

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



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

La extensión de convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios en el Perú

Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

AUTOR

Walter Gustavo Valdez Castillo

ASESOR:

Luis Erwin Mendoza Leguas

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20111126

2020

“Considerando
que el hombre procede suavemente del trabajo
y repercute jefe, suena subordinado;
que el diagrama del tiempo
es constante diorama de sus medallas
y, a medio abrir, sus ojos estudiaron,
desde lejanos tiempos,
su fórmula famélica de masa...”

César Vallejo



RESUMEN

En el presente trabajo se analiza la extensión de convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios con la finalidad de otorgar alcances respecto a la incompatibilidad de esta medida con el ordenamiento jurídico peruano. El cuestionamiento señalado precedentemente reviste especial importancia ya que el último pronunciamiento de la Corte Suprema en relación a la extensión de convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios, expresado en el VIII Pleno Jurisdiccional Supremo en Material Laboral y Previsional, reafirma la posición de que estas extensiones unilaterales sí serían conforme a derecho. De este modo, en el presente trabajo se revisan conceptos jurídicos indispensables en el campo de las relaciones colectivas de trabajo, tales como la representatividad y la representación, para lo cual se repasan tanto normas pertenecientes a nuestro ordenamiento jurídico, así como los criterios adoptados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), a través de su Comité de Libertad Sindical, en su recopilación de decisiones; la Recomendación N° 91 de la OIT; entre otros. Asimismo, se efectúa un análisis del derecho-principio de igualdad a la luz de la extensión de los convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios y se realiza un test de igualdad en el cual se concluye que la posibilidad para el empleador de extender unilateralmente estos convenios colectivos vulneraría el derecho fundamental a la libertad sindical, reconocido no solo en nuestra Constitución sino también en tratados internacionales como los Convenios 87 y 98 de la OIT. Así las cosas, el presente trabajo brinda un análisis de la figura de la extensión de convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios y cómo las normas nacionales e internacionales regulan el desarrollo del mismo, llegando a la conclusión de que la regla general deberá ser la no extensión de convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios y dejando abierta la posibilidad a que, de forma excepcional, se permita la extensión en contados supuestos, en los cuales deberá indefectiblemente ponderarse los derechos en juego para concluir si es que resulta razonable romper la regla general de no extensión.

ÍNDICE

I.	Introducción	4
II.	Capítulo 1: Conceptos generales de la extensión de convenios colectivos	5
11	El criterio de representación y representatividad en la negociación colectiva peruana.....	8
1.1.1	La eficacia personal general y limitada.....	14
12	El poder de dirección como facultad habilitante de extensión de convenios colectivos conforme al VIII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional.....	15
III.	Capítulo 2: El principio-derecho de igualdad en la extensión de los convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios	19
2.1	El criterio de diferenciación entre los afiliados a un sindicato y los no afiliados...	25
2.1.1	Comparación entre la libertad sindical individual positiva y la libertad sindical individual negativa... ..	26
2.2	Aplicación del test de igualdad, conforme al criterio utilizado por el Tribunal Constitucional Peruano, en la extensión de convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios.....	31
IV.	Capítulo 3: La extensión de convenios como excepción a la regla en el caso de los convenios colectivos celebrados por sindicatos minoritarios	37
3.1	La extensión de convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios por acuerdo entre las partes.....	37
3.2	La extensión de convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios por decisión unilateral del empleador en el caso de las cláusulas de Seguridad y Salud en el Trabajo.....	40
V.	Conclusiones	42
VI.	Bibliografía	45

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo académico se analiza la extensión de convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios con la finalidad de otorgar alcances respecto a si esta medida realmente se encuentra en concordancia con el ordenamiento jurídico peruano.

En la línea de lo señalado, se desarrollan conceptos que son indispensables revisar cuando se estudia el fenómeno de la extensión de convenios colectivos, tales como la representación y su distinción con el concepto de representatividad, el derecho a la igualdad entre los trabajadores afiliados a las organizaciones sindicales minoritarias y los trabajadores no afiliados, la libertad de organización del empleador, así como los convenios y pronunciamientos de parte de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la materia, que son sin lugar a dudas, siempre una guía que busca garantizar condiciones mínimas para el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales del trabajo.

Ahora bien, respecto a la validez de la extensión de convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios, es pertinente recordar que, históricamente, este ha sido un tema de amplia controversia a lo largo de su desarrollo jurisprudencial, toda vez que, a primera vista, nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con una norma explícita que permita o prohíba la facultad del empleador de extender los beneficios celebrados en un convenio colectivo con sindicatos minoritarios.

De este modo, respecto al desarrollo jurisprudencial referido en el párrafo anterior, tenemos sentencias como la Casación Laboral N° 2864-2009-LIMA, la Casación Laboral N° 602-2010-LIMA y la Casación Laboral N° 8796-2013-MOQUEGUA, en las cuales la Corte Suprema señaló que sí era posible extender a los trabajadores no sindicalizados los beneficios de convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios atendiendo al principio de igualdad.

Pese a lo anterior, en los siguientes años se dio un giro radical a la postura desarrollada hasta ese momento, llegando la Corte Suprema a entender que, cuando el convenio colectivo fuese celebrado con un sindicato minoritario, los beneficios de dicho convenio no podían ser extendidos a los trabajadores no afiliados toda vez que dicho actuar vulneraba la libertad sindical. Esta nueva posición se puede apreciar claramente en la

Casación Laboral N° 12885-2014-CALLAO y, más recientemente, en la Casación Laboral N° 4255-2017-LIMA.

Sin perjuicio de lo anterior, y reafirmando la alta controversia que conlleva este tema, la Corte Suprema, en la casación más reciente sobre la materia de análisis, Casación Laboral N° 20956-2017-LIMA, volvió a variar su postura, señalando que se encontraba dentro de la facultad de los empleadores el otorgar las mejoras que estimaran convenientes, las cuales podían ser inclusive condiciones similares a las contenidas en un convenio colectivo. Esta última posición fue reafirmada unos meses después, a través del VIII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional correspondiente a agosto de 2019.

Como se puede apreciar, indistintamente de la posición que cada uno pueda adoptar y de la jurisprudencia formada alrededor, la extensión de convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios es un tema que hasta la actualidad sigue generando controversia, independientemente de que el mismo haya sido materia de pronunciamiento de un Pleno Jurisdiccional Supremo, más aún cuando el uso de esta medida puede poner en peligro derechos fundamentales como los de la libertad sindical y la negociación colectiva o el derecho a la igualdad.

De este modo, resulta evidente la necesidad de realizar un análisis del tema propuesto con la finalidad de otorgar alcances respecto a si es que realmente el empleador se encuentra facultado a extender beneficios de convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios, si esto supondría una afectación a los derechos sindicales de los trabajadores, los cuales tienen rango constitucional, así como si es que no extender estos beneficios supondría una afectación a la libertad de organización del empleador y al principio de igualdad de los trabajadores no afiliados a un sindicato.

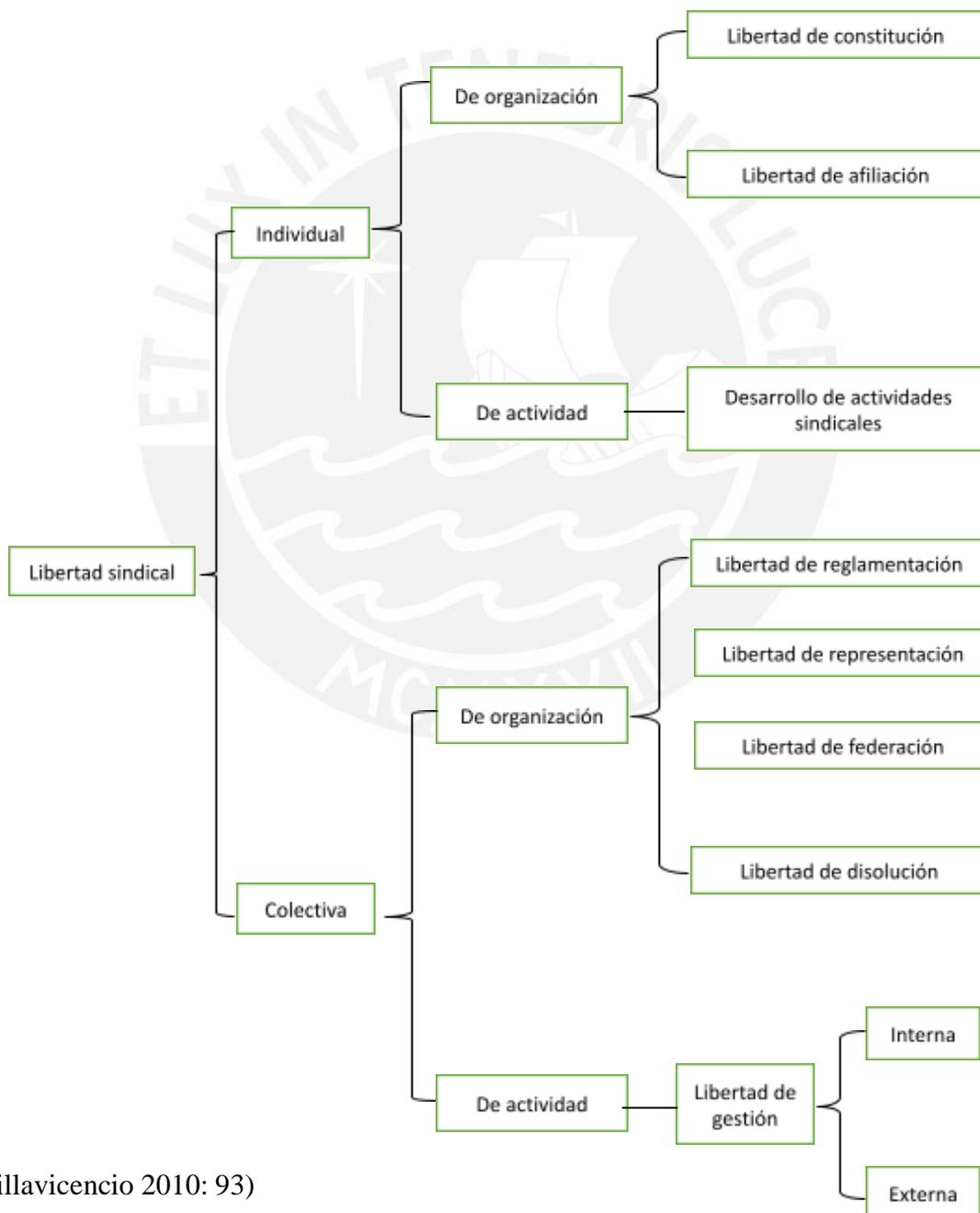
II. CAPÍTULO 1: Conceptos Generales de la extensión de colectivos

Con la finalidad de realizar el análisis propuesto en la introducción, consideramos necesario, previamente, sentar las bases del contexto en el cual nos encontramos, en tanto ordenamiento jurídico, y precisar los conceptos que se manejarán a lo largo del presente artículo.

En ese sentido, ya que el área del derecho laboral que nos ocupa es la del derecho

colectivo de trabajo, es oportuno, en primer lugar, recordar brevemente qué implica la libertad sindical y su configuración legal.

En primer lugar, debe tenerse presente que la libertad sindical es un derecho complejo y por lo tanto de difícil definición por la posibilidad de dejar afuera algún elemento o actuación que llegara a formar parte del mismo. Afirmamos, que es un derecho complejo ya que el mismo permite a su vez la facultad de ejercer una serie de derechos, los cuales Villavicencio Ríos grafica de la siguiente manera:



(Villavicencio 2010: 93)

Como se puede apreciar, la libertad sindical cuenta con dos dimensiones, una individual y otra colectiva, las cuales a su vez pueden subdividirse en la esfera de organización y la de actividad, también denominados elementos estáticos y dinámicos respectivamente. De este modo, queda claro que la libertad sindical implica la facultad de crear sindicatos, de afiliarse o no afiliarse a los mismos; y tener autonomía en el desarrollo y manejo de estas organizaciones sindicales con la finalidad de lograr la defensa de los intereses de los trabajadores.

Ahora bien, si fuera necesario el uso de una definición, consideramos que podría utilizarse la proporcionada por Villavicencio Ríos, el cual señala que la libertad sindical “consiste en el derecho de los trabajadores a constituir y afiliarse a organizaciones sindicales, y en el derecho de aquellos y estas a desarrollar actividades sindicales en defensa de sus intereses comunes” (Villavicencio 2010: 87).

Nos decantamos por la definición citada ya que en realidad no es cerrada, al considerar dentro de la libertad sindical el derecho a desarrollar actividades sindicales, las cuales pueden ser múltiples e inclusive nuevas que vayan apareciendo a través del tiempo, siempre y cuando tengan por objeto la defensa de sus intereses.

Teniendo entonces la definición, es menester entender cuál es la relevancia de este derecho complejo, la cual es señalada por Ermida Uriarte de la siguiente forma:

Está absolutamente fuera de discusión que la libertad sindical es uno de los derechos humanos o fundamentales masivamente reconocidos en las constituciones y en los pactos y declaraciones de derechos humanos.

Pero hay más que eso. La libertad sindical no es uno más de los derechos humanos o fundamentales, sino que es un prerequisite o condición de posesión y ejercicio de otros derechos. Usando una expresión a la moda, podría decirse que es <<un derecho para tener derechos>>, un derecho generador o creador de otros derechos (Ermida 2012: 36).

Efectivamente, la importancia que tiene la libertad sindical es innegable. Debido a ello es que se le ha dado el reconocimiento que tiene no solo en los distintos ordenamientos jurídicos a nivel nacional, sino que también en el ámbito internacional. De ahí que, cuando hablamos de libertad sindical, nos refiramos a un derecho fundamental laboral.

Lo anterior no solo quiere decir que la libertad sindical tiene un reconocimiento expreso

en nuestra Constitución Política como derecho fundamental conforme a su artículo 28°, sino que, además, ha alcanzado propiamente la categoría de derecho fundamental laboral para la OIT, conforme a la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, siendo únicamente cinco los derechos que para la OIT ingresan dentro de esta categoría, comenzando por la libertad sindical, y que deben ser respetados por todos los estados miembro, como lo es el Perú, aunque no hayan ratificado convenio alguno que desarrolle estos derechos fundamentales laborales, los cuales, en el caso de la libertad sindical son principalmente dos, el Convenio 87 y el Convenio 98 de la OIT.

Ahora bien, teniendo clara la definición, importancia y configuración del derecho fundamental de la libertad sindical, es oportuno aterrizar en cómo se aplica y desarrolla la libertad sindical en nuestro país respecto a la extensión de convenios colectivos siendo para ello necesario analizar en el siguiente punto el concepto de representación y de representatividad en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo.

1.1 El criterio de representación y de representatividad en la negociación colectiva peruana

Con el fin de tratar propiamente los conceptos de representación y representatividad, indispensables para el pleno ejercicio de la libertad sindical, es necesario comenzar precisando que el Perú ha optado por un sistema de pluralidad sindical, en desmedro de la unicidad sindical. El sistema adoptado conlleva a que sea posible la existencia de más de una organización sindical dentro de una misma empresa, complejizando de este modo la determinación de si el sindicato o cuál de todos los sindicatos existentes dentro de una misma empresa cuenta con la representatividad necesaria para realizar determinadas actuaciones pertenecientes al derecho colectivo de trabajo, como suscribir un convenio colectivo y, sobre todo, hasta dónde se extenderían los efectos de dicho convenio.

En la línea de lo señalado, Villavicencio Ríos al desarrollar el criterio de representatividad en el escenario de la pluralidad sindical comenta:

De allí que haya surgido un tema trascendental y siempre de actual importancia en este contexto: el de la organización sindical más representativa, como una «noción exclusiva, típica, autónoma, del Derecho Laboral de contenido político-institucional,

que desplaza al concepto civil de representación en varias ocasiones>> (Citado en Ermida, 1991:14) ampliando los efectos de la actuación colectiva más allá de los linderos de aquellos que con su afiliación han habilitado al sujeto colectivo para que actúe a nombre de sus intereses (Villavicencio 2010: 159)

En ese sentido, tenemos entonces que el criterio de representatividad utilizado en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo es un concepto exclusivo, típico y autónomo del Derecho del Trabajo, es decir, que es independiente de otros conceptos de representatividad o representación que puedan existir para otras ramas del Derecho, de ahí que sea importante definir ambos conceptos ya que la representación típica que se utiliza en el Derecho en general, y tiene su fuente en el Derecho Civil, también es utilizada en el mundo de las relaciones colectivas de trabajo, sin desmedro del uso de la representatividad.

Conforme a lo señalado por Priori Posada, la representación es una figura del derecho civil que cuenta con:

- 1) Un presupuesto: que exista una fuente de legitimación representativa; y,
- 2) Dos elementos: (i) Quien está legitimado celebre negocios jurídicos dentro de los límites del poder que se le ha conferido y (ii) que los terceros con los que se relaciona sepan que quien actúa lo está haciendo por otra persona y no a título personal. (Priori 2000: 348).

Con relación al presupuesto, generalmente estaremos ante la voluntad del titular de los intereses, que es quien tiene la intención de otorgar el poder de representación. Esta será en la mayoría de los casos la fuente de legitimación representativa. Los otros dos elementos son bastante claros, la persona en la que recae la representación deberá actuar respetando los límites del poder conferido y el tercero con el que se trate deberá conocer que se está negociando en representación de alguien más.

Como adelantamos, la representación descrita forma parte también del mundo de las relaciones colectivas de trabajo. En ese sentido, cada trabajador de una empresa puede optar por afiliarse a un sindicato, siendo justamente esta manifestación de voluntad del trabajador la fuente de legitimación representativa, negociando posteriormente el sindicato, que cuenta con la representación respecto al trabajador afiliado, dentro de los márgenes de sus funciones (para defender los derechos e intereses laborales de sus

afiliados) y ante un empleador que conoce que el convenio colectivo se celebrará en beneficio de los trabajadores.

Por otro lado, la representatividad utilizada en el terreno de las relaciones colectivas de trabajo no tiene una vinculación directa con el Derecho Civil, sino que la misma es asimilada por el Derecho del Trabajo, mostrando sus diferencias con la figura jurídica anterior desde el primer momento.

Ahí donde la regla es la voluntad del titular en el caso de la representación, para la representatividad esto es claramente un hecho indistinto. Tan evidente es lo anterior que, en virtud de la representatividad, el sindicato respectivo que cuente con esta característica negociará representando también a los trabajadores no afiliados, los cuales, al menos en principio, han decidido voluntariamente no formar parte del sindicato; y ello es así en tanto se reconoce la importancia que tienen las organizaciones sindicales en la defensa de los derechos e intereses de los trabajadores en general.

Respecto a la contraposición entre representación y representatividad, Cialti y Villegas-Arbeláez señalan:

En este marco, conviene distinguir los conceptos de representación sindical y de representatividad sindical. Según el profesor Antonio Ojeda Avilés, podemos entender como representación sindical “al conjunto de facultades de obrar en nombre e interés de los afiliados que se basan en el mecanismo jurídico-privado del apoderamiento de tipo asociativo” y como **representatividad sindical**, “**al conjunto de poderes de obrar en interés general de los trabajadores reconocidos por el poder público a determinadas organizaciones sindicales en base a un procedimiento publicado de selección**”. En efecto, la libertad sindical es externa a la autonomía colectiva y constituye un “título de legitimidad” a las organizaciones sindicales atribuido por el Estado, una herramienta jurídica a su disposición, que le permite descartar interlocutores válidos, tanto en las relaciones de trabajo con los empleadores, como en las relaciones políticas con los poderes públicos. El fomento del diálogo entre representantes de los trabajadores y las asociaciones empresariales o las administraciones públicas que deriva de ello, permite superar la confrontación y hacer converger los intereses para fortalecer las economías nacionales en un contexto mundializado [Las negritas son nuestras] (Cialti y Villegas-Arbeláez 2017: 58).

De este modo, tenemos entonces que la representatividad es una figura reconocida por

el Estado a determinadas organizaciones sindicales en base a un procedimiento público y objetivo de selección, el cual las habilita al uso de determinadas facultades (inclusive exclusivas en determinados supuestos) como lo puede ser, para el caso que nos ocupa, la posibilidad de negociar en favor de todos los trabajadores de un determinado ámbito, incluyendo a los trabajadores que no se han afiliado a dicho sindicato.

Cabe mencionar que la representatividad es un criterio que se encuentra inclusive recogido en la propia constitución de la OIT (párrafo 5 del artículo 3º). Lo anterior no quiere decir que sea un método infalible para garantizar la libertad sindical y que su uso no cuente con contingencias. En virtud a ello, la OIT ha establecido ciertos límites al uso de la representatividad, tal y como se puede apreciar en la Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical:

525. El simple hecho de que la legislación de un país establezca una distinción entre las organizaciones sindicales más representativas y las demás organizaciones sindicales no debería ser en sí criticable. Sin embargo, es necesario que una distinción de este género no tenga como consecuencia conceder a las organizaciones más representativas -carácter que se deriva de un número más elevado de afiliados- privilegios que excedan de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, consultas con los gobiernos, o incluso en materia de designación de los delegados ante organismos internacionales (OIT 2018: 98).

Como se puede apreciar entonces, la representatividad no concede potestades ilimitadas, sino que deberá ceñirse al ámbito de las negociaciones colectivas, consultas con los gobiernos y designación ante organismos internacionales.

Asimismo, respecto a la representatividad y la extensión de los convenios colectivos, la OIT señala en el punto IV de la Recomendación N° 91:

IV. Extensión de los Contratos Colectivos

5. (1) Cuando ello fuere pertinente – y habida cuenta de este respecto del sistema de contratos colectivos en vigor-, se deberían adoptar las medidas que determine la legislación nacional y que se adapten a las circunstancias propias de cada país, para extender la aplicación de todas o ciertas disposiciones de un contrato colectivo a todos los empleadores y trabajadores comprendidos en el campo de aplicación profesional y territorial del contrato. 2) **la legislación nacional podrá supeditar la extensión de un**

contrato colectivo, entre otras, a las condiciones siguientes:

- a) El contrato colectivo debería comprender desde un principio un número de empleadores y trabajadores interesados que, según la opinión de la autoridad competente, **sea suficientemente representativo**;
- b) La solicitud de extensión del contrato colectivo debería, por regla general, formularse por una o varias organizaciones de trabajadores o de empleadores que sean parte en el contrato colectivo;
- c) Debería darse una oportunidad a los empleadores y a los trabajadores a quienes vaya a aplicarse el contrato colectivo para que presenten previamente sus observaciones [Las negritas son nuestras] (OIT 1951: Punto IV).

De igual forma, la Recomendación N° 163 de la OIT señala en su punto II:

- 2. Siempre que resulte necesario, se deberían adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para facilitar el establecimiento y expansión, con carácter voluntario, de organizaciones libres, independientes y **representativas** de empleadores y trabajadores.
- 3. En la medida en que resulte apropiado y necesario, se deberían adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para que:
 - (a) las organizaciones **representativas** de empleadores y trabajadores sean reconocidas a efectos de la negociación colectiva;
 - (b) **en los países en que las autoridades competentes apliquen procedimientos de reconocimiento a efectos de determinar las organizaciones a las que ha de atribuirse el derecho de negociación colectiva, dicha determinación se base en criterios objetivos y previamente definidos, respecto del carácter representativo de esas organizaciones [...]** [Las negritas son nuestras] (OIT 1981: Punto II).

En ese sentido, luego de repasar el concepto de representatividad, su importancia y contraposición con la figura de representación, es necesario revisar cómo regula nuestro ordenamiento jurídico la representatividad. Al respecto, el concepto referido se encuentra en el artículo 9° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, Decreto Supremo N° 010-2003-TR (en adelante T.U.O. de la LRCT):

Artículo 9.- En materia de negociación colectiva, el sindicato que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito asume la representación de la totalidad de los mismos, aunque no se encuentren afiliados.

De existir varios sindicatos dentro de un mismo ámbito, podrán ejercer conjuntamente la representación de la totalidad de los trabajadores los sindicatos que afilien en conjunto a más de la mitad de ellos [...]

Como se puede apreciar, el citado artículo señala que se asume la “representación” cuando lo correcto en realidad sería señalar que se asume la “representatividad”. Sin perjuicio de lo anterior, es claro que lo que se aplica aquí es justamente esta última, cumpliéndose con la definición de Ojeda Avilés citada precedentemente pues, a través del artículo 9° referido, es el Estado quien reconoce la representatividad que posee la organización sindical que cumpla con el criterio objetivo de selección, el cual en el caso peruano es el de agrupar a la mayoría de trabajadores de un mismo ámbito, teniendo como consecuencia dicha representatividad en virtud de la totalidad de los trabajadores que conforman determinado ámbito, inclusive aunque no se encuentren afiliados.

De este modo, atendiendo a lo desarrollado tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en el ámbito internacional por la OIT, es claro que nuestra legislación ha adoptado una decisión respecto a qué criterio supeditar la extensión de los convenios colectivos, adoptando el criterio de representatividad detallado en el artículo 9° del T.U.O. de la LRCT, indicando el mismo que únicamente se hará la extensión de los convenios colectivos, y por lo tanto se otorgará la representatividad, cuando estemos ante un sindicato mayoritario o un conjunto de sindicatos que agrupen a la mayoría de trabajadores del ámbito en el que se vaya a negociar.

Así las cosas, al otorgarse la representatividad únicamente a las organizaciones sindicales que afilien a la mitad más uno de los trabajadores de su ámbito y establecer la norma claramente que es en estos supuestos, y no en otros, que el convenio colectivo producto de dicha negociación extenderá sus efectos a la totalidad de trabajadores, incluyendo a los no sindicalizados, desde nuestro punto de vista, no se debería permitir la extensión de convenios colectivos celebrados con sindicatos que no cuentan con el criterio de representatividad o, en otras palabras, son minoritarios pues ello implicaría aplicar los efectos de lo regulado en la norma sobre un supuesto de hecho distinto, teniendo el supuesto de hecho de ser un sindicato minoritario consecuencias particulares

relacionadas a la eficacia personal limitada, tal y como desarrollaremos en el siguiente punto.

1.1.1 El concepto de eficacia personal limitada en los convenios colectivos de trabajo

Como ya se ha señalado, la representatividad según lo regulado en la legislación peruana implica el alcance de la totalidad de trabajadores en un determinado ámbito, incluso los no afiliados al sindicato que ostenta dicha representatividad. Este efecto es conocido como eficacia general o erga omnes pues lo acordado en un convenio colectivo celebrado con un sindicato que cuente con representatividad extenderá sus efectos para todos los trabajadores de dicho ámbito.

La eficacia personal limitada, en cambio, supone que el sindicato que cuente con este tipo de representación (minoritaria), únicamente podrá negociar en favor de sus afiliados, con lo cual, en principio, no existiría una extensión de lo acordado en un convenio colectivo de trabajo.

Este tipo de representación se detalla expresamente hacia el final del ya citado artículo 9° del T.U.O. de la LRCT, en el cual se establece que: “De existir varios sindicatos dentro de un mismo ámbito [...] los sindicatos determinarán la forma en que ejercerán esa representación [aludiendo a la representatividad, referida a la eficacia general o erga omnes] sea a prorrata, proporcional al número de afiliados, o encomendada a uno de los sindicatos. **De no haber acuerdo, cada sindicato representa únicamente a sus afiliados**” [Las negritas son nuestras].

Así, la norma es clara al señalar que en el caso de los sindicatos que no cuenten con la representatividad, por no afiliar a la mayoría de los trabajadores de un mismo ámbito, es decir, por ser minoritario, dicha organización sindical únicamente representará a sus afiliados.

En la línea de lo señalado, el artículo 4° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, Decreto Supremo N° 011-92-TR refiere: “**Los sindicatos representan a los trabajadores de su ámbito que se encuentren afiliados a su organización** [...] Por extensión, los sindicatos que afilien a la mayoría absoluta de los trabajadores de su ámbito representan también a los trabajadores no afiliados de dicho

ámbito [...]” [Las negritas son nuestras].

Como se puede apreciar entonces, cuando nos encontremos en el caso de un sindicato minoritario que negocia un convenio colectivo, este contará únicamente con una eficacia personal limitada, según lo regulado en nuestra legislación, debiendo únicamente extenderse los efectos del convenio colectivo que se logre celebrar a los afiliados a dicho sindicato minoritario.

1.2 El poder de dirección como facultad habilitante de extensión de convenios colectivos conforme al VIII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional

Sin perjuicio de nuestra posición desarrollada, según la cual el ordenamiento jurídico peruano no facultaría la extensión de convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios en concordancia con el criterio de representatividad y la eficacia personal limitada, es pertinente recordar que a día de hoy la posición adoptada por el Poder Judicial es que la extensión sí se encuentra permitida. En ese sentido, el VIII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional establece:

2. ACUERDO

No se puede extender los efectos del convenio colectivo suscrito por un sindicato minoritario a aquellos trabajadores que no están afiliados al mismo o que no estén sindicalizados, **salvo** que el propio convenio, por **acuerdo entre las partes**, señale lo contrario en forma expresa **o el empleador decida unilateralmente extender los efectos del convenio colectivo a los demás trabajadores**; siempre y cuando se refieran solamente a beneficios laborales más favorables al trabajador [Las negritas y el subrayado son nuestros] (Poder Judicial 2019: 29-30).

Aunque la redacción pueda resultar contradictoria debido al inicio del párrafo citado, lo que este acuerdo quiere decir en realidad es que sí se pueden extender los efectos de los convenios colectivos suscritos por sindicatos minoritarios, teniendo para ello como único requisito la voluntad unilateral del empleador de decidir si es que desea o no extender los efectos o beneficios contemplados en el convenio colectivo.

De este modo, queda claro entonces que la Corte Suprema considera válida la extensión de los beneficios de los convenios colectivos celebrados con un sindicato minoritario

como un acto derivado de la voluntad unilateral del empleador.

Es pertinente recordar que, tal y como se señala en el Pleno citado previamente, la extensión de convenios colectivos en el caso de los sindicatos minoritarios puede ocurrir únicamente de dos formas: 1) por acuerdo entre las partes, o 2) por la voluntad unilateral del empleador. Esto difiere considerablemente del concepto de extensión de convenios colectivos celebrados con sindicatos mayoritarios en el cual la voluntad de las partes pasa a un segundo plano, debiendo extenderse los beneficios del convenio por un mandato legal y en atención a la figura de la representatividad.

Es importante tomar en cuenta que al ser justamente el criterio de la Corte Suprema que por voluntad unilateral del empleador es posible la extensión, lo cual evidentemente vacía de contenido el supuesto de extensión por acuerdo de las partes, ya que basta que el empleador así lo quiera, en el presente artículo nos centraremos principalmente en la extensión unilateral, realizando el análisis correspondiente a la extensión por acuerdo entre las partes en el capítulo 3 pues consideramos que merece una mención aparte respecto a su validez.

Ahora bien, la pregunta inmediata ante la validez de la extensión unilateral en el caso de los convenios celebrados con sindicatos minoritarios sería en base a qué por la mera voluntad del empleador es posible dicha extensión, con lo cual es pertinente señalar que esta potestad provendría del poder de dirección que ostenta todo empleador en tanto dueño de la empresa que realiza la actividad económica, poder que deriva de la libertad de organización de la empresa y que tiene como fuente última el derecho fundamental de la libertad de empresa.

Sobre el contenido de la libertad de empresa, es pertinente recordar que el mismo se encuentra contemplado en el artículo 59° de nuestra Constitución, en donde se establece que el Estado garantiza la libertad de empresa, pero no se detalla exactamente lo que implica. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal Constitucional, en el considerando 11 de la sentencia recaída en el Expediente N° 03330-2004-AA/TC desarrolla:

La libertad de empresa se manifiesta como el derecho de las personas a elegir libremente la actividad ocupacional o profesional que desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual.

Ello es así, por una parte, en la medida en que la Constitución, en su artículo 59 reconoce

que:

“El Estado garantiza [...] la libertad de empresa, comercio e industria”.

De otro lado, porque la libertad de empresa se incardina dentro de la libertad de trabajo, el cual a su vez es una manifestación del derecho fundamental al trabajo.

Es así como este Colegiado, en la Sentencia de Expediente 0018-2003-AI/TC, Caso Más de cinco mil ciudadanos, manifiesta que:

“la expresión ‘empresa’ alude a una actividad económica organizada para los fines de la producción o el cambio de bienes y servicios y entre sus elementos constitutivos se considera a **la organización y la dirección**, a los cuales se suman los bienes, el capital y el trabajo [Las negritas son nuestras] (Tribunal Constitucional 2005: Considerando 11).

En la línea de lo señalado, sobre el contenido en sí de la libertad de empresa, el Tribunal Constitucional en el considerando 13 de la sentencia citada líneas arriba señala que este derecho fundamental cuenta con cuatro tipos de libertades:

- o En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para comprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado [...]
- o En segundo término, **la libertad de organización** contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria entre otros.
- o En tercer lugar, está la libertad de competencia.
- o En último término, la libertad para cesar las actividades es libertad, para quien haya creado una empresa, de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando lo considere más oportuno [Las negritas son nuestras] (Tribunal Constitucional 2005: Considerando 13).

De este modo, tenemos que el presente derecho fundamental supone la posibilidad que tienen los ciudadanos de elegir libremente la actividad económica que deseen desarrollar, siendo esta libertad garantizada por el Estado. Asimismo, se señala que, como consecuencia del desarrollo de la empresa elegida, se tendrá como elementos constitutivos, entre otros, el poder de organización y la dirección.

Asimismo, el Tribunal desarrolla cuatro tipos de libertades incluidas en el derecho

constitucional a la libertad de empresa, dentro de las cuáles, para el caso de extensión de beneficios de convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios, solamente sería pertinente la libertad de organización, y dentro de la misma únicamente la parte relativa a la mejora de condiciones económicas a trabajadores no afiliados a un sindicato minoritario en los casos que se busque igualar los beneficios o mejoras concertadas mediante una negociación colectiva.

Esto último es importante pues, justamente, si en principio el empleador cuenta con el poder de dirección y de organización, lo cual se condice con lo establecido en la Constitución y las normas desarrolladas a nivel infraconstitucional, haría sentido que, por la pura voluntad del empleador, sea posible que se extiendan beneficios acordados en convenios colectivos, siendo esta la justificación en última instancia que sustentaría la posición adoptada por la Corte Suprema.

Sin embargo, como hemos adelantado, nuestra posición es contraria a la descrita, no solo porque esta posición desconoce los conceptos de representatividad y eficacia personal limitada, sino porque, además, el Tribunal Constitucional ya ha señalado previamente que ningún derecho es absoluto y en particular, respecto a los límites del derecho de libertad de empresa, el Tribunal Constitucional ha mencionado en el considerando 28 de su Sentencia recaída en el Expediente N° 00032-2010-PI/TC:

28. Empero, que la referida prohibición limite la libertad de empresa no significa necesariamente que sea inconstitucional, puesto que tal como se ha referido en uniforme y reiterada jurisprudencia, en el Estado Constitucional, **ningún derecho o libertad es absoluto**. De hecho, tal como se sostuvo en la STC 0008-2003-PI, “[l]a iniciativa privada puede desplegarse libremente **en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad, los cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico; vale decir, por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes sobre la materia**” (F.J. 18). [Las negritas y el subrayado son nuestros] (Tribunal Constitucional 2011: Considerando 28).

De este modo, la posición de la Corte Suprema entraría en conflicto con los tres límites previstos por el Tribunal Constitucional, al colisionar con:

1) la Constitución, en tanto el permitir al empleador extender los convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios implicaría una injerencia del mismo al desincentivar la afiliación sindical e incentivar la desafiliación, pues los no afiliados

obtendrán exactamente los mismos beneficios que los afiliados, yendo en contra del derecho fundamental a la libertad sindical contemplado en el artículo 28° de nuestra Constitución;

2) Los tratados internacionales, en particular el artículo 11° del Convenio 87 de la OIT, el cual establece que “Todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para **garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación**” [Las negritas y el subrayado son nuestros] pues, como hemos señalado, al permitir que los empleadores desincentiven la afiliación e incentiven la desafiliación no se está cumpliendo con garantizar el libre ejercicio del derecho de sindicación. Asimismo, también se estaría yendo en contra del artículo 1° y 2° del Convenio 98 de la OIT que prohíbe todo acto tendiente a menoscabar la libertad sindical y establece que las organizaciones sindicales deberán gozar de una adecuada protección contra todo acto de injerencia.

3) Las leyes que regulan y garantizan la libertad sindical, en particular el artículo 4^a del T.U.O. de la LRCT, el cual establece que “**El Estado, los empleadores y los representantes de uno y otros deberán abstenerse de toda clase de actos que tiendan a coactar, restringir o menoscabar, en cualquier forma, el derecho de sindicalización de los trabajadores** [...]”, lo cual es absolutamente dejado de lado al momento de permitir libremente al empleador extender los beneficios de convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios.

En ese sentido, si bien es importante no dejar de revisar las implicancias del poder de dirección y la posición adoptada en el VIII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional, creemos conveniente expresar que nos encontramos en contra de la postura asumida por la Corte Suprema pues consideramos que en realidad la libertad de organización no debería implicar la facultad particular de extender convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios, en atención a todo lo desarrollado en el presente punto.

III. CAPÍTULO 2: El principio-derecho de igualdad en la extensión de los convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios

Un elemento fundamental a tratar cuando se analiza la extensión de convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios es el del principio-derecho de igualdad. Señalamos que no solo es un derecho, sino que, además, es un principio pues el mismo no se agota en la categoría de derecho fundamental contemplado en el inciso 2 del artículo 2° de la Constitución. De igual forma lo ha entendido el Tribunal Constitucional al precisar en su Sentencia recaída en el Expediente N° 0048-2004-PI/TC que “la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos” (Tribunal Constitucional 2005: Considerando 61).

En ese sentido, aterrizando al caso que nos ocupa en el presente artículo, sobre la extensión de convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios, se hace necesario realizar un análisis respecto a la posible afectación a este principio-derecho en el supuesto de permitir o denegar la extensión los referidos convenios, lo cual nos brindará alcances sobre si este actuar sería o no contrario al ordenamiento jurídico peruano.

Para ello, es necesario que centremos nuestro análisis en los dos siguientes supuestos: 1) la posible afectación al principio-derecho de igualdad de los trabajadores no afiliados, en tanto al no permitirse la extensión de convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios no se les otorgaría las mejoras acordadas en los mismos, a diferencia de los trabajadores sindicalizados y 2) La posible afectación al principio-derecho de igualdad de los trabajadores afiliados, en tanto los sindicalizados no recibirían este beneficio que el empleador decide extender, el cual no sería el mismo que el otorgado en el convenio colectivo toda vez que este nuevo beneficio nace, en estricto, de una mejora unilateral que el empleador decide otorgar por voluntad propia, excluyendo de esta mejora unilateral a los afiliados; a diferencia del convenio colectivo, el cual nace de un acuerdo de voluntades entre el sindicato y el empleador.

Ahora bien, para poder analizar cada uno de estos supuestos, es necesario tener claro qué implica el principio de igualdad. Al respecto, Mejía Madrid señala que este cuenta con dos dimensiones: una formal y otra sustancial, describiendo cada una de la siguiente forma:

La dimensión formal prescribe el trato igual a los iguales y el desigual a los desiguales. Así la dimensión formal del principio de igualdad no exige un trato igual para todos sino la justificación del trato igual si se presentan diferencias significativas que hubiesen ameritado un trato diferente [...]

Por su parte, la dimensión sustancial busca la igualdad efectiva previa verificación de los hechos de la existencia de grupos desfavorecidos que no tengan iguales oportunidades; es decir, la igualdad de oportunidades (Mejía 2008: 125-127).

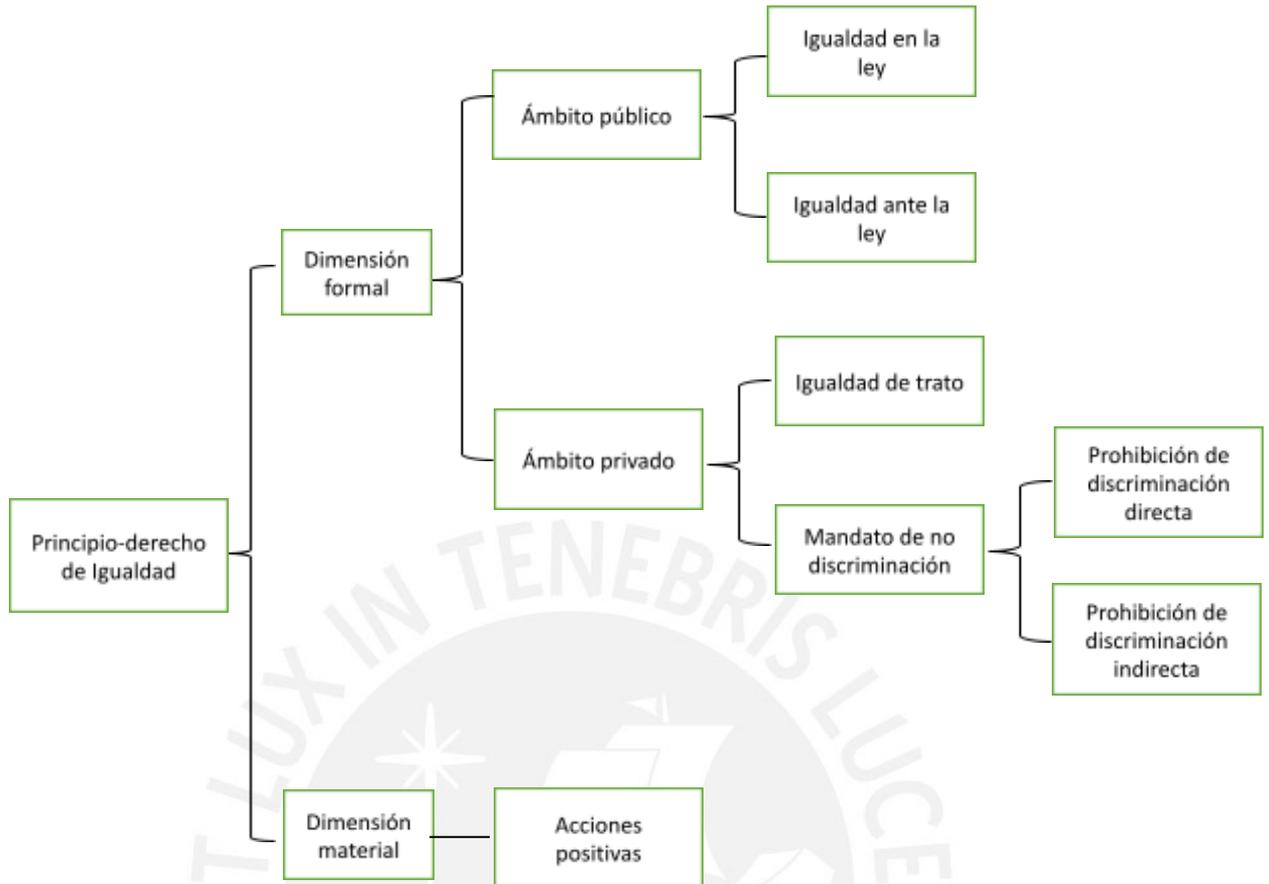
Como se puede apreciar, cada una de estas dos dimensiones implican supuestos distintos, consagrándose la igualdad ante la ley y no discriminación en el caso de la dimensión formal y las acciones positivas con la finalidad de igualar oportunidades en el caso de la dimensión sustancial.

En la línea de lo señalado, Mejía Madrid comenta que la dimensión formal descrita puede, a su vez, subdividirse en dos supuestos adicionales, dependiendo del ámbito en el cual se aplique. Así, en el ámbito público, la dimensión formal se traduce en el derecho de igualdad ante la ley y, en el ámbito privado, la dimensión formal supone la igualdad de trato y mandato de no discriminación, el cual prohíbe tanto la discriminación directa como la indirecta, vinculando a la autonomía privada en su actuar (Mejía 2008: 125-126).

Por otro lado, el Tribunal Constitucional en su Sentencia recaída en el Expediente N° 0009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI/TC (acumulados), al desarrollar el derecho a la igualdad, ha señalado:

Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable [...] (Tribunal Constitucional 2007: Considerando 20).

De este modo, de forma gráfica, cuando analicemos la figura jurídica de la igualdad, nos encontraremos ante el siguiente esquema:



Ahora bien, como no puede ser de otro modo, el respeto al principio-derecho de igualdad se proyecta sobre todo nuestro ordenamiento jurídico, con lo cual, en este último podemos encontrar normas que buscan asegurar su cumplimiento y se emiten en concordancia y respeto del mismo.

Un ejemplo claro de ello es el caso del artículo 29º del Decreto Supremo N° 003-97-TR, en el cual se establecen supuestos de despidos que son calificados como nulos, atendiendo a que estas finalizaciones del vínculo laboral tengan como fundamento motivos prohibidos tales como la discriminación por razón de sexo, raza, religión opinión o idioma, lo cual nos remite a un claro ejemplo del mandato de no discriminación que desarrollamos precedentemente.

De esta forma, el legislador regula estos supuestos especialmente odiosos brindando la protección más alta que se puede otorgar para estos casos, la cual es, justamente, establecer que este tipo de despido adolecen de nulidad, tratándose dicho despido como si nunca hubiera ocurrido y pagándose al trabajador de forma íntegra por todo el periodo en el cual no pudo laborar a raíz del despido nulo.

En la línea de lo señalado, en el artículo 29° referido se establecen como nulos los despidos que tengan por motivo el embarazo de la trabajadora, la afiliación o participación en actividades sindicales, ser candidato o representante de los trabajadores, entre otros. Así las cosas, es posible apreciar la protección especial que el ordenamiento guarda a determinados grupos que por el estado en el que ejercen sus funciones cuentan con un grado importante de vulnerabilidad.

Ahora bien, al ser el caso que nos ocupa uno de relaciones colectivas de trabajo, nos centraremos en esta protección especial que nuestro ordenamiento brinda a los sindicatos y a sus afiliados.

En ese sentido, a nuestro entender, la nulidad de despido de trabajadores por realizar actividades sindicales, contemplada en el artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, es una protección consagrada en favor de este grupo de trabajadores en especial situación de vulnerabilidad frente a actos antisindicales, la misma que tiene como fuente directa el artículo 1° del Convenio 98 de la OIT, el cual prohíbe expresamente todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical.

Es por ello que nos animamos a señalar que la protección especial que brinda nuestro ordenamiento a las organizaciones sindicales y sus afiliados no se limita únicamente a supuestos de despido, como lo regulado expresamente en el artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR sino que va más allá y, bebiendo del Convenio 98 de la OIT, protege a estos grupos en especial situación de vulnerabilidad con la finalidad de que puedan lograr un ejercicio real y eficaz de sus derechos fundamentales laborales, generando a través de los convenios colectivos una paz laboral y social, lo que suma aún más en la importancia del respeto y ejercicio de los derechos colectivos de trabajo.

Teniendo aquello claro, es importante volver a la teoría del principio-derecho de igualdad en relación a los conceptos de discriminación directa y, sobre todo, discriminación indirecta.

Como ya hemos desarrollado, la dimensión formal del principio de igualdad supone no solo la igualdad de trato ante la ley, sino que, además, en el ámbito privado, implica un mandato de no discriminación, prohibiendo tanto la discriminación directa como la indirecta, razón por la cual es pertinente definir estos últimos dos conceptos para que se entienda exactamente a qué nos referimos con cada uno.

La discriminación directa son los casos más burdos o fácilmente reconocibles. En ese sentido, José Balta señala:

Cuando de discriminación en el empleo se trata, el tipo de casos que inmediatamente vienen a la mente son aquellos en los que un empleador trata a un trabajador menos favorablemente que a otro debido a su raza, religión, sexo o cualquier otro motivo legalmente prohibido. En estos casos el empleador simplemente se basa en un motivo prohibido para adoptar una decisión vinculada al empleo de un trabajador (Balta 1996: 177).

Como se puede apreciar entonces, la discriminación directa implica un trato desfavorable o distinto basado en motivos prohibidos. Con el paso de los años, este tipo de tratos ha visto reducido su número y reproducción, siendo por ello cada vez más importante la identificación y acciones a tomar en contra de la discriminación indirecta.

La discriminación indirecta en materia laboral, o el impacto adverso en palabras de José Balta, es “la utilización de criterios de selección legalmente válidos que, no obstante aplicarse por igual a todas las personas involucradas, afectan adversamente a un grupo protegido mucho más que a otro y no se encuentran justificados por las necesidades del negocio” (Balta 1996: 199).

De este modo, tenemos que, para detectar la discriminación indirecta, es necesario prestar especial atención a cada caso concreto pues, inclusive en situaciones que determinado proceder o accionar tuviera, supuestamente, un motivo válido o aparentemente neutro, es posible afectar negativamente a determinados grupos sociales, en especial cuando la aplicación de dicho motivo neutro no se encuentra justificado.

Así las cosas, si analizamos la figura de la extensión de convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios por decisión unilateral del empleador, tendremos que se cumple con el primer criterio de la discriminación indirecta, que es la de una acción aparentemente neutra o válida que en este caso sería la propia extensión del convenio por decisión unilateral del empleador en virtud del poder de dirección.

Ahora bien, si nos adentramos más en el análisis, es posible concluir que en realidad, con esta acción del empleador, se estaría generando un impacto adverso contra el grupo de trabajadores sindicalizados pues al extender los beneficios a los trabajadores no sindicalizados, pierde sentido el afiliarse a una organización sindical, generando no solo

el empleador una injerencia en la sindicación sino que, a su vez, perjudicando a este grupo que goza de una protección especial, con lo cual podemos apreciar que se concreta la figura de una discriminación indirecta.

2.1 El criterio de diferenciación entre los afiliados a un sindicato y los no afiliados

Un alcance adicional vinculado al principio-derecho de igualdad que es pertinente revisar es el uso del criterio jurídico de diferenciación. En relación al mismo, César Landa menciona:

No todo trato diferente entre los seres humanos, amparado en un acto o una ley, configura un supuesto de discriminación, como en el caso del pago diferenciado del impuesto a la renta, en función de los ingresos de las personas. El principio de diferenciación, mas no de discriminación, es aplicable a diversos ámbitos de la actividad humana en las relaciones ciudadanas con los poderes públicos e inclusive en las relaciones privadas entre los particulares:

Siempre que esta distinción parta de supuestos de hecho consustancialmente diferentes y que expresen; de modo proporcionado, una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma; los cuales no pueden apartarse de la justicia y de la razón, vale decir, no pueden proseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnan a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana (citado en Saladin 1975: 430) (Landa 2007: 134).

En virtud de lo desarrollado, tenemos entonces que es posible encontrarnos en situaciones donde existan tratos diferentes para las personas y que aquello no necesariamente implique una discriminación. Para ello, será necesario que el escenario de trato diferente ante el cual nos encontremos cuente con los siguientes supuestos:

- 1) La distinción debe partir de hechos consustancialmente diferentes; y,
- 2) Los hechos diferentes deben expresar, de modo proporcionado, una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, sin que se aparten del respeto a la dignidad de la persona.

La posibilidad de realizar tratos diferenciados ha sido a su vez ya objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional, el cual en sus considerandos 61 y 62 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 0048-2004-PI/TC dictaminó:

61. Sin embargo, la igualdad [...] como tal, comporta que **no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribe todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de justificación objetiva y razonable [...]**

62. Estas precisiones deben complementarse con el adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales, a saber, **diferenciación y discriminación. En principio debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables [...]** [Las negritas son nuestras] (Tribunal Constitucional 2005: Considerandos 61-62).

De este modo, el supremo intérprete de la Constitución establece que la diferenciación es una acción constitucionalmente válida, siempre y cuando tenga una justificación objetiva y razonable, por lo que no se debe entender todo trato diferente como un acto discriminatorio, con lo cual nos ocupa analizar si es que en el caso de las extensiones de convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios es posible aplicar la diferenciación entre los afiliados al sindicato y los no afiliados, permitiendo que los beneficios del mismo se circunscriban únicamente a los trabajadores sindicalizados, siendo necesario para ello, realizar una breve comparación entre el derecho de afiliación y el de no afiliación, también denominados libertad sindical individual positiva y libertad sindical individual negativa, a la luz del principio-derecho de igualdad.

2.1.1 Comparación entre la libertad sindical individual positiva y la libertad sindical individual negativa

Entrados a este punto, corresponde entonces comparar los supuestos de libertad sindical individual positiva y libertad sindical individual negativa con el fin de determinar si es posible aplicar acciones de diferenciación sobre los mismos o si, por el contrario, el simple hecho de realizar acciones distintas para cada uno de estos dos supuestos conllevará indefectiblemente a una causal de discriminación.

Respecto a la libertad sindical tanto positiva como negativa, las cuales forman parte del ámbito de la libertad sindical individual, pues son ejercidas personalmente por cada trabajador, Alfredo Villavicencio comenta:

El aspecto individual de la libertad sindical está constituido por todos aquellos derechos de los trabajadores a constituir y afiliarse a las organizaciones que estimen conveniente, sin autorización previa y en total libertad, así como a desarrollar actividad sindical (libertad sindical individual positiva); y a no incorporarse o retirarse libremente de tales organizaciones (libertad sindical negativa), sin que ello pueda ser fuente de ningún perjuicio. La utilización del adjetivo <<positiva>> expresa el hecho de que se está hablando de actos explícitos de los trabajadores de participación en la constitución de una organización o de adhesión a la misma o de proselitismo o activismo sindical. Por el contrario, la referencia a la libertad sindical <<negativa>> tiene que ver con la tutela de los derechos de los trabajadores a mantenerse indiferentes (no incorporándose o desligándose) frente al hecho sindical, sin que ello pueda afectar negativamente en cualquier terreno (Villavicencio 2010: 95-96).

Como se puede apreciar, la libertad sindical individual positiva a la cual nos referimos está intrínsecamente ligada al aspecto individual de la libertad sindical, el cual implica el ejercicio del derecho constitucional reconocido en el artículo 28ª de nuestra Constitución respecto al desarrollo de la actividad sindical, partiendo de la propia afiliación a un sindicato o la creación de uno. La libertad sindical individual negativa a la cual nos referimos, por otro lado, supone el derecho del trabajador a no afiliarse o a desafilarse de un sindicato.

Ahora bien, consideramos importante precisar que cuando el autor hace referencia a que el ejercicio de la libertad sindical individual negativa no puede ser fuente de ningún perjuicio, esto se referiría a que, por ejemplo, no se pueda condicionar la contratación o estabilidad laboral de un trabajador al hecho de que se afilie o esté afiliado a un sindicato.

La libertad de no afiliarse o desafilarse se ha visto también positivizada en normas con rango de ley, ejemplos de lo señalado son los artículos 3º y 25º del Decreto Supremo N° 003-97-TR. Sin embargo, ello no implica que, respetando el principio-derecho de igualdad, no sea posible aplicar un trato diferenciado entre los que optan por ejercer propiamente su derecho fundamental a formar parte de una organización sindical y los

que optan por no hacerlo, siempre y cuando exista una justificación objetiva y razonable.

Es pertinente señalar que el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre el derecho de libertad sindical individual positiva y negativa en su Sentencia recaída en el Expediente N° 008-2005-PI/TC, al afirmar lo siguiente:

c.4.2) Los alcances de la libertad sindical

27. Esta facultad se manifiesta en dos planos: el intuito persona y el plural.

La libertad sindical intuito persona plantea dos aspectos:

- Aspecto positivo: Comprende el derecho de un trabajador a constituir organizaciones sindicales y a afiliarse a los sindicatos ya constituidos. Dentro de este contexto se plantea el ejercicio de la actividad sindical.
- Aspecto negativo: Comprende el derecho de un trabajador a no afiliarse o a desafilarse de una organización sindical. (Tribunal Constitucional 2005: Considerando 27).

Atendiendo a todo lo presentado en el presente capítulo, queda claro entonces que ambos aspectos de la libertad sindical individual implican supuestos completamente distintos.

Efectivamente, como resulta evidente, el aspecto positivo de la libertad sindical individual implica no solo la decisión jurídica de ejercer el derecho de libertad sindical en sí mismo, sino que, además, al afiliarse el trabajador a un sindicato, sobre el terreno de los hechos, esto también implicará que realice las acciones propias de un afiliado, tales como:

- Asistir a asambleas, reuniones y demás actividades sindicales.
- Realizar un pago periódico de un monto correspondiente a la cuota sindical.
- Tener la posibilidad de elegir a sus dirigentes sindicales o, eventualmente, postular a uno de estos cargos.
- Participar directa o indirectamente de los procesos de negociación colectiva.

- Facultad para ejercer el derecho de huelga de forma colectiva.

En ese sentido también se pronuncia Paredes Palacios, al señalar:

¿Se encuentran los trabajadores afiliados en las mismas condiciones o situaciones que los trabajadores no afiliados? Pareciera ser que no. Mientras que unos han decidido pertenecer a un sindicato para ejercer, de este modo, un aspecto de la vida en democracia, los otros no. Mientras unos proponen y luchan conjuntamente en la defensa de sus intereses laborales, los otros no. **Mientras unos consiguen, con su participación democrática, mejoras en las condiciones remunerativas y de trabajo, los otros no.** Mientras unos aportan a sus organizaciones sindicales, los otros no. Por tanto, los unos y los otros no se encuentran en las mismas condiciones y situaciones (Paredes 2011: 198).

Como se puede apreciar, la afiliación a un sindicato implica una serie de beneficios y obligaciones, las cuales no ocurren cuando un trabajador no se afilia a un sindicato pues ambos se encuentran en situaciones y supuestos distintos.

De este modo, queda claro que el trabajador que decide afiliarse a un sindicato pone a disposición su tiempo, al asistir a reuniones y asuntos sindicales, e inclusive su patrimonio económico, al realizar periódicamente el pago de la cuota sindical, lo cual dista sustancialmente de lo que ocurre con un trabajador que no se afilia a un sindicato, debiendo recordarse que los trabajadores que optan por ejercer sus derechos sindicales cuentan con una tutela adicional dentro de nuestro ordenamiento jurídico, en base a los Convenios de la OIT desarrollados en el presente artículo.

Así las cosas, si volvemos sobre el criterio de diferenciación desarrollado, el cual no implica discriminación, tenemos que para que este se encuentre acorde a los valores y principios constitucionales de nuestro ordenamiento jurídico será necesario que la distinción deba partir de hechos consustancialmente diferentes.

En ese sentido, del análisis realizado en el presente caso, este requisito se cumple, toda vez que las implicancias del ejercicio del aspecto positivo de la libertad sindical individual son intrínsecamente diferentes al del aspecto negativo por los hechos que implican el propio ejercicio del derecho a afiliarse a un sindicato y sus consecuencias.

Asimismo, conforme a lo establecido por el Tribunal Constitucional en su Sentencia recaída en el Expediente N° 0048-2004-PI/TC, para que la diferenciación esté

constitucionalmente admitida será necesario que el trato desigual se funde en causas objetivas y razonable, siendo esto justamente lo que ocurre en el caso concreto.

Hay que recordar que los beneficios obtenidos por convenio colectivo celebrado con un sindicato minoritario en favor de sus afiliados se consiguen como consecuencia directa del ejercicio constitucional y democrático de los derechos colectivos de trabajo, siendo indispensable para ello el ejercicio de la constitución y afiliación a una organización sindical, la negociación colectiva y, eventualmente, la huelga. El resultado que se obtiene de ello es el convenio colectivo, que puede tener como ámbito de aplicación solamente a los afiliados pues son los únicos trabajadores que dieron su consentimiento al sindicato minoritario respectivo para que ejerza su representación, lo cual no ocurre en el caso de los no afiliados.

De este modo, al existir supuestos distintos que implican consecuencias tan diferentes para los trabajadores que optan por afiliarse o no afiliarse a un sindicato, hace sentido entonces que los efectos del convenio colectivo que un sindicato minoritario, el cual se encuentra compuesto por trabajadores que ejercieron su libertad sindical individual positiva, celebra con su empleador deban circunscribirse únicamente a los miembros que forman parte de dicho sindicato y no a los trabajadores que ejercieron el aspecto negativo de la libertad sindical individual, esto ya no solo en concordancia con lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico respecto a la representatividad y la eficacia personal limitada sino, principalmente, porque dicha diferenciación se funda en causas objetivas y razonables, no vulnerándose el principio de igualdad al no permitir la extensión de convenios colectivos.

Ahora bien, pese a que en nuestra opinión el análisis realizado en el presente punto cumple con el desarrollo de los criterios de razonabilidad y objetividad para la aplicación de la diferenciación, lo cierto es que para el Tribunal Constitucional es necesario el uso del instrumento denominado test de igualdad para determinar cuándo es que nos encontramos en un supuesto de discriminación.

En ese sentido, y toda vez que el fin de este artículo es brindar la mayor cantidad de alcances relevantes respecto a la extensión de convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios, en el siguiente punto realizaremos un test de igualdad conforme a lo desarrollado por Tribunal Constitucional buscando determinar la validez o no de la

medida de extensión y si es que esta se ajustaría más a una diferenciación que a una discriminación o viceversa.

2.2 Aplicación del test de igualdad, conforme al criterio utilizado por el Tribunal Constitucional Peruano, en la extensión de convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios

Para comenzar este último punto de análisis relacionado al principio-derecho de igualdad, es pertinente remitirnos a lo referido por el Tribunal Constitucional respecto al Test de igualdad y su uso. En ese sentido, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI/TC (acumulados) se comenta:

21. Ahora bien, a efectos de determinar si en un caso concreto se está frente a una quiebra del principio-derecho a la igualdad, la doctrina constitucional ha desarrollado mecanismos para determinar cuándo estamos frente a un trato desigual con base en justificaciones objetivas y razonables; o cuándo frente a un trato arbitrario, caprichoso e injustificado y, por tanto, discriminatorio. Precisamente, uno de esos instrumentos a los que habrá de recurrir nuevamente este tribunal es al **test de igualdad, que es una guía metodológica para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y, por tanto, violatorio del principio-derecho a la igualdad.**

Dicho test se analiza a través de tres subprincipios: 1. Subprincipio de idoneidad o de adecuación; 2° subprincipio de necesidad; y 3. Subprincipio de proporcionalidad strictu sensu [Las negritas son nuestras] (Tribunal Constitucional 2007: Considerando 21).

Como se puede apreciar entonces, el test de igualdad es un instrumento de la doctrina que busca brindar cierta metodología y objetividad a la solución de casos tan complejos como los de conflictos de derechos fundamentales, aunque desde ya adelantamos que, a nuestro parecer, inclusive este test no deja de contar con un fuerte carácter valorativo.

Sin perjuicio de lo anterior, el test de igualdad es una herramienta que el Tribunal Constitucional ha utilizado en múltiples ocasiones para determinar si es que determinado actuar es discriminatorio o no, siendo importante por ello que se haga una valoración del mismo en el caso de la extensión de convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios, sobre todo si uno de los puntos que siempre entran en discusión es justamente si es que el no permitir la extensión sería una discriminación contra los no afiliados, quienes no podrían obtener mejoras laborales por su sola condición de no

afiliados.

En ese sentido, en la misma sentencia citada previamente se desarrolla, además, qué implica cada uno de los subprincipios del test de igualdad:

22. (i) *Subprincipio de idoneidad o adecuación.* De acuerdo con este, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. Entre otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y segundo, la idoneidad de la medida utilizada.

[...]

(ii) *Subprincipio de necesidad.* Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar al objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.

[...]

(iii) *Subprincipio de proporcionalidad strictu sensu.* Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental. (Tribunal Constitucional 2007: Considerando 22).

Teniendo en cuenta lo anterior, es menester analizar propiamente si la prohibición de la extensión unilateral de los convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios superaría o no el test de igualdad pues sería el derecho a la igualdad de los no afiliados el que se estaría procurando proteger:

- 1) Con relación al subprincipio de idoneidad, habría que comenzar señalando que el objetivo de prohibir la extensión tiene un fin legítimo que estaría basado en la protección de los derechos colectivos de trabajo contemplados en el artículo 28º de la Constitución, poniendo el énfasis en la libertad sindical.

Al prohibir la extensión de los convenios colectivos por voluntad del empleador, se asegura la no interferencia del empleador en el derecho de libre afiliación, lo cual conlleva a un escenario que permite el desarrollo de la actividad sindical y el consiguiente ejercicio de estos derechos fundamentales (libertad sindical, negociación colectiva y huelga) por las personas que opten por realizar los mismos.

De este modo, no solo se puede apreciar la legalidad constitucional del objetivo que se busca alcanzar con la prohibición de la extensión, sino que además se establece la idoneidad de la medida utilizada pues la injerencia en el derecho de igualdad, en tanto los no afiliados no perciben los beneficios celebrados en el convenio, tiene relación con asegurar el legítimo ejercicio de la libertad sindical sin injerencias de terceros, en especial de la parte empleadora.

- 2) Con relación al subprincipio de necesidad, al no existir otra medida o medio alternativo que cuente con la misma idoneidad o que salvaguarde de igual forma el fin legítimo que se está buscando proteger, la prohibición de la extensión unilateral superaría también este subprincipio.

En este punto es oportuno señalar que una medida alternativa que se podría proponer sería, por ejemplo, el permitir la extensión unilateral de únicamente un porcentaje de lo acordado en un convenio, ya sea el 90%, 70%, 50% o cualquier otro porcentaje menor al acordado en el convenio, en favor de los no afiliados.

A nuestro modo de ver, esta medida no protegería como se debe el derecho fundamental a la libertad sindical, debiendo recordarse que es el propio trabajador no afiliado quien ha decidido no adquirir los beneficios nacidos de estos convenios colectivos al no realizar su afiliación, evadiendo de esta forma también asumir obligaciones con el sindicato, como la participación de las actividades sindicales y el pago de cuotas, acciones que permiten en última instancia el ejercicio de este derecho fundamental y la defensa de los intereses de sus afiliados. De permitirse esta extensión en una proporción menor, de igual forma el empleador estaría desalentando la afiliación e interfiriendo en la misma.

En virtud de lo señalado, debemos reafirmarnos en nuestra posición de que la única medida que garantizaría el fin legítimamente perseguido sería la prohibición general de la extensión de convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios,

salvo supuestos muy específicos como las cláusulas que regulen supuestos de Seguridad y Salud en el Trabajo, a las cuales se les dará un desarrollo en el último capítulo del presente artículo. De este modo, debe entenderse como superado el subprincipio de necesidad.

- 3) Con relación al subprincipio de proporcionalidad strictu sensu, consideramos que el grado de realización del objetivo constitucional que se busca garantizar es superlativo en contraposición con el grado de afectación al derecho a la igualdad.

En este punto, es importante recordar que si bien el derecho más próximo que se busca proteger es el de la libertad de afiliación, el cual forma parte de la libertad sindical, lo cierto es que el permitir la extensión de convenios conllevaría a una afectación adicional del derecho fundamental a la negociación colectiva y el derecho fundamental a la huelga debido a que existe una relación intrínseca que hace que la afectación a tan solo uno de estos tres derechos fundamentales pueda poner en riesgo el ejercicio de los otros dos.

En la línea de lo señalado, Villavicencio Ríos comenta:

Al respecto, debemos dejar indicado que el más relevante instituto de atribución de poder y equilibrio social de nuestras democracias, la tutela colectiva, funciona de manera sistemática: tiene como presupuesto la creación libre de sujetos colectivos, a la negociación colectiva como medio de expresión y a la huelga como garantía de eficacia. Por tanto, si bien podemos dividir este derecho a efectos de estudiarlo con más acuciosidad, debemos afirmar que puestos en acción sus tres componentes (autoorganización, autorregulación y autotutela) no solo son inescindibles, sino que deben poder materializarse efectivamente ya que se trata de un trípode que para tenerse en pie requiere no solo de sus tres patas sino también de que ninguna sufra restricciones sensibles (Villavicencio 2014: 210).

De esta forma, es posible apreciar la imagen del trípode de los derechos colectivos de trabajo en donde, si no existiera la libertad sindical para asegurar la autoorganización, no se podría negociar colectivamente ni ejercer plenamente el derecho de huelga; si no existiera la negociación colectiva como herramienta de autorregulación para lograr mejoras económicas o laborales, carecería de sentido el ejercicio de la libertad sindical y la huelga; y, si no existiera la huelga como instrumento de presión y autotutela, las negociaciones colectivas no tendrían peso e

incluso podría no importar que existieran organizaciones sindicales.

Así las cosas, al prohibir la extensión unilateral se asegura que exista una libertad de sindicación sin injerencia del empleador, lo cual lleva al crecimiento en números de la organización sindical minoritaria y le otorga una mayor fuerza para garantizar cada vez una equiparación de poderes con el empleador con el fin de ejercer a su vez sus derechos constitucionales a la negociación colectiva y, de ser el caso, a la huelga.

Del otro lado, existiría una presunta vulneración a la igualdad de los trabajadores no afiliados, la cual, a nuestro juicio, en el caso de existir tal, sería en realidad mínima. Al respecto, es pertinente recordar que todo trabajador tiene derecho a afiliarse a un sindicato y con ello acceder a sus beneficios y obligaciones. Claramente dentro de los beneficios estaría contemplado que el convenio colectivo de trabajo al cual arribe su sindicato le sea aplicable. Dentro de las obligaciones, el cumplimiento de sus deberes como afiliado permitirá el desarrollo de la organización sindical la cual a su vez podrá cumplir su finalidad de proteger los intereses de sus afiliados de una mejor manera.

Finalmente, consideramos importante referirnos al argumento que señala que supuestamente al no permitirse la extensión de estos convenios colectivos, se estaría condenando a los trabajadores que no desean afiliarse a una organización sindical a no contar nunca con una mejora económica por su sola condición de no afiliado. Si este fuera el caso, realmente estaríamos ante un grado de intervención impropio sobre el derecho a la igualdad. Sin embargo, consideramos que dicha afirmación es falaz pues todo trabajador, afiliado o no afiliado tiene derecho a obtener mejoras económicas a lo largo de su relación laboral y ello ocurrirá en virtud del poder de dirección del empleador, el cual ciertamente puede ostentar la libertad de organización de su empresa.

Sin perjuicio de lo señalado, en la actualidad es cada vez menos controversial que este tipo de beneficios otorgados por los empleadores no pueden ser absolutamente arbitrarios y, sobre todo, no pueden obedecer a motivos prohibidos, siendo un motivo prohibido por nuestro ordenamiento discriminar por motivo de afiliación o no afiliación y un motivo permitido el ejercicio constitucional del derecho a la

negociación colectiva.

Esto último ha sido incorporado explícitamente a nuestro ordenamiento por una norma que justamente tiene como objetivo lograr mayores niveles de igualdad en el ámbito laboral. Nos referimos al artículo 6° del Decreto Supremo N° 002-2018-TR, Reglamento de la Ley N° 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, la cual señala que:

6.1. Por excepción, los trabajadores pertenecientes a una misma categoría pueden percibir remuneraciones diferentes, cuando dichas diferencias se encuentren justificadas en criterios objetivos tales como la antigüedad, el desempeño, la negociación colectiva, la escasez de oferta de mano de obra calificada para un puesto determinado, el costo de vida, la experiencia laboral, el perfil académico o educativo, el desempeño, el lugar de trabajo, entre otros [Las negritas son nuestras].

Así las cosas, el empleador podrá otorgar los beneficios acordados en un convenio colectivo celebrado con un sindicato minoritario únicamente a sus afiliados. Asimismo, podrá otorgar otros beneficios a sus trabajadores, indistintamente de su condición de afiliados o no afiliados pero esta voluntad unilateral de otorgar dichos beneficios no podrá tener como criterio de discriminación la característica de estar afiliado o no afiliado a un sindicato.

De esta manera, consideramos que se supera el subprincipio de proporcionalidad strictu sensu, ya que se satisface completamente el objetivo que se busca tutelar, por el otro lado, el grado de intervención al derecho a la igualdad es considerablemente inferior.

Lo anterior nos lleva a afirmar que, inclusive aplicando el test de igualdad, la regla en el caso de las extensiones de convenios colectivos celebrados por sindicatos minoritarios debería ser la prohibición de la extensión por los argumentos expuestos a lo largo del presente artículo.

Llegados a este punto y habiendo expuesto los motivos de por qué la norma debería ser la no extensión de convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios, consideramos fundamental precisar que, al igual que toda regla, existen excepciones que pueden permitir, de forma extraordinaria, estas extensiones. De este modo, en el tercer y último capítulo del presente artículo, procederemos a desarrollar el por qué de estas

excepciones.

IV. CAPÍTULO 3: La extensión de convenios como excepción a la regla en el caso de los convenios colectivos celebrados por sindicatos minoritarios

Como hemos sustentando a lo largo de este trabajo académico, consideramos que nuestro ordenamiento jurídico no es compatible con la extensión de convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios como regla general, en especial si es que el sustento de esta extensión tiene como fundamento la voluntad unilateral del empleador, vaciando de contenido el mismo convenio colectivo pues el empleador de igual forma otorga a los trabajadores no afiliados beneficios que se lograron alcanzar a través del ejercicio democrático y constitucional de la libertad sindical y la negociación colectiva, minimizando de esta forma el logro obtenido y desestabilizando con dicho actuar a la organización sindical de turno pues, sea intencionalmente o no, con este actuar se genera una injerencia en el derecho de afiliación de los trabajadores que ven la posibilidad de obtener los beneficios que te brinda estar afiliado a un sindicato sin tener que pasar por las obligaciones que te impone esta decisión.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos importante abordar los supuestos excepcionales en los cuales la extensión de convenios colectivos sería constitucional y por lo tanto compatible con nuestro ordenamiento jurídico.

El primero de ellos sería el de la extensión de convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios por acuerdo entre las partes y el otro sería la posibilidad excepcionalísima de extender de forma unilateral determinadas cláusulas de los convenios colectivos, como el caso de las cláusulas pertenecientes a Seguridad y Salud en el Trabajo.

3.1 La extensión de convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios por acuerdo entre las partes

Lo primero que debemos señalar en este punto es que, como ya ha sido citado, el VIII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional establece precisamente que, como regla general, no pueden extenderse los convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios, salvo dos supuestos de excepcionales, el primero es que exista acuerdo expreso entre las partes en el propio convenio sobre la extensión.

Lamentablemente, el segundo supuesto que se contempla en el Pleno retira todo lo afirmado hasta ese momento, ya que establece que por la sola voluntad unilateral del empleador, es posible extender estos convenios colectivos, con lo cual nunca será necesario que exista acuerdo entre las partes y la regla tampoco será que los convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios no puedan extenderse sino que ocurrirá siempre lo que el empleador desee, lo cual, en la mayoría de los casos es la extensión que lleva consigo un efecto contrario a los intereses sindicales y la injerencia del empleador en la libertad sindical y la libre afiliación.

Ahora bien, dejando de lado el Pleno, cumplimos con compartir que no nos encontramos plenamente de acuerdo con que la extensión por acuerdo entre las partes sea jurídicamente viable, al menos no por el acuerdo únicamente entre el empleador y el sindicato minoritario, ya que, como hemos desarrollado previamente, una de las características de las que carecen precisamente los sindicatos minoritarios es la representatividad, con lo cual ellos no están facultados para acordar nada en nombre de trabajadores no afiliados.

De esta forma, a nuestro modo de ver, inclusive, aunque exista un acuerdo entre las partes que realizan la negociación colectiva, ellas no tienen la potestad para que el convenio aplique en favor de los no afiliados. Sin perjuicio de lo señalado, ello no ha sido óbice para que otros ordenamientos jurídicos regulen este supuesto buscando salvar el problema planteado.

A nivel de nuestra región, una postura con la que podríamos encontrarnos más de acuerdo es la planteada en el ordenamiento chileno, en donde se permite la extensión de convenios colectivos a trabajadores no afiliados, pero bajo determinados supuestos. En ese sentido, el artículo 321° del Código del Trabajo chileno, fijado por el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2002 del Ministerio de Trabajo, establece:

321.- Todo instrumento colectivo deberá contener, a lo menos, las siguientes menciones:

[...]

4.- El acuerdo de extensión de beneficios o la referencia de no haberse alcanzado dicho acuerdo. [...]

Como podemos apreciar, un primer requisito para la extensión en el caso del ordenamiento chileno es que exista un acuerdo entre las partes, el cual debe figurar expresamente en el convenio. Sin embargo, este no es el único requisito para que proceda la extensión. Adicionalmente, en el artículo 322° del Código de Trabajo chileno se señala:

322.- [...]

Las partes de un instrumento colectivo podrán acordar la aplicación general o parcial de sus estipulaciones a todos o parte de los trabajadores de la empresa o establecimiento de empresa sin afiliación sindical. En el caso antes señalado, para acceder a los beneficios dichos trabajadores deberán aceptar la extensión y obligarse a pagar todo o parte de la cuota sindical ordinaria de la organización sindical, según lo establezca el acuerdo.

El acuerdo de extensión de que trata el inciso anterior deberá fijar criterios objetivos, generales y no arbitrarios para extender los beneficios a trabajadores sin afiliación sindical [...]

De este modo, se completan los requisitos restantes, añadiéndose la necesidad de que el trabajador no afiliado acepte la extensión contemplada en el convenio colectivo, lo cual conllevará a que dicho trabajador pague la cuota sindical correspondiente.

La propuesta chilena es sin duda interesante pues, en primer lugar, regula expresamente la posibilidad de la extensión de convenios colectivos, hecho que no ocurre en nuestro ordenamiento jurídico más allá del esfuerzo establecido en el VIII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional.

En segundo lugar, dicha regulación expresa le permite ordenar claramente los supuestos en los que procederá la extensión, es decir, únicamente cuando exista un acuerdo expreso entre las partes, el cual deberá figurar en el convenio colectivo.

Esto es importante ya que no faculta la extensión unilateral del empleador, que a todas luces puede considerarse como un acto antisindical, y que haría que pierda sentido el acuerdo arribado entre las partes.

En tercer lugar, salva el problema de la eficacia personal limitada que tienen los sindicatos minoritarios al momento de celebrar convenios colectivos, los cuales jurídicamente no pueden representar a los trabajadores que no se encuentran afiliados a

dichas organizaciones sindicales, para ello la norma chilena exige que exista una aceptación de la extensión propuesta, creándose una suerte de acuerdo tripartito.

Finalmente, en cuarto y último lugar, establece la obligación del pago de una cuota sindical en favor del sindicato de parte de los trabajadores no afiliados que deseen percibir los beneficios del convenio a través de la extensión. Esta medida de forma indirecta reconoce la afectación que existiría a los sindicatos y a la libertad sindical si se permitiera ilimitadamente extender los beneficios sin la necesidad de estar afiliado, lo cual indubitablemente reduciría la tasa de afiliación sindical e inclusive podría incentivar la desafiliación de los trabajadores que ya forman parte del sindicato.

Como contramedida a lo anterior, se impone el pago de un canon sindical, equivalente a la cuota sindical ordinaria, el cual generaría un ingreso económico al sindicato como si de un afiliado más se tratara, pese a que en realidad se trata de un trabajador no sindicalizado que goza de un convenio colectivo, con lo cual el sindicato podrá invertir dicho ingreso en la realización de sus fines, que son la defensa de los intereses de los trabajadores.

De este modo, si bien personalmente contamos con alguna reserva respecto a la extensión de convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios por acuerdo entre las partes, consideramos que una opción constitucionalmente válida podría llegar a ser la aplicada en el caso chileno con el acuerdo tripartito y el pago de la cuota sindical, la cual reduce la afectación a la libertad de afiliación y, por consiguiente, a los derechos colectivos de trabajo en general.

3.2 La extensión de convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios por decisión unilateral del empleador en el caso de las cláusulas de Seguridad y Salud en el Trabajo

Si bien a lo largo del presente artículo hemos desarrollado diversas razones por las cuales la regla en nuestro ordenamiento jurídico debería ser la prohibición de la extensión unilateral de convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios, consideramos pertinente precisar que, al igual que toda regla tiene su excepción, en el caso de la extensión de convenios colectivos celebrado con sindicatos minoritarios existen supuestos límite que facultarían el uso de esta figura de forma muy excepcional.

En la línea de lo señalado, una de las posibles excepciones a la prohibición de extensión serían las cláusulas que regulan supuestos de Seguridad y Salud en el trabajo. Lo anterior sería posible pues en estos casos en concreto no solo nos encontraríamos ante una ligera intervención al principio-derecho de igualdad, sino que, además, estaríamos ante una multiplicidad de derechos y obligaciones que podrían encontrarse en falta de no permitir la extensión.

En ese sentido, es importante recordar lo señalado por el VI Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional, correspondiente al año 2017, en el cual se arribó al siguiente acuerdo:

**I RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACCIDENTE DE TRABAJO, EN
APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 53 DE LA LEY N° 29783, LEY DE
SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO**

El Pleno acordó por unanimidad:

El empleador, como garante de la seguridad y salud en el centro laboral, siempre será responsable por cualquier evento dañoso para la vida o salud del trabajador [...]

Como se puede apreciar, existe una clara obligación de parte del empleador de garantizar la seguridad y salud de las personas que laboren para él. De ahí que en el acuerdo citado se llegue a afirmar que el empleador siempre será responsable en caso exista algún accidente o daño en contra de la vida o salud de sus trabajadores.

Ahora bien, más allá de la polémica que pueda generar esta afirmación por parte del VI Pleno, lo cierto es que el deber de garante del empleador no es una invención de este pleno, sino que ha sido largamente desarrollado por la doctrina y se encuentra recogido por nuestra legislación. De ahí que se hayan positivizado principios como el de prevención, responsabilidad, protección, entre otros en la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Así las cosas, se puede apreciar que en nuestro ordenamiento jurídico existe un interés, absolutamente razonable, de lograr la mayor protección de la seguridad y salud de todos los trabajadores, lo cual se condice a su vez con los derechos constitucionales a la salud, la integridad y la vida.

Atendiendo a todo lo señalado, parecería razonable que cuando un sindicato minoritario consigue un acuerdo que mejore las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, como puede ser la compra de equipos de protección personal (EPP) de una mejor calidad, estos no sean entregados únicamente a los afiliados al sindicato, sino que el empleador deba distribuir estos EPP entre todos sus trabajadores que los precisen para el desarrollo de sus labores, sin distinguir entre afiliados y no afiliados.

Lo anterior obedecería no solo al derecho a la igualdad, sino que además a otros derechos fundamentales como a la salud y a la vida, sin dejar de lado que el empleador está en la obligación de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores.

De este modo, consideramos válida la extensión en estos tipos de supuestos límite, en donde claramente existe una multiplicidad de derechos y obligaciones que deben ser analizados y que hacen razonable, de forma excepcional, la extensión de los beneficios de convenios colectivos, inclusive en los casos que esta sea unilateral, siempre y cuando exista un análisis serio de los derechos y obligaciones en juego, siendo precisamente los casos de seguridad y salud en el trabajo un caso ejemplificador de estos supuestos excepcionales.

V. CONCLUSIONES

Conforme a lo desarrollado en el presente artículo, queda claro que la extensión unilateral de convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios es una acción que, en casi la totalidad de los casos, supone una práctica antisindical que atenta contra la libertad de afiliación e, inclusive, contra los derechos colectivos de trabajo como un todo.

En la línea de lo señalado, es importante recordar que la extensión de convenios colectivos ha tomado para sí conceptos jurídicos como la representación y la representatividad para incorporarlos desde sus respectivas ramas del derecho al ámbito de las relaciones colectivas de trabajo.

De este modo, en materia sindical, únicamente gozarán de representatividad los sindicatos mayoritarios o las coaliciones sindicales que agrupen a la mayoría de trabajadores de un mismo ámbito, contando con una eficacia erga omnes. Por otro lado, los sindicatos minoritarios tendrán una eficacia personal limitada que alcanzará

únicamente a sus afiliados, con lo cual se evidencia que la regla en el caso de los sindicatos minoritarios es la no extensión.

Aunado a lo anterior, tenemos el análisis al principio-derecho de igualdad, la protección especial de la cual gozan los afiliados y las organizaciones sindicales, así como el criterio de diferenciación, conceptos que aplicados al caso de la extensión han reafirmado la posición de que, como regla general, no debe proceder la extensión de convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios.

Tomando en cuenta lo señalado, consideramos importante reafirmarnos en contra del criterio vigente sobre extensión convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios establecido en el VIII Pleno Jurisdiccional Supremo en Material Laboral y Previsional, el mismo que habilita la extensión en todos los casos siempre que así el empleador lo desee.

Como se ha desarrollado a lo largo de presente artículo, consideramos que permitir que la extensión sea la regla y no la excepción conllevaría a la afectación de derechos fundamentales de trabajo contemplados en el artículo 28° de la Carta Magna y los tratados internacionales ratificados por el Perú, especialmente los Convenios 87 y 98 de la OIT y a la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, toda vez que la extensión ilimitada de convenios colectivos supondría una injerencia directa del empleador en la libertad de afiliación y podría ser considerado inclusive un acto antisindical como durante algunos años la misma Corte Suprema afirmó.

Lo señalado en el párrafo anterior no quiere decir que en ningún supuesto se deba permitir la extensión de convenios colectivos pues ciertamente existen cláusulas, aunque sean las menos, que sí sería razonable extender, como es el caso de las cláusulas sobre Seguridad y Salud en el Trabajo, que, por traer al análisis una serie de derechos fundamentales y deberes de garante adicionales, conllevan a pensar en la validez de su extensión, debiendo recordarse que, en todo caso, la extensión de convenios celebrados con sindicatos minoritarios siempre deberá ser la excepción y no la regla.

Así las cosas, consideramos que el presente artículo cumple con brindar un análisis de la figura de la extensión de convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios y cómo las normas nacionales e internacionales regulan el desarrollo del mismo, llegando

a la conclusión de que la regla deberá ser la no extensión de convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios y dejando abierta la posibilidad a que, de forma excepcional, se permita la extensión en contados supuestos, en los cuales deberá indefectiblemente ponderarse los derechos en juego para concluir si es que resulta razonable romper la regla general de no extensión.



VI BIBLIOGRAFÍA

BALTA, José

1996 “El impacto adverso”. *THĒMIS-Revista de Derecho*. Lima, número 34, pp. 117-124. Consulta: 17 de julio de 2020.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11837/12405>

BLUME, Iván.

2011 “Mejoras salariales, principio de igualdad y no discriminación entre trabajadores”. *IUS ET VERITAS*. Lima, número 42, pp. 232-249. Consulta: 17 de julio de 2020.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12090/12657>

CABALLERO, Katty

2020 “Comentarios al VIII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional”. *Análisis Laboral*. Lima, año 42, enero 2020, pp. 39-42.

CÁRDENAS, Ernesto

2020 “Prohibido Prohibir, la extensión de los convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios”. *Análisis Laboral*. Lima, año 42, enero 2020, pp. 43-46.

CIALTI, Pierre-Henri y Jairo VILLEGAS

2017 “La representatividad sindical como herramienta de promoción sindical en Colombia”. *Vniversitas*, 66(135), 54-97.

CONGRESO CONSTITUYENTE

1993 *Constitución Política del Perú*. Lima, 29 de diciembre.

CRISANTO, Ana

2020. “Extensión de beneficios de convenios colectivos suscritos por sindicatos minoritarios”. *Análisis Laboral*. Lima, año 42, enero 2020, pp. 51-56.

INDACOCHEA, Úrsula

2008 “¿Razonabilidad, proporcionalidad o ambos? Una propuesta de delimitación de sus contenidos a partir del concepto de ponderación”. *THĒMIS-Revista de Derecho*. Lima, número 55, pp. 97-108. Consulta: 17 de julio de 2020.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9227/9641>

LANDA, César

2007 *Tribunal constitucional y estado democrático*. Lima: Palestra.

LORA, Germán y Diego PALACIOS

2020 “Sindicatos minoritarios y extensión de los beneficios de sus convenios colectivos a favor de personal no sindicalizados”. *Análisis Laboral*. Lima, año 42, enero 2020, pp.66-71.

MEJÍA, Renato

2008 “La igualdad de remuneración por trabajo de igual valor”. *IUS ET VERITAS*. Lima, número 37, pp. 124-131. Consulta: 17 de julio de 2020.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12220/12786>

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO (MTPE)

1992 *Decreto Supremo N° 011-92-TR*. Lima, 14 de octubre.

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO (MTPE)

1997 *Decreto Supremo N° 003-97-TR*. Lima, 21 de marzo.

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO (MTPE)

2003 *Decreto Supremo N° 010-2003-TR*. Lima, 30 de setiembre.

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO (MTPE)

2018 *Decreto Supremo N° 002-2018-TR*. Lima, 8 de marzo.

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO (MTPE)

2012 *Informe N° 039-2012-MTPE/2/14*. Lima. Consulta: 17 de julio de 2020.
https://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/DGT/opinion/informe_39_2012.pdf

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)

1948 *Convenio N° 87. Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación*. Consulta: 17 de julio de 2020

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C087

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)

1949 *Convenio N° 98. Convenio sobre el derecho a la sindicación y negociación colectiva*. Consulta: 17 de julio de 2020.

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C098

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)

1951 *Recomendación N° 91. Recomendación sobre los contratos colectivos*.
Consulta:17 de julio de 2020

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:::NO:12100:P12100_ILO_CODE:R091:NO

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)

1981 *Recomendación N° 163. Recomendación sobre la negociación colectiva.*

Consulta: 17 de julio de 2020

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R163

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)

2015 *Informes del Comité de Libertad Sindical. Informe N° 376° del Comité de Libertad Sindical.* Ginebra. Fecha de Consulta: 17 de julio de 2020.

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_424081.pdf

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)

2018 *La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical.* Ginebra. Sexta edición. Fecha de Consulta: 17 de noviembre de 2020.

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_635185.pdf

PAREDES, Paúl

2011 “Cuando la Generosidad del Empleador Viola la Libertad Sindical: Un Caso

de Discriminación Laboral por Acción Indirecta”. *Derecho & Sociedad*. Lima, número 37, pp. 196-199. Consulta: 17 de julio de 2020

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13172/13785>

PODER EJECUTIVO (CHILE)

2002 *Decreto con Fuerza de Ley Número 1.* Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código de Trabajo. 31 de julio.

PODER JUDICIAL

2017 *VI Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional.* Lima.

Consulta: 17 de noviembre de 2020.

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/5cab4e004536fd508249b24df21c54fc/Informe.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=5cab4e004536fd508249b24df21c54fc>

PODER JUDICIAL

2019 *VIII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional.*

Lima.

Consulta: 17 de julio de 2020.

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f01202804b98c1f998d79e91cd134a09/VIII-PLENO-JURISDICCIONAL.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=f01202804b98c1f998d79e91cd134a09>

PRIORI, Giovanni

2000 “La representación negocial. Del derecho romano a la codificación latinoamericana”. Lima, número 20, pp. 347-379. Consulta: 20 de octubre de 2020.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15944/16369>

TOYAMA, Jorge y Gianfranco BRINGAS

2012 “Los principios de igualdad laboral y generalidad tributaria: puntos de encuentro y desencuentros”. *IUS ET VERITAS*. Lima, número 45, pp. 290-308. Consulta: 17 de julio de 2020.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12004/12572>

TOYAMA, Jorge y Alfredo TORRES

2017 “Extensión de los Convenios Colectivos de Trabajo y Sindicatos Minoritarios”. *IUS ET VERITAS*. Lima, número 55, pp. 284-302.

Consulta:

17 de julio de 2020.

<https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201703.017>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2004 *Expediente N° 2192-2004-AA/TC*. Sentencia: 11 de octubre. Consulta: 17 de julio de 2020.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02192-2004-AA.html>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2005 *Expediente N° 0048-2004-PI/TC*. Sentencia: 1 de abril de 2005. Consulta: 17

de julio de 2020.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2005 *Expediente N° 03330-2004-AA/TC*. Sentencia: 11 de julio. Consulta: 17 de julio de 2020.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03330-2004-AA.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2005 *Expediente N° 008-2005-PI/TC*. Sentencia: 12 de agosto de 2005. Consulta: 17 de julio de 2020.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00008-2005-AI.html>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2007 *Expediente N° 0009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI/TC (acumulados).*

Sentencia:

12 de agosto de 2005. Consulta: 17 de julio de 2020.

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00009-2007-AI%2000010-2007-AI.html>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2008 *Expediente N° 579-2008-PA/TC.* Sentencia: 5 de junio de 2008. Consulta
17

de julio de 2020.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00579-2008-AA.html>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2011 *Expediente N° 00032-2010-PI/TC.* Sentencia: 19 de julio de 2011.

Consulta:

17 de julio de 2020.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00032-2010-AI.html>

ERMIDA, Óscar

2012 “Crítica de la libertad sindical”. *Derecho PUCP*. Lima, número 68, pp.
33-61.

Consulta: 17 de julio de 2020.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2825>

VILLAVICENCIO, Alfredo

2010 *La libertad sindical en el Perú: Fundamentos, alcances y regulación.* Lima:
PLADES.

VILLAVICENCIO, Alfredo

2014 “La intervención estatal en la libertad sindical en América Latina: los
planos

orgánico y tutelar”. *IUS ET VERITAS*. Lima, número 48, pp. 208-221.

Consulta: 17 de julio de 2020.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11918>