autores varios. *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Libro Homenaje a Javier Neves Mujica*. Lima: Grijley; pp. 349-381.
- BARRERA ALGARÍN, Evaristo, José Luis MALAGÓN y José Luis SASAROLA
2014 “La legitimidad de los sindicatos. Reflexiones sobre su debilitamiento en la sociedad postfordista”. *Aposta. Revista de Ciencias Sociales*. No. 61, abril, mayo y junio.
<http://www.apostadigital.com/revistav3/hemeroteca/barrera3.pdf>
- BARRETTO GHIONE, Hugo
2011 “La libertad sindical revisitada: La autonomía como clave emancipatoria”. *Alegatos*. México D.F., volumen 25, No. 78; pp. 387-400.
2013 “Modelos de negociación colectiva en América Latina y Caribe”. En: CSA-CSI. *Estrategias sindicales por una mayor y mejor negociación colectiva en América Latina y Caribe*. San José: OIT; pp. 73-90.
- BAYLOS GRAU, Antonio
2002 “Democracia política y sistema sindical: Reflexiones sobre la autonomía del sindicato”. En: GARCÍA LASO, Agustín y Wilfredo SANGUINETI RAYMOND (coordinadores). *Sindicatos y cambios económicos y sociales*. Salamanca: Universidad de Salamanca; pp. 15-24.
2005 “Códigos de conducta y acuerdos-marco de empresas globales: Apuntes sobre su exigibilidad jurídica”. *Lan Harremanak*. País Vasco, No. 12; pp. 103-138.

BEAUDONNET, Xavier

2009 *Derecho internacional del trabajo y derecho interno*. Turín: Centro Internacional de Formación de la OIT.

BEROUD, Sophie y Paul BOUFFARTIGUE

2013 "Precarizaciones salariales y resistencias sociales: ¿Hacia una renovación de la mirada sociológica desde el caso francés?". *Cuadernos de Relaciones Laborales*. Madrid, volumen 31, No. 2; pp. 455-472.

BLACKETT, Adelle y Colleen SHEPPARD

2003 "Conjugar la negociación colectiva y el fomento de la igualdad". *Revista Internacional del Trabajo*. Ginebra, volumen 122, No. 4; pp. 461-505.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos

1982 "La Constitución de 1979 y el Derecho del Trabajo". *Derecho PUCP*. Lima, No. 36; pp. 7-53.

2011 *La cláusula de Estado Social en la Constitución: Análisis de los derechos fundamentales laborales*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

2012 "Flexiseguridad, derecho al trabajo y estabilidad laboral". *Derecho PUCP*. Lima, No. 68; pp. 383-402.

2015 "Naturaleza, rol y dificultades del arbitraje en la negociación colectiva". *Libro homenaje a Mario Pasco Cosmópolis*. Lima: SPDTSS; pp. 163-180.

BOBBIO, Norberto

1990 "La función promocional del derecho". *Contribución a la teoría del Derecho*. Madrid: Debate; pp. 371-385.

BORRONI, Carla y David TRAJTEMBERG

2013 "La relación entre la estructura de la negociación colectiva y el desempeño de la economía. Aspectos teóricos y evidencias sobre el caso argentino". En: DEL BONO, Andrea y Cecilia SENÉN GONZÁLEZ (directoras). *La revitalización sindical en Argentina: Alcances y perspectivas*. San Justo: Universidad Nacional de La Matanza; pp. 29-52.

BOZA PRO, Guillermo

1989 "Negociación y convención colectiva en la Constitución de 1979". *Trabajo y Constitución*. Lima: Cultural Cuzco; pp. 211-262.

BOZA PRO, Guillermo y Miguel CANESSA MONTEJO

2000 "Relaciones colectivas de trabajo: entre la flexibilidad y el intervencionismo estatal". *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú*. Lima: OIT; pp. 192-243.

BOZA PRO, Guillermo y otros

1994 *Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo comentada*. Lima: Consultores Jurídicos.

BRONSTEIN, Arturo

1999 "La negociación colectiva: un análisis comparativo". *La negociación colectiva: un principio fundamental, un derecho, un convenio*. Ginebra: OIT.

2007 "La subcontratación laboral". *Cuadernos de integración andina*. Lima, No. 20; pp. 9-29.

- BROWN, Wendy
2015 *Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution*. Nueva York: Zone Books.
- BULLARD GONZÁLES, Alfredo
2014 "¿Sindicatos o cárteles?". *El Comercio*. Lima, 29 de noviembre de 2014.
<https://elcomercio.pe/opinion/columnistas/sindicatos-carteles-alfredo-bullard-308218>
- BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y Julio GAMERO REQUENA
2012 "La remuneración mínima vital y su impacto en los trabajadores". *Themis*. Lima, No. 65; pp. 205-215.
- CABEZA PEREIRO, Jaime
1995 *La buena fe en la negociación colectiva*. Galicia: Xunta de Galicia.
- CALLE FARFÁN, Marietta y Jorge TOYAMA MIYAGUSUKU
2000 "Las relaciones de trabajo y el tamaño de la empresa en el ordenamiento peruano". *Derecho y Sociedad*. Lima, No. 14; pp. 7-18.
- CALMFORS, Lars y John DRIFFILL
1988 "Bargaining structure, Corporatism and Macroeconomic Performance". *Economic Policy*. Oxford, No. 6, abril; pp. 13-61.
- CAMARENA CALERO, David
2017 "Negociación colectiva por rama de actividad y empresas MYPES". En: *Legis*.
<https://legis.pe/negociacion-colectiva-empresas-mypes/>
- CAMPANA ZEGARRA, David y Herbert PRELLE MAYURI
2000 "La reforma normativa de la contratación laboral durante los noventa: ¿flexibilidad o precarización?". *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú*. Lima: OIT; pp. 53-79.
- CAMPOS, Luis y Guillermo GIANIBELLI
2013 "La negociación colectiva en Argentina". En: CSA-CSI. *Estrategias sindicales por una mayor y mejor negociación colectiva en América Latina y Caribe*. San José: OIT; pp. 211-240.
- CANESSA MONTEJO, Miguel
1994 "Una aproximación al sindicalismo resolutivo en el Perú". *Debates en Sociología*. Lima, No. 19; pp. 169-183.
- 2011 "La violencia política en el mundo laboral peruano". *Debates en Sociología*. Lima, No. 36; pp. 85-106.
- 2013 *La negociación colectiva en el contexto de la descentralización productiva peruana*. Lima: Cuaderno de Trabajo del CICAJ, Nueva Serie, No. 8.
- 2015a "Transformaciones del trabajo y nuevas formas de representación colectiva de los trabajadores en la empresa". *Laborem*. Lima, No. 14; pp. 195-234.
- 2015b "La negociación colectiva peruana en los grupos de empresa". En: SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. *Primer encuentro peruano-chileno-uruguayo de Derecho del Trabajo*. Lima: El Búho; pp. 307-333.

- 2015c *Colombia: La negociación sectorial o por rama de actividad*. Bogotá: RELATS.
- 2016 “El arbitraje laboral en la negociación colectiva: luces y sombras”. En: Autores varios. *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima: SPDTSS; pp. 209-235.
- CARRILLO CALLE, Martín
- 2001 “La flexibilización del contenido laboral de la Constitución”. En: FERRO DELGADO, Víctor (coordinador). *Balance de la reforma laboral peruana*. Lima: SPDTSS; pp. 45-91.
- 2005 “La mejora de la cobertura de la negociación colectiva en América Latina”. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*. México D.F., No. 21, julio-diciembre; pp. 3-29.
- 2015 “El arbitraje laboral potestativo incausado”. *Libro homenaje a Mario Pasco Cosmópolis*. Lima: SPDTSS; pp. 225-243.
- CASTELLO ILLIONE, Alejandro
- 2011 “Negociación colectiva. Diversas modalidades de intervención de terceros. Niveles y articulación”. *Laborem*. Lima, No. 11; pp. 69-90.
- CASTELLS ARROSA, María
- 1995 “Autonomía colectiva e intervención estatal en los niveles de negociación”. *Laborem*. Lima, No. 2; pp. 93-104.
- COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES
- 2011 *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Ginebra: Conferencia Internacional del Trabajo, 100° reunión.
- CIUDAD REYNAUD, Adolfo
- 2001 “Efectos de la flexibilización del Derecho Individual del Trabajo sobre las relaciones colectivas en Perú”. En: FERRO DELGADO, Víctor (coordinador). *Balance de la reforma laboral peruana*. Lima: SPDTSS; pp. 249-263.
- CLARK MARTIN, Julian
- 1966 “Subjects included within management’s duty to bargain collectively”. *Louisiana Law Review*. Luisiana, volumen 26, No. 3; pp. 630-665.
- COLOTUZZO, Natalia y Oscar ERMIDA URIARTE
- 2009 *Descentralización, tercerización, subcontratación*. Lima: OIT.
- COMISIÓN DE EXPERTOS ENCARGADA DE REVISAR Y ACTUALIZAR EL PROYECTO DE LA LEY GENERAL DEL TRABAJO
- 2011 *Ley General del Trabajo*. Lima: Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo.
- COMISIÓN DE LA VERDAD Y RECONCILIACIÓN
- 2003 *Informe Final*. Tomo V. Lima: Comisión de la Verdad y Reconciliación.
- COMISIÓN DE TRABAJO DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA
- 2002 *Anteproyecto de la Ley General de Trabajo*. Lima: Congreso de la República.

CONFEDERACIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES DE LAS AMÉRICAS

2013 “CSA: Propuesta estratégica”. En: CSA-CSI. *Estrategias sindicales por una mayor y mejor negociación colectiva en América Latina y Caribe*. San José: OIT; pp. 21-35.

2016 *Panorama laboral normativo en materia de libertad sindical y negociación colectiva en América Latina y Caribe*. San José: CSA-CSI.

CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO

2001 *Debate Constitucional - 1993*. Tomo II. Lima: Congreso de la República.

COOK, Maria Lorena

2004 “Unions, Markets, and Democracy in Latin America”. En: GETMAN, Julius y Ray MARSHALL. *The future of labor unions: Organized labor in the 21st century*. Texas: Lyndon B. Johnson School for Public Affairs; pp. 237-254.

CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos

1993 “La huelga en los servicios esenciales y el Decreto Ley 25593”. *Themis*. Lima, No. 26; pp. 117-122.

2003 “La modificación a la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo”. *Foro Jurídico*. Lima, No. 2; pp. 216-220.

CRIVELLI, Ericson

2013 “La negociación colectiva em Brasil”. En: CSA-CSI. *Estrategias sindicales por una mayor y mejor negociación colectiva en América Latina y Caribe*. San José: OIT; pp. 241-257.

CRUZ VILLALÓN, Jesús

2003 *Propuestas para una regulación del trabajo autónomo*. Documento de trabajo 17/2003. Madrid: Fundación Alternativas.

CUADROS LUQUE, Fernando y Christian SANCHEZ REYES

2008a “Efectos de la política de fomento del empleo temporal en la actividad textil exportadora”. En: SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Los contratos de trabajo de duración determinada*. Segunda edición. Lima: Gaceta Jurídica; pp. 153-170.

2008b “El rol estatal de fomento de la negociación colectiva”. En: Autores varios. *III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima: SPDTSS; pp. 495-513.

DAGNINO, Emanuele

2015 “Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la *sharing/on-demand economy*”. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. Módena, volumen 3, No. 3, julio-setiembre.

DAHL, Robert

1989 *La poliarquía: Participación y oposición*. Madrid: Tecnos.

DAVIDOV, Guy

2004 “Collective bargaining laws: Purpose and scope”. *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*. La Haya, volumen 20; pp. 81-106.

- DAVIES, Anne C. L
2004 *Perspectives on Labour Law*. Nueva York: Cambridge.
- DEAKIN, Simon, Colin FENWICK y Prabirjit SARKAR
2013 *Labour law and inclusive development: The economic effects of industrial relation laws in middle-income countries*. Cambridge: Universidad de Cambridge.
- DEAKIN, Simon, Jonas MALMBERG y Prabirjit SARKAR
2014 "How do labour laws affect unemployment and the labour share of national income? The experience of six OECD countries, 1970-2010". *International Labour Review*. Ginebra, volumen 153, No. 1; pp. 1-27.
- DE LA GARZA TOLEDO, Enrique
2000 "La flexibilidad del trabajo en América Latina". *Tratado Latinoamericano de Sociología del Trabajo*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica; pp. 148-178.
- 2001 "Democracia, representatividad y legitimidad sindical". *Democracia y cambio sindical en México*. México D.F.: Plaza y Valdés; pp. 9-20.
- DIÉGUEZ CUERVO, Gonzalo
1976 "La negociación colectiva en las resoluciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT". *Revista de Política Social*. Madrid, No. 112; pp. 39-49.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis
2004 "Contrato y libertad contractual". *Themis*. Lima, No. 49; pp. 7-14.
- DOLORIER TORRES, Javier Ricardo y Flor de María VILLASECA HERNÁNDEZ
2009 "El arbitraje (¿obligatorio?) como mecanismo para definir el nivel de negociación colectiva a falta de acuerdo entre las partes". *Actualidad Laboral*. Lima, No. 192, noviembre; pp. 237-241.
- DURÁN LÓPEZ, Federico
1993 "Sucesión de convenios colectivos y cambio de unidad de negociación". *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Madrid, No. 61; pp. 673-694.
- EGGER, Phillippe y Werner SENGERBERGER
2001 "Problemas y políticas del trabajo decente". *Boletín Cinterfor*. Montevideo, No. 151; pp. 27-68.
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco y Domingo GARCÍA BELAÚNDE
2008 "La evolución político-constitucional del Perú 1976-2005". *Estudios Constitucionales*. Talca, año 6, No. 2; pp. 371-398.
- ERMIDA URIARTE, Oscar
1983 *La flexibilización de la huelga*. Montevideo: Fondo de Cultura Universitaria.
- 1993 "La intervención estatal en las relaciones colectivas de trabajo latinoamericanas". *Nueva Sociedad*. Buenos Aires, No. 128, noviembre-diciembre; pp. 29-37.
- 2000 "La flexibilidad". *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú*. Lima: OIT; pp. 3-26.

- 2009 "Políticas laborales después del neoliberalismo". *Segundo Diploma Internacional en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*. Montevideo: OIT; pp. 365-379.
- 2012 "Crítica de la libertad sindical". *Derecho PUCP*. Lima, No. 68; pp. 33-61.
- ESTEBAN DELGADO, Sara y Alfredo VILLAVICENCIO RÍOS
2009 "La conflictividad laboral y social peruana en los dorados años del crecimiento económico". *Boletín del MTPE*. Lima: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.
- ESTUDIO CABALLERO BUSTAMANTE
2007 *Manual de relaciones colectivas de trabajo para el sector privado*. Lima: Asesoría Laboral.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio y José Luis MONEREO PÉREZ
2004 "Estudio preliminar". En: GIUGNI, Gino. *Introducción al estudio de la autonomía colectiva*. Granada: Comares.
- FERNÁNDEZ BRIGNONI, Hugo
2013 "La huelga: ¿un derecho fundamental en crisis?" *Laborem*. Lima, No. 12; pp. 91-109.
- FERNÁNDEZ-MALDONADO MUJICA, Enrique
2015 "Perú: de la Ley General del Trabajo al Régimen laboral «Pulpín». Apuntes para una aproximación al proceso laboral (2000-2014)". *Cuadernos del Cendes*. Caracas, año 32, No. 89, tercera época, mayo-agosto; pp. 141-171.
- FERRAJOLI, Luigi
2004 *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Cuarta edición. Madrid: Trotta.
- FERRO DELGADO, Víctor
1991 "La Flexibilización del Derecho Laboral Peruano". *Themis*. Lima, No. 19; pp. 55-59.
- 2011 "Perspectivas de la negociación colectiva en el Perú". *Laborem*. Lima, No. 11; pp. 53-68.
- 2015 "Estado actual de la estabilidad laboral en el Perú". En: Autores varios. *VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima: SPDTSS; pp. 61-90.
- FLANDERS, Allan
1974 "The tradition of voluntarism". *British Journal of Industrial Relations*. Londres, volumen 12, No. 3, noviembre; pp. 352-370.
- FLOR TORO, José Luis, Janneth LEYVA ZEGARRA y Waldo MENDOZA BELLIDO
2011 "La distribución del ingreso en el Perú: 1980-2010". *Revista CIS*. Santiago, volumen 9, No. 15; pp. 27-50.
- FREEMAN, Richard
1980 "The exit-voice tradeoff in the labor market: Unionism, job tenure, quits, and separations". *The Quarterly Journal of Economics*. Oxford, volumen 94, No. 4, junio; pp. 643-673.

- 2005 "Labour market institutions without blinders: The debate over flexibility and labour market performance". *National Bureau of Economic Research*. Massachusetts, abril, Working Paper 11286.
- FREEMAN, Richard y James MEDOFF
1984 *What do unions do?* Nueva York: Basic Books.
- FRIEDMAN, Milton
1962 *Capitalism and freedom*. Chicago: Universidad de Chicago.
- GALICIA VIDAL, Saulo y Juan Carlos GIRAOLA ROSA
2012 "Entrevista a Javier Neves Mujica: Arbitraje potestativo". *Ius et veritas*. Lima, No. 45; pp. 434-437.
- GAMERO REQUENA, Julio
2010 *El empleo precario en el Perú, 1980-2008: una explicación alternativa del problema y propuesta de políticas públicas para su superación*. Tesis para optar el Grado Académico de Magister en Gestión y Desarrollo. Lima: Universidad Nacional de Ingeniería, Post Grado FIECS.
- 2012 *Derechos laborales y empleo en la agroexportación*. Lima: CEPES – Centro Peruano de Estudios Sociales.
- GAMONAL CONTRERAS, Sergio
2014 "La negociación colectiva y su desaparición en Chile: Entre neoliberalismo y neofeudalismo". En: GORELLI HERNÁNDEZ, Juan (coordinador). *El derecho a la negociación colectiva: "Liber Amicorum" Profesor Antonio Ojeda Avilés*. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales; pp. 147-152.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo
1990 "El constitucionalismo peruano en la presente centuria". *Derecho PUCP*. Lima, No. 43-44; pp. 59-101.
- 1994 "La nueva Constitución del Perú". En: CARPIZO MCGREGOR, Jorge. *Problemas actuales del Derecho Constitucional: Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*. México D.F.: UNAM; pp. 137-147.
- GARCÍA CALAVIA, Miguel Ángel y Mike RIGBY
2016 "Recursos de poder de los sindicatos en España: Su examen a través de la negociación colectiva". *Sociología del Trabajo*. Madrid, No. 87; pp. 7-24.
- GARCÍA LANDABURU, María Katia, Wilfredo SANGUINETI y Milagros VIVAS PONCE
2013 *Empresas multinacionales, responsabilidad social y derechos laborales en el Perú: La experiencia de Topy Top*. Lima: CICAJ, Informe de Investigación N° 1.
- GARCÍA LASO, Agustín
1996 "Modelos de negociación colectiva: Aspectos económicos". *Cuadernos de relaciones laborales*. Madrid, No. 9; pp. 57-76.
- GARCÍA SCHWARZ, Rodrigo
2017 "El sistema sindical y la representación de los trabajadores en el lugar de trabajo en Brasil". Documento del foro *Representación en el lugar de trabajo*. Madrid: RELATS.

GARRIDO PÉREZ, Eva

2008 “Los cambios sistemáticos, materiales y funcionales en los derechos de información y consulta de los representantes unitarios del personal (nuevos arts. 64 y 65 del ET)”. *Temas Laborales*. Sevilla, No. 95; pp. 11-44.

GAUTHIER GUAZZONI, Gustavo

2015 “Problemática de Derecho Individual y de Derecho Colectivo en el grupo de empresas”. En: SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. *Primer encuentro peruano-chileno-uruguayo de Derecho del Trabajo*. Lima: El Búho; pp. 277-305.

GERNIGON, Bernard, Horacio GUIDO y Alberto ODERO

2000a *Principios de la OIT sobre el derecho de huelga*. Ginebra: OIT.

2000b “Principios de la OIT sobre la negociación colectiva”. *Revista Internacional del Trabajo*. Ginebra, volumen 119, No. 1; pp. 37-59.

GIL PIEDRA, Rodrigo y Álvaro GROMPONE VELÁSQUEZ

2014 “Sindicalismo y política en el Perú: una breve aproximación en perspectiva comparada”. *Politai*. Lima, Documento de Trabajo N° 2.

GOLDIN, Adrián

1994 “La estructura de la negociación colectiva”. *Revista Derecho del Trabajo*. Buenos Aires, 1994-B.

2001 “Las fronteras de la dependencia”. *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*. Madrid, No. 2; pp. 311-332.

2012 “Corporativismo, neocorporativismo y libertad sindical”. *Derecho Laboral*. Montevideo, No. 247; pp. 451-474.

GIUGNI, Gino

2004 *Introducción al estudio de la autonomía colectiva*. Traducción de José Antonio Fernández Avilés y José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares.

GONZALEZ ORTEGA, Santiago y Miguel RODRÍGUEZ PIÑERO.

1983 “Acuerdos interprofesionales, centralización de la negociación colectiva y Ley del Estatuto de los Trabajadores”. *Revista de Política Social*. Madrid, No. 137; pp. 347-393.

GUERRA RODRÍGUEZ, Luciana

2013 “El impacto de la subcontratación en las relaciones colectivas de trabajo”. *Laborem*. Lima, No. 12; pp. 113-136.

HAIPIETER, Thomas y Steffen LEHNDORFF

2011 “Negotiating employment security: innovations and derogations”. En: HAYTER, Susan (editora). *The role of collective bargaining in the global economy: Negotiating for social justice*. Ginebra: OIT; pp. 20-46.

HALL, Ridgway

1967 “The appropriate bargaining unit: Striking a balance between stable labor relations and employee free choice”. *Case Western Reserve Law Review*. Cleveland, volumen 18, No. 2; pp. 479-539.

HAYTER, Susan

2015 "Unions and collective bargaining". En: BERG, Janine (editora). *Labour markets, institutions and inequality. Building Just Societies in the 21st Century*. Ginebra: OIT; pp. 95-122.

HAYTER, Susan y Bradley WEINBERG

2011 "Mind the gap: collective bargaining and wage inequality". En: HAYTER, Susan (editora). *The role of collective bargaining in the global economy: Negotiating for social justice*. Ginebra: OIT; pp. 136-186.

IGLESIAS MERRONE, Leticia

2010 "Principales manifestaciones de la buena fe en la negociación colectiva". *Revista Derecho Laboral*. Montevideo, tomo LIII, No. 239, julio-setiembre; pp. 499-522.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA

2018 *Perú: Estructura empresarial, 2017*. Lima: INEI.

KAHN-FREUND, Otto

1974 "Labour Law". En: GINSBERG, Morris (editor). *Law and opinion in England in the 20th Century*. Westport: Greenwood Press; pp. 215-263.

KOHAUT, Susanne, Claus SCHNABEL y Stefan ZAGELMEYER

2006 "Collective bargaining structure and its determinants: An empirical analysis with British and German establishment data". *European Journal of Industrial Relations*. Londres, volumen 12, No. 2; 165-188.

KUN, Attila

2015 "Innovadores métodos de regulación en la periferia del Derecho del Trabajo: Propuestas desde la Responsabilidad Civil Empresarial, *Soft Law*, Derecho de la Empresa, entre otros". *Ius et praxis*. Talca, año 21, No. 1; pp. 577-598,

LANDA ARROYO, César

2003 *La evolución constitucional del Perú contemporáneo*. Texto mimeografiado. [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/05C7CB4D527A6EB505257718005DD7D8/\\$FILE/19_La_evoluci%C3%B3n_constitucional_del_Per%C3%BA_contempor%C3%A1neo.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/05C7CB4D527A6EB505257718005DD7D8/$FILE/19_La_evoluci%C3%B3n_constitucional_del_Per%C3%BA_contempor%C3%A1neo.pdf)

LEDESMA CÉSPEDES, Carlos

2013 *Estudio regional sobre trabajo autónomo y economía informal: Delimitación conceptual y análisis normativo*. Lima: OIT / Oficina Regional para América Latina y el Caribe.

LEE, Chang-Hee, Muneto OZAKI, Marleen RUEDA-CATRY y María Luz VEGA RUIZ

1999 "Desde la época de los artesanos hasta su edad adulta: la negociación colectiva ofrece la clara ventaja de ser más flexible para introducir cambios". *La negociación colectiva: un principio fundamental, un derecho, un convenio*. Ginebra: OIT; pp. 5-18.

LEVITSKY, Steven y Scott MAINWARING

2007 "Movimiento obrero organizado y democracia en América Latina". *Postdata: Revista de reflexión y análisis político*. Buenos Aires, No. 12, agosto; pp. 107-138.

LOVATÓN PALACIOS, David

1995 “Autonomía colectiva e intervencionismo estatal en la determinación del nivel negocial en el Perú”. *Laborem*. Lima, No. 2; pp. 149-159.

MANKY BONILLA, Omar

2011 “El día después del tsunami. Notas para comprender a los sindicatos obreros peruanos en las últimas décadas del siglo XX”. *Debates en Sociología*. Lima, No. 36; pp. 107-134.

2012 “Tres reflexiones sobre los conflictos laborales en el Perú: definiciones, dinámicas y soluciones”. En: *Enfoque Derecho*.
<https://www.enfoquederecho.com/2012/05/10/tres-reflexiones-sobre-los-conflictos-laborales-en-el-peru-definiciones-dinamicas-y-soluciones/>

2014 “Democracia, crecimiento económico y sindicalismo en el Perú del siglo XXI. Continuidades y rupturas”. *Revista Latinoamericana de Estudios de Trabajo*. México D.F., año 19, No. 31; pp. 195-228.

MANTERO ÁLVAREZ, Ricardo

1992 *Límites al derecho de huelga*. Montevideo: Amalio Fernández.

MARTÍN VALVERDE, Antonio

1983 “El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Revista de Política Social*. Madrid, No. 137; pp. 105-167.

MEILÁN GIL, José Luis

2003 “Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español”. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, año 3, No. 11, enero-marzo; pp. 171-198.

MEJÍA ALVITES, Carlos

2005 “El proceso de reestructuración organizativa en el sindicalismo peruano”. *Iniciativas de autorreforma en la región andina*. Madrid: Fundación Paz y Solidaridad; pp. 19-69.

MEJÍA MADRID, Renato

2008 “Los mecanismos especiales de control de la Organización Internacional del Trabajo en materia de libertad sindical”. *Derecho y Sociedad*. Lima, No. 30; pp. 112-120.

2009 “La negociación colectiva en el trabajo portuario: A propósito de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional”. *Soluciones Laborales*. Lima, año 2, No. 22, octubre; pp. 33-36.

MERINO SEGOVIA, Amparo

2012 “Cambios en la estructura negocial: ¿Descentralización o desactivación de la negociación colectiva?”. *Lan Harremanak*. País Vasco, No. 27; pp. 35-56.

MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS

2018 *Anuario Minero 2017*. Lima: Ministerio de Energía y Minas.

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO

2018a *Anuario estadístico sectorial 2017*. Lima: Oficina de Estadística del MTPE.

2018b *Informe Anual del Empleo en el Perú 2017*. Lima: Dirección de Investigación Socio Económico Laboral.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal y José Luis MONEREO PÉREZ

2001 “«Política de empleo» y sistema de relaciones laborales: La autonomía colectiva como fuente de Derecho del Empleo”. *Trabajo: Revista iberoamericana de relaciones laborales*. Huelva, No. 10; 49-85.

MONTOYA MELGAR, Alfredo

1998 “El contrato de trabajo en prácticas”. *Anuario Jurídico de La Rioja*. Logroño, No. 4; pp. 269-286.

MORALES CORRALES, Pedro

2008 “Problemas del arbitraje en la negociación colectiva”. *Derecho y Sociedad*. Lima, No. 30; pp. 132-143.

MORGADO VALENZUELA, Emilio

1996 “Viabilidad de los acuerdos marco dentro de los procesos de flexibilidad laboral”. *Derecho y Sociedad*. Lima, No. 11; pp. 146-152.

2014 “Negación de la negociación colectiva. La legislación y la práctica en Chile”. En: GORELLI HERNÁNDEZ, Juan (coordinador). *El derecho a la negociación colectiva: “Liber Amicorum” Profesor Antonio Ojeda Avilés*. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales; pp. 325-333.

MORÓN URBINA, Juan Carlos

2010 “Preocupaciones sobre los organismos administrativos independientes dentro del Poder Ejecutivo peruano”. *Ius et veritas*. Lima, No. 43; pp. 230-258.

MUGNOLO, Juan Pablo

2013 *Estructura de la negociación colectiva, intervención estatal y su influencia en la configuración*. Tesis de doctorado en Derecho. Granada: Universidad de Granada, Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

NEVES MUJICA, Javier

1991 “Gobierno de Fujimori: La Tensa Relación entre la Economía Liberal y los Derechos Laborales”. *Themis*. Lima, No. 19; pp. 51-54.

1992 *El contenido negocial: La compleja relación entre la ley y el convenio colectivo*. Lima: Instituto de Defensa Legal.

2009 *Introducción al Derecho del Trabajo*. Segunda edición. Lima: Fondo Editorial PUCP.

2010 “La determinación del nivel negocial en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre los estibadores portuarios”. *Ius et veritas*. Lima, No. 40; pp. 128-139.

2016 *Derecho Colectivo del Trabajo*. Lima: Palestra.

NEVES MUJICA, Javier y Mario PASCO COSMÓPOLIS

2009 “Régimen legal de las MYPES: ¿Acierto o falla?”. *Themis*. Lima, No. 57; pp. 91-102.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO

- 2003 *Perú: Propuesta de Programa Nacional de Trabajo Decente, 2004-2006*. Lima: Oficina Subregional de la OIT para los Países Andinos.
- 2006 *La libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Quinta edición (revisada). Ginebra: OIT.
- 2007 *Negociación Colectiva y Programa de Trabajo Decente*. Ginebra: OIT.
- 2008 *La libertad de asociación y la libertad sindical en la práctica: lecciones extraídas*. Ginebra: OIT.
- 2012 *Dar un rostro humano a la globalización*. Ginebra: OIT.
- 2017 *Aprovechamiento del potencial de las industrias extractivas*. Ginebra: OIT.

OJEDA AVILÉS, Antonio

- 1979 "La libertad sindical". *Revista de Política Social*. Madrid, No. 121; pp. 347-379.
- 1993 "Los deberes de negociar y de contratar". En: ERMIDA URIARTE, Oscar y Antonio OJEDA AVILÉS. *La negociación colectiva en América Latina*. Madrid: Trotta; pp. 51-58.
- 1995 "El procedimiento de la negociación colectiva". En: ERMIDA URIARTE, Oscar y Antonio OJEDA AVILÉS (coordinadores). *El Derecho Sindical en América Latina*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria; pp. 143-165.
- 2000 "La sindicación de los trabajadores autónomos y semiautónomos". *Ius et veritas*. Lima, No. 20; pp. 302-311.
- 2003 *Derecho Sindical*. Octava edición. Madrid: Tecnos.

OSORIO VÉLIZ, Valeria

- 2017 *El arbitraje potestativo en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo: análisis crítico y propuestas de mejora*. Tesis para optar por el grado de abogada. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

OSORIO VÉLIZ, Valeria y Mauro UGAZ OLIVARES

- 2015 "La heterocomposición de las negociaciones colectivas de trabajo". *Ius et veritas*. Lima, No. 51; pp. 298-312.

OZAKI, Muneto

- 2003 *Negotating job protection in the age of globalization*. Ginebra: OIT.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel

- 2015 "Constitución y derechos laborales". En: Autores varios. *VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima: El Búho; pp. 983-990.

PANAGIDES, Alexis y Harry Anthony PATRINOS

- 1994 *Union-Nonunion wage differentials in the developing world: A case study of Mexico*. Washington: Banco Mundial.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario

- 1993 "El trabajo en la Constitución". *Ius et veritas*. Lima, No. 7; pp. 27-35.

- 1996 "Flexibilización y desregulación". *Themis*. Lima, No. 34; pp. 21-26.
- 1997 "El futuro de los sindicatos en el siglo XXI". *Ius et veritas*. Lima, No. 15; pp. 35-42.
- PASCO LIZÁRRAGA, Mario
- 2009 "Convención colectiva previa como condición de la negociación a nivel de rama". *Laborem*. Lima, No. 9; pp. 257-274.
- 2010 "Sin puerto a la vista: Apuntes sobre el difícil proceso de la negociación colectiva en el Callao". *Soluciones Laborales*. Lima, No. 32, agosto; pp. 23-30.
- PASCO LIZÁRRAGA, Mario, Christian SÁNCHEZ REYES y Mauro UGAZ OLIVARES
- 2016 "Mesa Redonda 'Negociación Colectiva y Grupo de Empresas'". *Derecho y Sociedad*. Lima, No. 46; pp. 469-482.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco
- 2010 "El conflicto laboral en la actualidad: Los nuevos conflictos". *Ius et Praxis*. Talca, año 16, No. 1; pp. 441-452.
- PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio
- 2000 "Sobre la función promocional del Derecho. Un análisis conceptual". *Doxa*. Alicante, No. 23; pp. 665-687.
- PÉREZ LUÑO, Antonio
- 1987 "Sobre la igualdad en la Constitución española". *Anuario de filosofía del derecho*. Madrid, No. 4; pp. 133-152.
- 2004 *Los derechos fundamentales*. Octava edición. Madrid: Tecnos.
- PRIETO SANCHÍS, Luis
- 2001 "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial". *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*. Madrid, No. 5; pp. 201-228.
- PROINVERSIÓN
- 2017 "Estadísticas de inversión extranjera". En: *Proinversión – Agencia de Promoción de la Inversión Privada – Perú*.
<https://www.investinperu.pe/modulos/JER/PlantillaStandard.aspx?are=0&prf=0&jer=5652&sec=1>
- QUESADA SEGURA, Rosa
- 2014 "Breve repaso a la buena fe como garantía de la eficacia de la negociación colectiva". En: GORELLI HERNÁNDEZ, Juan (coordinador). *El derecho a la negociación colectiva: "Liber Amicorum" Profesor Antonio Ojeda Avilés*. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales; pp. 409-418.
- QUIÑONES INFANTE, Sergio
- 2012 "La flexibilidad laboral en España y Perú: análisis de ciertos aspectos diferenciadores". *Derecho PUCP*. Lima, No. 68; pp. 309-334.
- QUIÑONES INFANTE, Sergio y Christian SÁNCHEZ REYES
- 2009 "Igualdad ante la ley y regímenes laborales especiales". En: Autores varios. *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Libro homenaje a Javier Neves Mujica*. Lima: Grijley; pp. 291-307.

- RASO DELGUE, Juan
1993 "Flexibilización: ¿desregulación o adaptación del Derecho del Trabajo?". *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. Caracas, No. 87; pp. 318-384.
- 2012 "El sistema uruguayo de relaciones laborales: Entre autonomía y negociación". *Revista chilena de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*. Santiago, volumen 3, No. 5; pp. 57-77.
- RIVERO LAMAS, Juan
1980 "Democracia pluralista y autonomía sindical (Actividad política de los sindicatos y constitución)". *Revista de Estudios Políticos*. Madrid, No. 16, julio-agosto; pp. 117-163.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel
1961 "La relación colectiva de trabajo a través de sus manifestaciones". *Anales de la Universidad de Murcia (Derecho)*. Murcia, volumen XIX, No. 4; pp. 329-412.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, María Luz
2016 *Negociación colectiva, igualdad y democracia*. Granada: Comares.
- ROSAS CHAVEZ, Victoria, Marta TOSTES VIEIRA y Jorge TOYAMA MIYAGUSUKU
2009 *Retos pendientes para implementar la flexiguridad en el Perú*. Santiago: CEPAL.
- ROSENBAUM RIMOLO, Jorge
2008 "Economía, sociedad y trabajo decente". Material del curso *Legislación y Relaciones Industriales*. Montevideo: Universidad de la República.
- RUBIO CORREA, Marcial
2018 *El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Segunda edición. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- RUESCHEMEYER, Dietrich, Evelyne Huber STEPHENS y John D. STEPHENS
1992 *Capitalist development and democracy*. Chicago: University of Chicago Press.
- SACO BARRIOS, Raúl
2004 "¿Debe exigirse un número mínimo de afiliados para la constitución de sindicatos de empresa?". *Derecho PUCP*. Lima, No. 57; pp. 369-394.
- 2013 "Subcontratación y sindicatos". En: Autores varios. *Homenaje Aniversario de la SPDTSS*. Lima. El Búho; pp. 463-481.
- SALA FRANCO, Tomás
2003 *Derecho Sindical*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- 2007 "La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Madrid, No. 68; pp. 171-180.
- SALVADOR VARGAS, Alfredo y Jorge TOYAMA MIYAGUSUKU
2009 "Las contrataciones mineras: aspectos laborales". *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, No. 8; pp. 149-169.

SÁNCHEZ REYES, Christian

2012 “Una visión ponderada de la legislación laboral: Comentarios al régimen MYPE y a la propuesta de «Ley de la Nueva Empresa»”. *Derecho PUCP*. Lima, No. 68; pp. 513-537.

SÁNCHEZ TORRES, Esther

1999 *El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva*. Madrid: Consejo Económico y Social.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo

1994 “Los sindicatos y la libertad sindical en la nueva Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Ley 25593)”. En: Autores varios. *¿Quo Vadis Jus? Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Ricardo La Hoz Tirado*. Lima: UNMSM, 1994; pp. 258-295.

1995 “El derecho a la actividad sindical y su protección constitucional en el ordenamiento jurídico-laboral español”. *Derecho y Sociedad*. Lima, No. 10; pp. 195-205.

2003 “El espacio de la autonomía colectiva en la ordenación del mercado global”. En: GARCÍA LASO, Agustín y Wilfredo SANGUINETI RAYMOND (coordinadores). *Globalización económica y relaciones laborales*. Salamanca: Universidad de Salamanca; pp. 207-239.

2004 “La «tercerización» de las actividades productivas: ¿una estrategia para la puesta entre paréntesis de los principios tutelares del Derecho del Trabajo?”. En: Autores varios. *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Pla Rodríguez*. Lima: SPDTSS; pp. 113-136.

2006 “La protección de los derechos laborales en la Constitución peruana de 1993”. En: Autores varios. *Derechos laborales, derechos pensionarios y justicia constitucional. II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima: SPDTSS; pp. 29-101.

2007 *Derecho constitucional del trabajo. Relaciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.

2008a *Los contratos de trabajo de duración determinada*. Segunda edición. Lima: Gaceta Jurídica.

2008b “Las transformaciones del empleador y el futuro del Derecho del Trabajo”. *Laborem*. Lima, No. 8; pp. 136-170.

SARZO TAMAYO, Víctor

2010 “La determinación no autónoma del nivel de negociación colectiva desde la óptica del uso judicial del derecho internacional del trabajo: a propósito de dos sentencias del Tribunal Constitucional”. *Boletín del MTPE*. Lima: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

SEPÚLVEDA GÓMEZ, María

2005 “Derechos colectivos y de representación de los trabajadores no asalariados”. *Temas laborales*. Sevilla, No. 81; pp. 173-205.

2009 “La función uniformadora de condiciones de trabajo del convenio colectivo de sector y la libertad de establecimiento en el Derecho Comunitario”. En: DE SOTO RIOJA, Sebastián (coordinador). *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva*. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales; pp. 363-378.

SERVAIS, Jean-Michel

2004 “Globalization and decent work policy: Reflections upon a new legal approach”. *International Labour Review*. Ginebra, volumen 143, No. 1-2; pp. 185-207.

2010 “The ILO law and the freedom to strike”. *Canadian Labour and Employment Law Journal*. Toronto, No. 15; pp. 147 y siguientes.

2011 *Derecho Internacional del Trabajo*. Buenos Aires: Heliasta.

SOMAVÍA, Juan

2001a “Los sindicatos en el siglo XXI”. *Globalización y sindicalismo (vol. 3). La respuesta sindical a la globalización*. En: ARRIOLA PALOMARES, Joaquín (editor). Valencia: Germania Serveis Gràfics; pp. 9-17.

2001b “Reducir el déficit de trabajo decente: un desafío global”. *Boletín Cinterfor*. Montevideo, No. 151; pp. 177-185.

SULMONT SAMAIN, Denis

1979 “El movimiento sindical frente a la crisis económica: Perú, 1976-1979”. *Nueva Sociedad*. Buenos Aires, No. 43, julio-agosto; pp. 26-37.

2006 *La concertación socio-laboral en el Perú*. Documento de Trabajo N° 003. Lima: Maestría en Relaciones Laborales de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

TOMÁS JIMÉNEZ, Natalia

2009 “La legitimación negocial en los grupos de empresas”. En: DE SOTO RIOJA, Sebastián (coordinador). *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva*. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales; pp. 125-140.

TORRES CASTILLO, ALFREDO y Jorge TOYAMA MIYAGUSUKU

2007 “Extensión de los convenios colectivos de trabajo y sindicatos minoritarios”. *Ius et veritas*. Lima, No. 55; pp. 284-302

TOSTES VIEIRA, Marta y Alfredo VILLAVICENCIO RÍOS

2012 “Flexibilización del Derecho del Trabajo y sus implicancias sobre las relaciones laborales en el Perú”. *Derecho PUCP*. Lima, No. 68; pp. 355-382.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge

1992 “La Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo: ¿promoción a la negociación colectiva?” *Ius et veritas*. Lima, No. 5; pp. 93-103.

1995 “Los modelos de relaciones laborales, la autonomía colectiva y las constituciones de 1979 y 1993”. *Derecho y Sociedad*. Lima, No. 10; pp. 206-214.

UGAZ OLIVARES, Mauro

2008 “La subcontratación y su repercusión en el ejercicio de la libertad de sindicación”. *Ius et veritas*. Lima, No. 37; pp. 112-123.

2013 “La huelga en el ordenamiento laboral peruano”. En: Autores varios. *Homenaje Aniversario de la SPDTSS*. Lima: El Búho; pp. 407-424.

ULLOA MILLARES, Daniel

2011 “La negociación colectiva en Perú”. *Laborem*. Lima, No. 11; pp. 17-32.

VALDÉS DAL-RE, Fernando

1979 “La negociación colectiva en la Constitución”. *Revista de Política Social*. Madrid, No. 121; pp. 469-498.

1983 “Crisis y continuidad en la estructura de la negociación colectiva”. *Revista de Política Social*. Madrid, No. 137; pp. 395-444.

2007 “Las transformaciones de las fuentes de derecho del trabajo: Una aproximación”. *Cuadernos de Relaciones Laborales*. Madrid, volumen 25, No. 2; pp. 11-28.

2014 “¿Hacia dónde va la negociación colectiva?”. En: GORELLI HERNÁNDEZ, Juan (coordinador). *El derecho a la negociación colectiva: “Liber Amicorum” Profesor Antonio Ojeda Avilés*. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales; pp. 521-529.

VEGA RUIZ, María Luz

2004 *Libertad de asociación, libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva en América Latina*. Ginebra: OIT.

VÍLCHEZ GARCÉS, Lidia

2009 “¿Modificar la ley en el caso concreto es una atribución del Tribunal Constitucional? Comentario a la sentencia recaída en el Expediente N° 03561-2009-PA/TC”. *Gaceta Jurídica*. Lima, tomo 104, octubre; pp. 67-75.

VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo

1996 “La estructura de la negociación colectiva: Bases conceptuales y análisis del caso peruano”. *Asesoría Laboral*. Lima, No. 64, abril; pp. 16-26.

1998 *Los acuerdos marco sobre la estructura de la negociación colectiva: Naturaleza jurídica, eficacia, contenido*. Granada: Comares.

1999 “La protección de la libertad sindical y su regulación (limitada y simbólica) en el Perú”. *Ius et veritas*. Lima, No. 19; pp. 222-237.

2001 “El cuestionable continuismo intervencionista o la ausencia de reforma en la regulación general de las relaciones colectivas de trabajo y de la libertad sindical”. En: FERRO DELGADO, Víctor (coordinador). *Balance de la reforma laboral peruana*. Lima: SPDTSS; pp. 265-294.

2002 “La crisis del sindicalismo y la necesidad de promoción de la libertad sindical como expresión del interés público”. *Ius et veritas*. Lima, No. 24; pp. 211-226.

2004 “La intermediación laboral: Alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico”. *Ius et veritas*. Lima, No. 29; pp. 143-156.

2008a “Huelga y servicios esenciales: Alcances, estándares internacionales y nueva afectación (educación básica regular)”. En: Autores varios. *Trabajo y Seguridad*

- Social. Estudios Jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez*. Lima: Grijley; pp. 443-473.
- 2008b “Las huelgas en el Perú actual: radiografía del atormentado ejercicio de un derecho constitucional”. *Laborem*. Lima, No. 8; pp. 121-135.
- 2010 *La libertad sindical en el Perú*. Lima: PLADES.
- 2011 “Atomización y disfuncionalidad de la tutela colectiva en el Perú”. *Ius et veritas*. Lima, No. 42; pp. 218-230.
- 2012 “El modelo de relaciones colectivas peruano: del intervencionista y restrictivo al promocional”. *Derecho PUCP*. Lima, No. 68; pp. 551-570.
- 2016 “Negociación colectiva: nuevos espacios y contenidos”. En: Autores varios. *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima: SPDTSS; pp. 93-131.
- VILLASMIL PRIETO, Humberto
1997 “Tripartismo y libertad sindical”. *Revista sobre relaciones industriales y laborales*. Caracas, No. 33; pp. 85-94.
- VON POTOBSKY, Geraldo
1981 “Las organizaciones sindicales”. En: CÓRDOVA CORDOVÉS, Efrén. *Las relaciones colectivas de trabajo en América Latina: Estudio de sus actores, sus diversas manifestaciones y sus conflictos, con especial referencia al sector privado*. Ginebra: OIT; pp. 25-50.
- VOSKO, Leah
2002 “‘Decent Work’: The Shifting Role of the ILO and the Struggle for Global Social Justice”. *Global Social Policy*. California, volumen 2, No. 1, agosto; pp. 19-46.
- WALLERSTEIN, Michael
1999 “Wage-setting institutions and pay inequality in advanced industrial societies”. *American Journal of Political Science*. Indiana, volumen 43, No. 3, julio; pp. 649-680.
- YÉPEZ DEL CASTILLO, Isabel
1986 “Perú: Continuidad y ruptura sindical”. *Nueva sociedad*. Buenos Aires, No. 83, mayo-junio; pp. 156-163.
- ZAPATA SCHAFFELD, Francisco
2003 *¿Crisis en el sindicalismo en América Latina?* The Helen Kellogg Institute for International Studies, Working Paper #302, enero 2003.