

CUADERNOS DE TRABAJO DEL CICAJ NUEVA SERIE



**LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL
CONTEXTO DE LA DESCENTRALIZACIÓN
PRODUCTIVA PERUANA**

Miguel F. Canessa Montejo

**Cuaderno de Trabajo del CICAJ N.º 8
Nueva Serie**

2013

DEPARTAMENTO ACADÉMICO DE
DERECHO

**CENTRO DE INVESTIGACIÓN,
CAPACITACIÓN Y ASESORÍA JURÍDICA (CICAJ)**



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ

Cuaderno de Trabajo del CICAJ N.º 8

Categoría Profesores

Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ-DAD)

Jefe del DAD

Guillermo Boza Pró

Comité Asesor del CICAJ

César Landa Arroyo

David Lovatón Palacios

Iván Meini Méndez

Elizabeth Salmón Gárate

Eduardo Sotelo Castañeda

Alfredo Villavicencio Ríos

Editor y Director del CICAJ-DAD

Armando Guevara Gil

La nueva serie *Cuadernos de Trabajo del CICAJ* reúne contribuciones arbitradas y razonadas.

Las contribuciones que aquí presentamos son arbitradas porque cada uno de los textos es sometido a dos procesos de evaluación. El primero, a cargo del director y del Comité Asesor del CICAJ, consiste en la selección de los trabajos. El segundo, a cargo de dos especialistas en la materia, uno del ámbito nacional y otro del ámbito internacional, consiste en la lectura crítica del documento. Con el fin de garantizar la imparcialidad de los arbitrajes, se mantiene el anonimato de los autores y evaluadores.

Además, las contribuciones son razonadas porque incluyen el texto original revisado a la luz de los aportes de los árbitros, los comentarios de dos profesores invitados a presentarlos públicamente con el autor o la autora y, finalmente, la réplica a estos.

Esperamos que esta nueva serie contribuya significativamente al debate jurídico sobre los temas tratados por los autores y las autoras.

Cuaderno de Trabajo del CICAJ N.º 8

Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ)

La negociación colectiva en el contexto de la descentralización productiva peruana

Miguel F. Canessa Montejo

Primera edición

Tiraje: 250 ejemplares

© Miguel F. Canessa Montejo, 2013

© Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica, 2013

Departamento Académico de Derecho

Pontificia Universidad Católica del Perú

Av. Universitaria N.º 1801

Lima 32 - Perú

Cuidado de la edición: Aarón Verona Badajoz

Impreso por:

HERAL MOL S.R.L.

Calle Castrovirreyna N.º 174

Lima 5 - Perú

Se autoriza la reproducción total o parcial de este documento siempre y cuando sea fiel al original y se cite adecuadamente la fuente.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2013-13674

ISSN: 2310-5011

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

La negociación colectiva en el contexto de la descentralización productiva peruana

Introducción 8

Parte I

La descentralización productiva

- I.1. La descentralización productiva como fenómeno social en el mundo del trabajo 10
- I.2. La descentralización productiva como forma jurídica 13
- I.3. La descentralización productiva en el Perú 19

Parte 2

La negociación colectiva en el contexto de la descentralización productiva

- 2.1. El derecho de negociación colectiva en el marco constitucional 25
- 2.2. El principio de negociación libre y voluntaria y el principio de la negociación de buena fe 27
- 2.3. La legitimación en la negociación colectiva peruana 31
- 2.4. El nivel de la negociación colectiva en el Perú 34
- 2.5. Las negociaciones colectivas en *grupos de empresas* 40

Conclusiones 45

Bibliografía 48

Comentarios 55

- Alfredo Villavicencio Ríos 56
- Elmer Arce Ortiz 59

Respuesta del autor 63

La negociación colectiva en el contexto de la descentralización productiva peruana

Miguel F. Canessa Montejo

Doctor por la Universidad Carlos III de Madrid y profesor del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Sumilla

El derecho a la negociación colectiva recogido en la Constitución de 1993 es uno de los pilares fundamentales del sistema de relaciones laborales en el país. Sin embargo, los trabajadores de las empresas de servicios organizados en sindicatos tienen serias dificultades para ejercitar este derecho fundamental, en razón de que sus empleadores rechazan la presentación de sus pliegos de reclamos o niegan que sean titulares de este derecho. El presente estudio analiza la negociación colectiva de este importante sector de trabajadores, la aborda desde el contexto de la descentralización productiva en el Perú e introduce una metodología sociojurídica que permita profundizar en la temática desde los aspectos socioeconómicos del fenómeno.

Introducción

Desde hace unas décadas se viene transformando profundamente el mundo del trabajo peruano. Esta transformación es provocada por una serie de factores económicos y tecnológicos como los cambios organizativos de las empresas, el impulso del crecimiento económico, la apertura de nuestro mercado, el acceso a los mercados internacionales, etcétera. Este proceso de cambios socioeconómicos hace variar la actuación de los interlocutores sociales —empleadores y trabajadores— y del Estado en las relaciones laborales. Nos encontramos en una nueva etapa que le exige a la normativa estatal responder jurídicamente a estos fenómenos sociales.

Sin embargo, en el Perú no siempre se elabora una forma jurídica por la presencia de un nuevo fenómeno social, más bien son la influencia de la doctrina jurídica o la legislación laboral comparada las que justifican la nueva regulación, de modo que la norma laboral resulta artificial para el mundo del trabajo peruano, con las deformaciones y trastornos que ello provoca. Así, caemos en debates normativos carentes de sustento en la realidad. Por supuesto, esto no puede significar un rechazo o una renuencia a elaborar formas jurídicas que afronten los cambios en el mundo del trabajo peruano; se trata más bien de plantear una metodología jurídica que analice de qué modo se materializa el fenómeno social en el mundo del trabajo y, a partir de ese estudio, elaborar la forma jurídica apropiada que lo regule.

La descentralización productiva es uno de los fenómenos sociales más importantes que se viene produciendo en el mundo del trabajo peruano, ya sea que la provoquen las nuevas formas de organización de la empresa asentadas en el país o un marco normativo flexible que permita adoptarla para disminuir los costos de producción. Ante el impacto de la descentralización productiva, los trabajadores peruanos han venido implementando una serie de acciones colectivas para defender sus derechos laborales apelando a la sindicalización y a la negociación colectiva.

No obstante, esas acciones colectivas han venido sufriendo una serie de obstáculos. Los empresarios rechazan entablar negociaciones colectivas con organizaciones sindicales ajenas a la visión tradicional de la bilateralidad de las relaciones laborales. Así, se argumenta que esos sindicatos carecen de personería jurídica para negociar o se les rechazan sus pliegos de reclamos porque son planteados en un nivel de la negociación colectiva inexistente. Los pronunciamientos del Ministerio de Trabajo que ordenan el inicio de la negociación son

insuficientes porque se encuentran cuestionados ante el organismo judicial sin que exista un pronunciamiento firme al respecto.

Ante este renovado escenario del mundo del trabajo peruano, se justifica que el presente estudio intente responder a la siguiente interrogante: ¿la normativa vigente es adecuada para el ejercicio de la negociación colectiva en el escenario de la descentralización productiva peruana?

Consideramos que para esbozar una respuesta a esta interrogante resulta insuficiente reducirla al plano jurídico, en razón de que una respuesta completa va más allá de una correcta interpretación de la regulación. Se trata más bien de la correspondencia entre la forma jurídica (la regulación) y el fenómeno social (el ejercicio de la negociación colectiva dentro de la descentralización productiva). Se responde si la regulación resulta apropiada y no simplemente si existe un vacío legal o cómo se encuentra regulada. Un estricto análisis jurídico confronta la práctica de los actores sociales con la normativa vigente sobre negociación colectiva, y asume que el modelo abstracto de regulación contesta a los supuestos que la realidad materializa. Se trataría de una respuesta válida, pero incompleta. Preferimos incorporar el análisis sociológico para subrayar esas particularidades y ampliar la perspectiva del complejo fenómeno de la descentralización productiva sin que se pierda el carácter jurídico del estudio.

Por ello se ha dividido el estudio en dos grandes secciones. La primera parte aborda la descentralización productiva tanto como fenómeno social del mundo del trabajo y como forma jurídica del ordenamiento laboral. Luego, el análisis se traslada al escenario peruano sobre la base de lo observado. La segunda parte examina el ejercicio de la negociación colectiva en el escenario de la descentralización productiva peruana a partir de casos de negociaciones. Brevemente se introducen las cuestiones jurídicas fundamentales de la negociación colectiva: su contenido constitucional; los principios de negociación libre y voluntaria, de buena fe; la legitimación en la negociación; el nivel de negociación; y la negociación colectiva en el grupo de empresas. En el apartado final se responde a la interrogante principal por medio de una serie de conclusiones.

Parte I

La descentralización productiva

1.1. La descentralización productiva como fenómeno social en el mundo del trabajo

La organización del trabajo es la forma cómo se interrelacionan los diversos elementos — capital, trabajadores, maquinarias, insumos— que permiten la producción de una mercancía o la prestación de un servicio al interior de una empresa. Novick formula una buena definición de la organización del trabajo en los siguientes términos:

Por organización del trabajo puede definirse el conjunto de aspectos técnicos y sociales que intervienen en la producción de determinado objeto. Se refiere a la división del trabajo entre las personas, así como entre personas y las máquinas. Intervienen el medio ambiente y la totalidad de las dimensiones presentes en cualquier prestación laboral. La organización del trabajo es el resultado del conjunto de reglas y normas que determinan cómo se ejecuta la producción en la empresa. Desde esta perspectiva es una construcción social, histórica, modificable y cambiante. (2000: 126)

La eficiencia productiva consiste en que dicha interrelación permita producir la mercancía o la prestación del servicio con los menores costos económicos posibles y con la mayor calidad demandada. Durante buena parte del siglo XX, el modelo de producción fordista-taylorista resultaba ser el más eficiente.

Con la crisis económica de los setenta, pero, especialmente durante los ochenta, se inicia el proceso de conformación de nuevas formas de organizar el trabajo.¹ Gracias a ello, la empresa puede subdividir las fases de producción, independizarlas entre ellas, y así permitir que externamente puedan ejecutarse sin poner en peligro la producción en general.² Asimismo, van desapareciendo de las empresas las largas líneas de producción que concluyen con bienes estandarizados y se sustituyen por pequeñas organizaciones que producen una parte

¹ Una de las primeras investigaciones que muestran los profundos cambios que se venían produciendo en la organización del trabajo la encontramos en Piore y Sabel (1990).

² Para Valdés Dal-Ré, lo que lo caracteriza son los dos rasgos descritos: la fragmentación o segmentación del ciclo productivo y la externalización o exteriorización de ciertas fases, funciones o actividades de dicho ciclo (2002: 75-76).

específica del proceso bajo la coordinación de una central de dirección. Así, los bienes pueden rediseñarse y modificarse sin detener la producción en las demás secciones, y cobra importancia la producción de bienes particularizados que se colocan en el mercado. El paradigma de este modelo de producción es la empresa-red (Castells 2000: 201 ss.).³

La consolidación del modelo se logra cuando se independizan las fases de producción ya no solo al interior de una misma empresa, sino que también se pueden realizar externamente a ella. Paralelamente cobran importancia una variedad de términos —muchos de ellos que se confunden o se yuxtaponen— como: la intermediación laboral, la externalización, la cesión de trabajadores, la subcontratación (laboral), la tercerización (de servicios). Dicha variedad de términos explican las dificultades jurídicas en la adecuada regulación normativa de este fenómeno social surgido desde la nueva organización del trabajo.

El impacto de estas nuevas formas de organización del trabajo afecta inmediatamente al derecho del trabajo. Al subdividirse las fases productivas, las empresas no requieren mantener el mismo número de trabajadores y reducen su plantilla al número esencial que asegure la dirección productiva desde la central. Ya sea por la subdivisión en nuevas pequeñas compañías que giran alrededor de la empresa central o por el traslado externo de la fase productiva a terceras empresas, el clásico trabajador subordinado es sustituido por un trabajador temporal o semiautónomo. En algunos casos, escondiendo la subordinación bajo modalidades fraudulentas de contratos civiles o mercantiles (Ermida y Hernández 2003: 174-175); en otros casos, aprovechando las potencialidades de la innovación calificada de los trabajadores (Supiot 1999: 40).

Reconociendo las dificultades de «encasillar» las diversas modalidades de descentralización productiva existentes, partamos por identificar de manera general sus corrientes principales y dejemos de lado la denominación jurídica con que se le vincula. En general, se reconoce que existen dos corrientes principales en función a si se externaliza o se conserva la producción al interior del centro de labores.

La primera corriente sostiene que la empresa distribuye las fases de su producción de bienes hacia otras empresas (externalización) sin perder el control sobre el proceso productivo (Urrea 1999: 56-57). El abanico de posibilidades de la externalización (*outsourcing*) de la producción es bastante amplio: desde una empresa que implementa directamente solo las labores más esenciales (el núcleo del negocio) y contrata a terceras empresas para que implementen el resto del proceso productivo, como suele ocurrir con algunas empresas multinacionales que gozan de prestigio internacional por su marca (o logo), hasta una empresa que contrata a otra para una fase específica del proceso productivo, como ocurre con las empresas automotrices con la adquisición de los neumáticos u otros accesorios complementarios para sus vehículos. Hay que tener presente que a la externalización no la define que el proceso productivo se realice físicamente fuera de la empresa principal, porque cabe que la empresa contratista cumpla sus tareas dentro del centro de labores de la empresa principal.⁴

La segunda corriente sostiene que una empresa contrata a terceras personas —naturales o jurídicas— para que le proporcionen personal que cumpla labores al interior de su centro de trabajo, con independencia de si dichas labores son la actividad principal o auxiliar de dicha

³ Véase también Bilbao (1999: 126).

⁴ Ugaz resalta acertadamente que el destaque de personal no es el elemento determinante para configurar si nos encontramos ante una subcontratación (2009: 180).

empresa. A diferencia del modelo anterior, aquí no hay una externalización de la producción, sino más bien la incorporación de personal a las labores de la empresa siempre sometidos a su dirección, aunque bajo un régimen distinto al de sus propios trabajadores.

El tipo de obligación que adquiere el tercero respecto a la empresa principal podría ser el elemento clave para ubicar qué clase de descentralización productiva se implementa. Si la obligación del tercero fuera una obligación de hacer —prestar un servicio, elaborar un bien—, nos encontraríamos ante una externalización de la producción. En cambio, si la obligación del tercero es una obligación de dar —suministrar o ceder trabajadores—, nos encontraríamos ante una incorporación de personal a las labores productivas.

Si bien la descentralización productiva tiene resultados positivos a favor de las empresas, lo mismo no puede plantearse sobre los trabajadores. Bronstein plantea un balance interesante en los siguientes términos:

Cuando la relación jurídica en la que son parte asume la forma de una subcontratación de mano de obra, los trabajadores de la empresa subcontratista casi siempre son reclutados con salarios y condiciones de trabajo inferiores a aquellos de la empresa usuaria, que a menudo ejecutan tareas similares o equivalentes. Tampoco gozan de la misma seguridad del empleo, en la medida en que la empresa subcontratista por lo general está limitada por un contrato de duración determinada con la empresa usuaria; motivo por el cual sus trabajadores no tienen expectativas de empleo más allá de la duración del contrato en cuestión. Otras desventajas se relacionan más directamente con la desagregación del colectivo laboral de todos aquellos que laboran para la empresa usuaria. Si los trabajadores de esta última pueden sindicarse y negociar colectivamente con la misma, no sucede lo mismo con los de la empresa subcontratista, quienes a lo sumo podrán sindicarse y negociar colectivamente con esta última, pero esto solo en la medida en que lo permita la temporalidad y precariedad de la relación que se ha establecido entre la empresa subcontratista y la usuaria. En fin, en caso de insolvencia de la empresa subcontratista, los trabajadores de esta difícilmente podrán hacer valer sus derechos contra la usuaria. Cuando estamos en presencia de subcontratación de labores las desventajas para el trabajador puedan ser aún más serias, debido a que en la ausencia de una relación de trabajo no puede invocar ninguno de los derechos dimanantes de la legislación laboral. Tampoco tendrá la empresa usuaria obligación de afiliarlo a la seguridad social, y por la misma razón se le negarán derechos como la protección por riesgos profesionales o licencia y prestaciones por maternidad. (2007: 20)

De igual modo, la sociología latinoamericana muestra los efectos perniciosos que viene provocando la subcontratación sobre los trabajadores con el siguiente balance:

En primer lugar, el proceso acentúa la tradicional desestructuración del mercado de trabajo latinoamericano al disminuir el empleo regular, concentrando en las grandes empresas y aumentar el empleo sin registro que tiende a multiplicarse en las pequeñas empresas subcontratadas. En segundo lugar, se profundiza la segmentación del mercado de trabajo al multiplicarse las formas posibles de relación laboral, lo que aumenta las diferencias entre grupos sociales, bloquea la movilidad entre categorías y quiebra las fuentes de la identidad colectiva; con la subcontratación tiene lugar una dualización de la fuerza de trabajo entre los *insiders* y los *outsiders*: los primeros son los beneficiarios de la nueva cultura organizacional, mientras que los segundos siguen siendo las víctimas de la cultura tradicional, jerárquica y autoritaria de la clásica empresa taylorista. En tercer lugar, al acrecentarse el número de trabajadores desprotegidos sindicalmente conjuntamente con una gestión más individualizada para el personal estable, refuerza el poder discrecional de

los empresarios y reaparecen situaciones de corte autoritario, paternalista o corporativo; la mera existencia de los subordinados actúa como mecanismo de reforzamiento de la disciplina y del poder en el interior de la empresa, y puede ejercer presión a la baja sobre los salarios y las prestaciones de los mismos trabajadores fijos. En cuarto lugar, las trayectorias laborales adquieren una condición fragmentada y contingente, producto de la informalización del trabajo, con lo que el empleo [...], deja de estar referido a una carrera social, a un proyecto de vida, para quedar reducido a un contrato mercantil. En quinto lugar, se transforma el proceso de compra y venta de productos del trabajo, transfiriéndole al trabajador los costos de su formación profesional y de su reproducción al convertirlo en autónomo e independiente. Y, por último, la «empleabilidad del trabajador» es decir, su capacidad de obtener empleo, va quedando constreñida a dos opciones: o cuenta con capacidad para actualizarse constantemente en vistas a los cambios continuos, o se ve forzado a aceptar las peores condiciones de trabajo. (Iranzo y Leite 2006: 274-275)

La descentralización productiva ha transformado la organización del trabajo —con sus efectos positivos y negativos sobre empleadores y trabajadores— conviviendo con la empresa tradicional que no ha desaparecido. Ese impacto directo de la descentralización productiva sobre las relaciones laborales tiene consecuencias también sobre la regulación.

1.2. La descentralización productiva como forma jurídica

La descripción socioeconómica de la descentralización productiva señalada en párrafos anteriores se reproduce también entre los distintos laboristas que han estudiado el tema al trasladarlo al ámbito jurídico. El sustento jurídico para la implementación de la descentralización productiva reside en la libertad de empresa y en la libertad de contratación, en tanto el ejercicio de las libertades fundamentales del que gozan las personas —en este caso, los empresarios— les permite definir su organización empresarial y la celebración de contratos con terceros.⁵

Tomando como referencia la división de la descentralización productiva en sus dos grandes corrientes sobre la base de la externalización (*outsourcing*),⁶ trataremos de señalar sus modalidades más predominantes.

La primera modalidad predominante es la contratación entre una empresa principal con una empresa usuaria para que realice una actividad a favor de aquella. Se le identifica con la *subcontratación*, la cual tiene una amplia gama de formas jurídicas dependiendo de los límites legales que fijen los ordenamientos nacionales.

El extremo de la subcontratación se produce cuando una empresa subcontrata a una o varias empresas para que cumplan las distintas fases productivas de las mercancías y se queda exclusivamente con el rol de dirigir y coordinar dicha producción. Un buen ejemplo son las empresas multinacionales textiles, quienes contratan simultáneamente empresas para que realicen los diseños de las prendas de vestir —empresas textiles de países en vías de desarrollo

⁵ La Constitución peruana recoge la libertad de empresa (artículo 59) y la libertad de contratación (artículo 62).

⁶ Fue el criterio que asumió la Organización Internacional del Trabajo (OIT) durante la discusión en la elaboración frustrada de una norma internacional sobre trabajo en régimen de subcontratación. Se distinguió entre *la subcontratación de la producción de bienes y servicios* en referencia a la contratación entre una persona o empresa con una contratista para que realice labores a favor de ella y *la subcontratación de mano de obra* en referencia a la contratación entre una persona o empresa con un contratista para que le proporcione personal (OIT 1997).

(las maquilas)— y para que elaboren la prenda bajo su marca o logo —les proporcionan el diseño de la prenda y el material (algodón, hilo, etcétera)—. Luego estas multinacionales colocan la producción en el mercado internacional bajo su red de distribución. El conjunto del proceso productivo distribuido entre la empresa principal y las empresas contratistas se denomina «cadena productiva». Esta situación descrita revela la subordinación de las empresas contratadas al interior de la «cadena productiva» respecto a la empresa matriz o principal.

El nivel mínimo de la subcontratación se produce cuando la empresa principal contrata con una empresa contratista para que cumpla una labor auxiliar (limpieza, seguridad, *catering*, transporte, etcétera) dentro de ella. Bajo el modelo fordista de producción, las grandes y medianas empresas prestaban directamente esta actividad auxiliar dentro de sus centros de labores y fueron de las primeras actividades que fueron subcontratadas con terceros dado su carácter auxiliar. Aquí la particularidad consiste en que los trabajadores de la empresa de servicios desempeñan sus labores en el local de la empresa principal porque es allí donde se presta el servicio.

Bajo esta forma de subcontratación resulta difícil establecer con precisión cuándo nos encontramos ante una actividad auxiliar dentro de una empresa.⁷ Puede ser claro el ejemplo de la seguridad privada que se presta a una empresa dedicada a la elaboración de una mercancía o a la prestación de un servicio, pero se ensombrece en el caso de la seguridad que se le presta a un banco. Si bien la actividad bancaria se concentra principalmente en la administración y préstamo del dinero depositado, la seguridad que se presta a las entidades bancarias tiene una fuerte conexión con esa actividad principal. Sin embargo, la seguridad suele prestarla una empresa de servicio ajena al propio banco.

La segunda modalidad predominante de la descentralización productiva es el *grupo de empresas* que consiste en la articulación de varias empresas, de modo que las actividades al interior del grupo se den coordinadamente y obedezcan a una planificación común de recursos y una política empresarial conjunta. Se debe descollar la falta de coincidencia entre la realidad económica del grupo sometido a una acción conjunta y la realidad jurídica donde cada empresa goza de una personalidad jurídica propia. Se suele clasificar a los grupos de empresas en dos categorías: por un lado, el grupo de empresas articulado bajo la dirección jerárquica proveniente de una de las empresas; y, por otro lado, donde las empresas tienen completa independencia y no existe en ellas ningún tipo de relación de dominación, sino de coordinación (Martín y otros 2008: 113).⁸

Algunos de los grupos de empresas se han conformado artificialmente sobre la base de una gran empresa que externaliza las fases productivas, constituye paralelamente empresas en cada una de ellas y traslada simultáneamente a sus trabajadores a dichas empresas por medio de despidos y de nuevas contrataciones. De este modo, las nuevas empresas se comportan como satélites de la empresa principal y cumplen sus actividades en función a los requerimientos de ella. Los trabajadores tienen una nueva relación laboral con las nuevas empresas y ya no con la empresa principal, lo que en muchos casos significa el abaratamiento de los costos laborales dada las nuevas condiciones peyorativas establecidas en los nuevos contratos. Un buen ejemplo se produjo con las grandes empresas de telefonía que externalizaron sus actividades — instalación, mantenimiento, telefonía celular, etcétera— a través de nuevas pequeñas empresas que continuaron bajo su control.

⁷ Refiriéndose a la subcontratación de servicios complementarios —término utilizado por la legislación peruana—, el profesor Arce señala una serie de ejemplos donde dicha diferenciación no es tan precisa (2006: 48-49).

⁸ Véase también Arce (2008a: 113).

La tercera modalidad predominante de descentralización productiva se produce con la *trasmisión o sucesión de empresas*. Esta consiste en el cambio de titularidad de una empresa a otra sin que exista un vínculo económico entre ambas, quedando subrogado el nuevo titular sobre las obligaciones con los trabajadores. La trasmisión de una empresa puede suceder bajo cualquier negocio jurídico, desde el arrendamiento (de este modo una empresa principal alquila en su totalidad o parcialmente a una tercera empresa para que continúe con su actividad productiva y se vea beneficiada con ella) hasta una sucesión testamentaria (los herederos del titular adquieren la empresa). Bajo la trasmisión de empresas puede producirse un fraude laboral cuando la trasmisión oculta un desprendimiento patrimonial que impide el pago de los beneficios laborales (Tomaya y Vargas 2009: 151).

Una cuarta modalidad predominante de la descentralización productiva se produce cuando una empresa contrata a *trabajadores autónomos* para que presten servicios a favor de ella. No se trata de un contrato de trabajo, sino de un contrato civil o mercantil. En muchos casos, el notable incremento de los trabajadores autónomos proviene de la proliferación de este tipo de contrataciones. La legislación debe ser muy precisa para evitar que detrás de esta modalidad puedan esconderse fraudes laborales.

También deben destacarse las redes de empresas, el trabajo a domicilio, el teletrabajo, etcétera, como otras formas habituales de la descentralización productiva que pueden materializarse en contratos laborales, civiles o mercantiles.

Sin embargo, en la descentralización productiva, una de las modalidades más importantes se produce cuando una empresa contrata a otra para que le proporcione trabajadores que desarrollen labores al interior de su compañía. Bajo esta modalidad no hay una externalización de la producción, sino que se recurre más bien a un personal distinto al de la empresa principal y se le incorpora a sus actividades.

Esta modalidad puede clasificarse bajo los siguientes criterios. Cuando los trabajadores suministrados desempeñan la labor permanentemente y cumplen las mismas labores que los trabajadores de la empresa principal, a ello se le denomina *cesión de trabajadores*. Cuando los trabajadores suministrados desempeñan la labor temporalmente (por el incremento de las actividades productivas o por el reemplazo de personal en vacaciones o licencia), a ello se le denomina *sustitución temporal de trabajadores*. Lo que diferencia a ambos supuestos es el tiempo que están presentes los trabajadores en la empresa principal, porque en ambos supuestos sus labores son las mismas que las de los trabajadores de planilla.

Finalmente, merece mencionarse la situación de empresas que se dedican a vincular las ofertas y demandas de empleo sin que establezcan una relación laboral con los trabajadores que se contratan. Se trata de las empresas de colocación de empleo o de las oficinas públicas de empleo que tradicionalmente han sido reguladas por la legislación. En sentido estricto, no se trataría de una modalidad de descentralización productiva, sino más bien de una forma en la que un tercero colabora en poner en contacto las ofertas de empleo con los demandantes de empleo. Sin embargo, merece atención, porque algunas legislaciones como la española denominan a esta actividad económica *intermediación laboral* (Cruz 2009: 96-97), denominación que otras identifican con la cesión de trabajadores o con la sustitución temporal de trabajadores.

Este breve repaso de modalidades de descentralización productiva no necesariamente coincide con lo regulado por los ordenamientos nacionales. Lo que interesa resaltar es que la empresa

se viene organizando de diversas maneras y aprovecha las condiciones materiales y tecnológicas que le permiten redefinir la producción de mercancías o la prestación de servicios.

Asimismo, hay que tener presente que estas modalidades de descentralización productiva no estuvieron ausentes del escenario empresarial durante la etapa fordista-taylorista, lo cualitativamente distinto es que han adquirido una sustancial preponderancia dentro del actual mundo del trabajo. En efecto, como resalta Valdés Dal-Ré, hay dos vías jurídicas con que se materializa la descentralización productiva. Por un lado, utilizando las categorías contractuales viejas (por ejemplo, el arrendamiento de servicios, la comisión, la agencia, etcétera) y, por otro lado, creando nuevos contratos (por ejemplo, la franquicia, el suministro de informática, etcétera) (2002: 77).

Lo realmente novedoso es la forma triangular que adquiere la relación entre el trabajador, su empleador y el beneficiario del trabajo. En el clásico derecho del trabajo, el empleador es el beneficiario del trabajo prestado por el trabajador; por ello la relación laboral se estructura en el marco de una bilateralidad (Alonso y Casas 2006: 251), pero con la descentralización productiva la bilateralidad se ve trastocada. Hay una quiebra de la noción tradicional de trabajador y de empleador, y se desorganizan las estructuras básicas del derecho del trabajo (Rivero 2000: 20).

De este modo, el carácter protector de los derechos laborales estructurado sobre la relación bilateral se desdibuja ante la relación triangular predominante en la nueva organización del trabajo. Existe un consenso doctrinario de que los ordenamientos laborales carecen de la adaptación apropiada para regular la figura triangular de la descentralización productiva (Menéndez 2009: 23).⁹ Este trastorno también quedó reflejado en la jurisprudencia laboral. Por ejemplo, la Corte Suprema canadiense señala que la relación tripartita de la descentralización productiva no encaja fácilmente en el esquema clásico de las relaciones bilaterales. La característica tradicional de un empleador es compartida por dos entidades separadas, y ambas tienen una cierta relación con el trabajador temporal.¹⁰

Para asegurar la extensión de la debida protección a los trabajadores inmersos en dicha relación triangular, se resalta que el beneficiario de su trabajo también sea responsable de las obligaciones laborales en términos solidarios con el empleador directo.

De entrada debemos poner el acento en el hecho de que la prestación de trabajo que desarrolla el trabajador beneficia al empresario principal. En los supuestos de descentralización productiva, en los que se manifiesta una relación triangular caracterizada por la pluralidad empresarial, de modo que repercute sobre el empresario principal, ese empresario debe quedar afectado por la responsabilidad frente al trabajador con quien no mantiene una relación laboral, pues se beneficia de la prestación de trabajo, percibe el resultado de la misma, lo adquiere, a veces, incluso de manera directa. Este es el fundamento de la extensión de la responsabilidad en contratas y subcontratas y es perfectamente aplicable a este otro ámbito de descentralización no regulado por nuestro ordenamiento. (Gorelli 2009: 168-169)¹¹

⁹ Para el caso peruano, véase Arce (2008b: 22-23).

¹⁰ CORTE SUPREMA DE CANADÁ. *Case of Pointe Claire (City) v. Quebec (Labour Court)* (1997) 1 SCR 1015, 1055.

¹¹ Véase también Arce (2006: 21).

La protección de los trabajadores inmersos en alguna modalidad de descentralización productiva se ha centrado especialmente bajo dos mecanismos. Por un lado, configurar con claridad los supuestos en los que resulta legal la contratación de trabajadores bajo alguna de estas modalidades para evitar el fraude laboral. En este caso, las legislaciones suelen apelar como criterio a la noción de actividad principal o propia de la empresa que hace uso de ellas. Por otro lado, extender la responsabilidad civil sobre la empresa principal respecto a las obligaciones laborales de los trabajadores contratistas.

La legislación laboral suele trazar la frontera de la descentralización productiva en función a prohibir o permitir su implementación dentro de la actividad principal o propia de la empresa usuaria. Aquellos que la prohíben sustentan su posición en que la actividad principal (el núcleo del negocio) debe continuar bajo la responsabilidad directa de la empresa y que el apoyo de otras empresas debe concentrarse en las demás actividades. En cambio, los que la permiten sostienen que no se puede restringir la forma de organizar la empresa siempre que se asegure el respeto de los derechos de los trabajadores contratistas, de allí que se incluya la responsabilidad civil de la empresa principal. De esto se desprende que los puntos controversiales son la prohibición o la aceptación de que un tercero participe directamente en la actividad principal y establecer las fronteras de la actividad principal que lo diferencia de las otras actividades.

Respecto a su prohibición o aceptación, hay una cierta inclinación legislativa por su aceptación en la subcontratación y su prohibición en la cesión de trabajadores. Así, en el caso español se permite la subcontratación de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa principal (artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores); mientras que se prohíbe la cesión de trabajadores, con excepción de las empresas de trabajo temporal (artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores). En el caso argentino se permite la subcontratación sobre la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito (artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo); mientras que se prohíbe la cesión de trabajadores y se consideran empleados directos de quien utilice su prestación (artículo 29 de la Ley del Contrato de Trabajo).

En cuanto a las fronteras que fijan la actividad principal o propia de la empresa usuaria de la descentralización productiva, Gorelli nos recuerda que se han conformado dos posturas o posiciones interpretativas. Por un lado, la interpretación amplia que considera a todas las operaciones que sean necesarias para el desarrollo de la actividad productiva, lo que conduce a incluir a las actividades complementarias o auxiliares (2009: 158 y 159). Por otro lado, la interpretación más restrictiva que se centra en lo «inherente» de la actividad productiva, lo cual significa que solo aquellas operaciones específicas que tengan relación con el ciclo productivo de la empresa forman parte de él, y se excluyen las actividades complementarias o auxiliares. Como sostiene el profesor español:

Desde este punto de vista, la «propia actividad» [término utilizado por la legislación española] implicaría distinguir entre aquellas actividades que son necesarias para el fin productivo, pero que no forman parte del núcleo productivo central. Es decir, probablemente el sentido de la propia actividad sea el de distinguir aquellas actividades que ayudan de manera directa a la consecución de la finalidad productiva y otras actividades, que formando parte del ciclo productivo, sin embargo tienen un carácter puramente complementario o marginal. (2009: 158 y 159)

El interés por la fijación de la frontera reside en que la responsabilidad civil establecida legislativamente para la empresa principal o usuaria está en relación con ella. Si un trabajador

contratista labora dentro de la actividad propia o principal de la empresa usuaria, esta está «más obligada» a asegurar el respeto de los derechos laborales aunque la relación de trabajo sea con la empresa contratista. A su vez, esto significa que si el trabajador contratista labora en una actividad complementaria o auxiliar, la responsabilidad será menor para la empresa usuaria.

Esto ha conducido a sostenidas críticas desde la doctrina jurídica, porque justamente los trabajadores más vulnerables se ubican dentro de las actividades complementarias o auxiliares. En palabras de Valdés Dal-Ré:

[...] la inadecuación de la noción de «propia actividad», como condición de aplicación del régimen jurídico previsto por aquel precepto. Como ha sido sistemáticamente señalado por un solvente sector de nuestra doctrina, es esa una noción que deja hoy fuera de tutela, precisamente, a los colectivos de trabajadores más vulnerables a la utilización de la descentralización con fines de degradación de las condiciones de trabajo; a aquellos trabajadores que prestan su actividad en ciertas empresas del sector servicios (limpieza, seguridad y vigilancia, por ejemplo) que se encuentran a menudo descapitalizadas, sin más utillaje que el que brinda su mano de obra no cualificada. (2002: 81)

Además, las fórmulas de responsabilidad civil dispuestas en las legislaciones laborales se suelen concentrar sobre los aspectos estrictamente salariales o de las contribuciones a la Seguridad Social y dejan de lado otras condiciones de trabajo esenciales y originan diferencias entre los trabajadores de las empresas principales y contratistas (Menéndez 2009: 141).

Se vienen planteando alternativas a la noción de «propia actividad» o «actividad principal» dada las evidentes debilidades en su formulación. Entre los planteamientos destaca la dependencia funcional. Esta propuesta resalta la integración que se produce entre las empresas durante la descentralización productiva, lo que conduce a ir más allá de las formas contractuales. Se trata de recuperar en toda su dimensión la importancia del beneficio del trabajo que se obtiene, de modo que sea el elemento definidor en asumir los costos económicos y sociales relacionados con la descentralización productiva, es decir, que sea el enfoque relacional y funcional de la actividad productiva lo que predomine (Deakin 2001: 72; Fudge 2006: 314).

Este enfoque de dependencia funcional reconoce múltiples empleadores para diferentes propósitos, donde la coordinación, la toma de decisiones, la asunción de riesgos, que son las funciones tradicionales del empleador, siguen siendo las bases para adscribir responsabilidades en las obligaciones laborales (Deakin 2001: 72; Fudge 2006: 314). En realidad, se trata de una lectura socioeconómica de la descentralización productiva que permite traslucir el vínculo entre la dependencia funcional de las empresas y los beneficios de las labores de los trabajadores.¹² Inclusive el profesor Davidov va más allá al sostener que la asignación de responsabilidades entre los empresarios no solo debe ser un enfoque funcional, sino que también debe responder al déficit democrático y de dependencia económica que experimentan los trabajadores (2004: 727).

En todas esas propuestas se reconfiguran las relaciones laborales y se apartan de la visión tradicional bilateral que existe y que reconoce que la relación triangular es la dominante. Se abandona una lectura reduccionista formal y se pone el énfasis en la fenomenología de la descentralización productiva. Hay tres actores en esta relación: la empresa principal o usuaria,

¹² En la doctrina peruana, el profesor Arce se suscribe a este enfoque de múltiples empleadores. Véase Arce 2008b: 26-27.

la empresa contratista y el trabajador contratista. La dependencia funcional que se produce en la relación los vincula y genera un conjunto de derechos y obligaciones en el ámbito laboral. De este modo pierde relevancia si el trabajador contratista labora en la actividad principal o complementaria de la empresa usuaria; basta que sea uno de los componentes de esa relación triangular para que sea un sujeto de derechos en el marco de la descentralización productiva.

En la descentralización productiva, la negociación colectiva se ha conducido bajo los mismos términos que en el plano individual de las relaciones laborales bilaterales; es decir, los trabajadores gozan del derecho de ejercerla respecto a su empleador directo sin que la empresa principal tenga algún tipo de participación o rol. Sin embargo, desde una lectura de la dependencia funcional nos encontramos que también en el plano colectivo es exigible que la empresa principal tome parte dentro de ella. La fundamentación reside en que la empresa principal cumple las funciones tradicionales del empleador. Dado que el derecho de negociación colectiva tiene que ver con la función de coordinación de la gestión en el proceso de producción y la organización de los servicios (Fudge 2006: 314), la idea de un empleador múltiple resulta más ajustada al objetivo de la legislación laboral. Por supuesto, la participación de la empresa principal en la negociación colectiva estará de alguna manera condicionada a la modalidad de descentralización productiva en la que se ubique.

1.3. La descentralización productiva en el Perú

En los acápitales anteriores se ha mostrado el complejo fenómeno social de la descentralización productiva y su impacto sobre las relaciones laborales, y se han generado diversas respuestas jurídicas para su regulación. Sin embargo, en el caso peruano la dirección fue la opuesta. En efecto, mientras el fenómeno social es previo a la forma jurídica, en nuestro país ocurrió que la forma jurídica se adelanta al fenómeno social. La escasa relevancia del número de contrataciones entre empresas en el escenario productivo previo a la implementación de la reforma laboral fujimorista es un dato que lo retrata (Aspilcueta 2000: 287).

Efectivamente, fue la flexibilización laboral fujimorista de principios de los noventa la que introdujo en el mundo laboral peruano las modalidades de descentralización productiva, especialmente la cesión de trabajadores a través de la contratación de las cooperativas de trabajadores y las empresas de servicios para proporcionar personal en las labores cotidianas de las compañías con el objetivo de abaratar los costos laborales de las empresas.

Durante la década de los setenta ya existían las agencias de empleo de colocación utilizadas mayormente en la contratación temporal, pero a partir de 1991 se fomentó la cesión de trabajadores como forma privilegiada de contratación.¹³

En el caso de las cooperativas de trabajadores, la norma que instituye esta figura jurídica es la Ley 15260 de 1964, que regulaba los diversos tipos de cooperativas de trabajadores que podían existir. Posteriormente, el Decreto Legislativo 85, Ley General de Cooperativas, reguló nuevamente la materia. Originalmente, la idea de las cooperativas de trabajadores era convertirse en fuente de trabajo para sus socios y exceptuarlos de la legislación laboral. Finalmente, la Ley 24514, Ley de Estabilidad Laboral, prohíbe que las empresas de servicios puedan cumplir servicios en empleos permanentes, salvo en actividades complementarias de mantenimiento,

¹³ Aunque el autor lo denomina subcontratación, en realidad se trata de una cesión de trabajadores por las características con que se materializa (Verdera 2000: 87-88).

limpieza, vigilancia, seguridad y otras de carácter especializado. La jurisprudencia laboral incluyó a las cooperativas de trabajadores en esta prohibición.

El Decreto Legislativo 728 permitió que las cooperativas de trabajadores pudiesen prestar sus servicios a otras empresas denominadas *usuarias* sin ningún tipo de restricción, ya fuese para su actividad permanente o complementaria. El plazo máximo de los contratos entre la cooperativa de trabajadores con la empresa principal o usuaria era de tres (3) años y podía renovarse de común acuerdo. El único límite era que el personal cooperativista no excediese del 20% del personal que laboraba en la empresa usuaria. La regulación normativa trajo profundos cambios en el ámbito laboral porque permitía que los trabajadores cooperativistas realizaran la misma labor que un trabajador de la empresa usuaria. Con ello se abrió la posibilidad de que las empresas contratasen trabajadores cooperativistas, ya sea para reemplazar a sus trabajadores o para el incremento de personal. Esto beneficiaba a las empresas usuarias porque los cooperativistas estaban exceptuados de la legislación laboral y con ello del pago de una serie de rubros (compensación por tiempo de servicios, seguridad social, etcétera), lo que les ahorra importantes costos laborales.

En el caso de las empresas de servicios, al igual que las cooperativas de trabajadores, estas se convirtieron en otro de los importantes cambios del Decreto Legislativo 728. Se establecieron dos tipos de empresas de servicios: temporales y complementarias. Las primeras son aquellas que se contratan para la prestación de servicios en beneficio de terceros con el fin de colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades. La prestación de servicios la cumplen personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto a estas el carácter de empleador. Las segundas son aquellas cuya actividad principal es poner a disposición de otras empresas actividades complementarias de mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad y otras de carácter especializado. Las empresas de servicios temporales cumplen el mismo rol que las cooperativas de trabajadores: laborar en las mismas actividades del rubro de la empresa usuaria. También se les estableció que el personal no excediese del 20% del personal que labora en la empresa usuaria.

El impacto de la nueva regulación se notó inmediatamente conforme lo muestran las estadísticas de 1995 publicadas por el Ministerio de Trabajo. A nivel nacional estaban registrados 39 435 socios trabajadores, la gran mayoría en la capital. Asimismo, en las empresas con más de 100 trabajadores que contaban con un personal de alrededor de 130 000 trabajadores, más de la cuarta parte provenían de las cooperativas de trabajadores (aproximadamente 34 000 socios trabajadores) (Verdera 2000: 87-88).

Posteriormente, con las reformas laborales fujimoristas de 1996 (Decretos Legislativos 855 y 871) se elevó el tope límite al 50% del total de trabajadores de la empresa usuaria tanto para los cooperativistas como para los trabajadores de empresas de servicios. En el caso específico de las cooperativas de trabajadores, se suprimió la comparación entre la remuneración que perciben los cooperativistas y la que percibe otro trabajador análogo, así como percibir una remuneración inferior a la mínima legal, con lo que se extendió la precarización laboral de los trabajadores bajo el argumento de promover el empleo autónomo por medio de estas regulaciones.

En este período, las cooperativas de trabajadores y las empresas de servicios se ubicaron bajo la modalidad de la cesión de trabajadores con el límite legal de la mitad del personal que labora en la empresa principal o usuaria. Nuevamente hay que resaltar que se trata de reformas legales

que regulan un fenómeno social que no ha surgido del propio escenario empresarial, sino que más bien es la forma jurídica o su regulación la que se convierte en el impulsor de su aparición y le otorga un «paraguas» jurídico para su implementación.

Esto marcó la dinámica inicial de la descentralización productiva peruana, porque en vez de girar sobre un proceso económico de innovación y renovación tecnológica al interior de las empresas por medio de la distribución eficiente de las fases productivas con el apoyo de la subcontratación, se trató más bien de la simple cesión de trabajadores para abaratar los costos laborales. Con el retorno a la democracia, las organizaciones sindicales exigieron la regulación de la cesión de trabajadores en un marco de respeto a los derechos laborales.

La primera reforma laboral democrática se produce con la Ley 27626 del 6 de enero de 2002 que deroga la participación de las cooperativas de trabajadores y de las empresas de servicios en las actividades principales de las empresas usuarias y restringe la participación de este tipo de trabajadores a los supuestos de temporalidad, complementariedad o especialización (artículo 3). Lo resaltante es que la norma califica a estas modalidades de descentralización productiva como *intermediación laboral*, cuando en realidad se están regulando la subcontratación y la sustitución temporal de trabajadores, acompañada de la prohibición de la cesión de trabajadores, lo que merece justificadamente la crítica desde la doctrina nacional (Villavicencio 2004: 149-150).

Se entiende por temporalidad las labores que se cumplen a favor de la empresa usuaria bajo su dirección en el marco de los contratos de naturaleza ocasional y de suplencia. Se entiende por complementariedad las labores que se cumplen a favor de la empresa usuaria para desarrollar actividades accesorias o no vinculadas al giro del negocio de estas. Se entiende por especializadas las labores que se cumplen a favor de la empresa usuaria para desarrollar actividades de alta especialización, la empresa usuaria carece de la facultad de dirección sobre esos trabajadores destacados.

Asimismo, el número de trabajadores de empresas de servicios o cooperativas que presten labores en las empresas usuarias, bajo la modalidad temporal, no puede exceder el 20% del total de trabajadores de la empresa usuaria. Esta limitación no es aplicable a las labores complementarias o especializadas siempre y cuando la empresa de servicio o la cooperativa de trabajadores asuman plena autonomía técnica y la responsabilidad para el desarrollo de sus actividades.

Si bien la ley prohíbe que los trabajadores de las empresas de servicios o las cooperativas de trabajadores puedan desempeñar permanentemente las labores principales de la empresa principal o usuaria, la legislación sí lo permite de manera temporal. Asimismo, el profesor Arce sostiene que dada la debilidad en la regulación de la ley, podría admitirse la subcontratación en actividades principales de la empresa usuaria bajo el marco de las reglas civiles (Arce 2008b: 37).

No obstante, con esta ley se produce una profunda modificación en la forma jurídica de la descentralización productiva, se abandona la más perniciosa de sus modalidades —la cesión de trabajadores en labores permanentes de la empresa principal o usuaria— y se inicia la regulación de lo que la legislación peruana denomina *intermediación laboral*.¹⁴

¹⁴ Aunque no compartimos la categoría jurídica utilizada por la legislación peruana, resulta conveniente para el estudio continuar con esta denominación.

Sin embargo, apoyándose en la permisividad de la regulación sobre la intermediación laboral en las actividades complementarias, los empleadores peruanos contrataron de manera significativa a empresas de servicios para que cumplieren labores complementarias, cuando en realidad estas formaban parte de la actividad principal de la empresa usuaria. En otras palabras, se continuó con la dinámica de recurrir a la contratación de empresas de servicios de una manera fraudulenta y se mantuvo la cesión de trabajadores como la modalidad predominante de la descentralización productiva. Ante esta situación, el Gobierno dicta el Decreto Supremo 008-2007-TR, donde define la actividad principal de la empresa como aquella que es consustancial al giro del negocio, es decir, a las diferentes etapas del proceso productivo de bienes y de prestación de servicios: exploración, explotación, transformación, producción, organización, administración, comercialización y en general toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y el desarrollo de la empresa. Con ello se buscó suprimir esas contrataciones fraudulentas.

A pesar de esto, los empresarios peruanos se volcaron a los servicios de tercerización complementarios como nuevo instrumento legal para evitar la «rigidez» de la normativa (Ugaz 2009: 187); aunque no se trata de una rigidez normativa, sino más bien de prohibir contrataciones que tergiversan la naturaleza laboral de la relación. Solo las actividades productivas ajenas al giro del negocio de las empresas pueden ser contratadas por medio de empresas de servicios.

Nuevamente, la inadecuada regulación de la descentralización productiva permite que se utilicen los resquicios legales —en este caso, la tercerización de servicios complementarios— para utilizar la mano de obra de trabajadores ajenos a la empresa principal. Esto obliga a que el Gobierno dicte un conjunto de leyes que regulen la tercerización de servicios: la Ley 29245 y el Decreto Legislativo 1038 con su respectivo reglamento.

La Ley 29245 define la tercerización como la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras siempre que esas empresas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo, cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, sean responsables de los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Se le exige a estas empresas que cuenten con una pluralidad de clientes, tengan su propio equipamiento, etcétera. Se prohíbe que las empresas solo provean personal a la empresa usuaria (artículo 2). La ley menciona específicamente ejemplos de tercerizaciones válidas como los contratos de gerencia, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, las tercerizaciones que tengan a cargo una parte integral del proceso productivo. En los casos en los que se produzca una desnaturalización de la tercerización de servicios, se considera que los trabajadores desplazados de la empresa tercerizadora tienen una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal. Con esta norma se amplía la cobertura legal hacia una mayor pluralidad de modalidades de descentralización productiva.

Si bien la descentralización productiva tiene por finalidad aprovechar la nueva organización del trabajo que permite independizar las fases productivas sin perder el control del proceso, abaratando los costos y flexibilizando la producción frente a los constantes cambios en el mercado —tanto de bienes y servicios—, esto no puede interpretarse de una manera cortoplacista e identificar a la cesión de trabajadores en la empresa usuaria como la única modalidad de descentralización productiva. Esta visión reducida le hace perder la riqueza que las innovaciones tecnológicas vienen produciendo dentro del mundo del trabajo. En nuestro país se ha puesto el énfasis en abaratar los costos laborales por medio de la inaplicación de los derechos laborales en vez de incrementar la productividad por medio de la innovación tecnológica acompañada de la involucración de los trabajadores.

Si bien la polémica legislativa peruana se ha centrado en la cesión de trabajadores y parcialmente en la *subcontratación*, lo cierto es que no son las únicas modalidades de descentralización productiva que se han materializado en el país. También hay que destacar los casos de las grandes empresas, muchas de ellas fueron privatizadas bajo el Gobierno fujimorista e iniciaron un proceso de externalización de sus fases productivas a través de nuevas empresas, dando forma, en realidad, a *grupos de empresas*. Por ejemplo, la empresa Telefónica externalizó sus actividades de instalación y mantenimiento; esas labores recayeron en pequeñas empresas controladas desde la propia empresa principal. Otro ejemplo fue la constitución de la Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston sobre la base de un proceso de adquisición de otras empresas del sector cervecero que conservaron su personería jurídica durante un lapso de tiempo (la Compañía Nacional de Cerveza, la Compañía Cervecera del Sur), aunque estuvieron controladas por la empresa principal. Asimismo, se han producido contratos entre empresas multinacionales y empresas locales para la producción de mercancías dando forma a *subcontrataciones* dentro de «cadenas productivas», especialmente en el sector textil y de confecciones.

Lo que se debe destacar es que nuestra legislación se ha centrado exclusivamente en el plano de las relaciones individuales de trabajo, en especial sobre los fraudes laborales que se producen en la contratación y en la responsabilidad civil de la empresa principal con la empresa usuaria. Sin embargo, hay un vacío por fomentar la regulación en el plano de las relaciones colectivas de trabajo. Se considera que el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Supremo 010-2003-TR, en adelante TUO-LRCT)¹⁵ es suficiente para abordar las particularidades de la descentralización productiva a ese nivel.

Sin embargo, esta visión deja de lado los aspectos perjudiciales de la descentralización productiva que se producen en las relaciones colectivas de trabajo. Como nos lo recuerdan Ermida y Colotuzzo:

Los trabajadores tercerizados también enfrentan dificultades en cuanto al ejercicio del derecho de sindicación. En ocasiones han tratado de constituir sindicatos propios sufriendo, en muchos casos, una aguda represión, sobre todo en aquellas áreas de actividad donde pueden ser fácilmente sustituidos por otros trabajadores. La posibilidad de integrarse a los sindicatos que nuclean a los trabajadores permanentes, «titulares» o de la empresa principal, puede enfrentar diverso tipo de dificultades, según el país, el sector de actividad y la empresa en cuestión [...] Ante la referida desprotección del trabajador tercerizado, la acción sindical no siempre resulta exitosa, enfrentando distintas dificultades para cumplir su función de autotutela, protección colectiva o contrapoder. (2009: 73-74)

En el caso peruano, el profesor Arce plantea que el legislador elabore normas específicas de la acción sindical en el marco de la relación triangular que genera todo proceso de subcontratación entre empresas, más aún cuando el propio autor retrata ejemplos claros donde el TUO-LRCT produce efectos limitativos en el ejercicio de la libertad sindical de los trabajadores de las empresas de servicios o contratistas (2008a: 107 y ss).

¹⁵ El Decreto Supremo 010-2003-TR (Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo) es una norma con rango de ley que simplemente compila la regulación de las relaciones colectivas de trabajo.

Parte 2

La negociación colectiva en el contexto de la descentralización productiva

En la primera parte se ha planteado una lectura sociojurídica de la descentralización productiva en nuestro país. Se ha buscado resaltar especialmente las condiciones que se vienen materializando y los efectos sobre los trabajadores que laboran en el sector. Se ha resaltado que, en el plano de los derechos individuales, los trabajadores que laboran en el contexto de la descentralización productiva se han visto protegidos parcialmente por una legislación laboral reciente, aunque incompleta y con deficiencias.

Una primera lectura haría pensar que el TUO-LRCT resulta suficiente para regular las relaciones laborales colectivas dentro de la descentralización productiva, es decir, que las singularidades que se producen en ese contexto resultan irrelevantes para que merezcan una legislación especial. En otras palabras, que el ejercicio de los derechos colectivos está protegido dentro del escenario de la descentralización productiva.

Sin embargo, los trabajadores contratistas peruanos organizados en nuevos sindicatos o afiliados a sindicatos o federaciones existentes sufren una serie de dificultades para ejercitar el derecho de negociación colectiva por la fuerte oposición de los empresarios. Se han identificado dos materias que concentran la mayoría de las dificultades jurídicas. En primer lugar, se cuestiona la legitimación de las organizaciones sindicales para entablar la negociación colectiva, especialmente si un sindicato de rama de actividad puede negociar a nivel de empresa. En segundo lugar, se cuestiona la definición del nivel de negociación al presentar sus pliegos de reclamos.

Justamente, el análisis de estas dificultades jurídicas son indicadores precisos para responder a la interrogante formulada en el presente estudio. Aquí corresponde trasladar una serie de temas analizados en la primera parte conforme sean relevantes para el ejercicio de la negociación colectiva; asimismo, ser muy puntual al examinar el régimen jurídico de la negociación colectiva, en razón de que la investigación se centra en los aspectos destacados para la descentralización productiva. Por ello, la segunda parte se ha dividido en cinco temas en los que se hará lo siguiente.

En primer lugar, establecer el contenido constitucional de la negociación colectiva. En segundo lugar, definir el contenido del principio de negociación libre y voluntaria, y del principio de

negociación de buena fe en tanto está en directa relación con la validez del rechazo de un pliego de reclamos. En tercer lugar, analizar la representación y legitimidad de las organizaciones sindicales para entablar una negociación colectiva en el escenario de la descentralización productiva. En cuarto lugar, abordar las dificultades en el nivel de negociación, especialmente si un sindicato de rama negocia a nivel de empresa. En quinto lugar, evaluar las negociaciones colectivas en un *grupo de empresas*.

2.1. El derecho de negociación colectiva en el marco constitucional

La interrogante principal es si la condición de trabajadores ubicados en un proceso de descentralización productiva los imposibilita válidamente de ejercitar el derecho de negociación colectiva.

El artículo 28 de la Constitución peruana establece: «El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: 1.o Garantiza la libertad sindical. 2.o Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. La Convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado [...]».

Nuestro artículo constitucional no plantea ninguna restricción a los trabajadores para constituir libremente una organización sindical. Esto se ve respaldado por los pronunciamientos de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) —la Comisión de Expertos y el Comité de Libertad Sindical—, quienes analizando el Convenio 87 de la OIT —ratificado por el Perú— señalan que solo se permite excluir a las fuerzas armadas y a la policía del derecho de los trabajadores sin ninguna distinción de constituir organizaciones y de afiliarse a estas, con lo que los trabajadores bajo subcontratación no están impedidos de ejercitar este derecho fundamental (Comité de Libertad Sindical 2006a: párrafo 263; Comisión de Expertos 2012: párrafo 77).

La constitución de un sindicato tiene como objetivo defender los intereses individuales y colectivos de sus agremiados, especialmente hacia su empleador.

La libertad sindical no es un mero derecho a organizarse, sino sobre todo una facultad de actuar públicamente en defensa de los intereses que se consideran legítimos de los trabajadores. Y esa defensa pública se lleva a cabo esencialmente por medio de una actuación colectiva que, como tal, le corresponde gestionarla al sindicato como organización. Por ello, la actividad sindical como facultad no solo se le reconoce individualmente al afiliado, sino igualmente colectivamente al sindicato. El sindicato aglutina y organiza a los trabajadores, con vistas a una actuación externa de reclamación de intereses profesionales y sociales. (Cruz 2009: 388)

Una de las expresiones de la actividad sindical es el ejercicio del derecho de negociación colectiva, con lo que, en principio, los sindicatos de trabajadores en empresas ubicadas dentro de la descentralización productiva tienen el legítimo derecho de presentar un pliego de reclamos a su empleador e iniciar la negociación colectiva.

En el caso del derecho de negociación colectiva recogido por el texto constitucional peruano, como lo resalta el profesor Neves, hay cuatro materias que se desprenden del artículo constitucional: el fomento del derecho de negociación colectiva por el Estado, la promoción

estatal de formas de solución pacífica de los conflictos laborales, la cautela por el ejercicio democrático del derecho y la fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado de los convenios colectivos (1994: 27). Merece destacarse la obligación estatal de fomentar la negociación colectiva porque esto resulta esencial en un panorama donde los empleadores busquen entorpecerlo por medio del rechazo injustificado de los pliegos de reclamos.

A nivel constitucional, no solo el referido artículo 28, numeral 2 reconoce el derecho de negociación colectiva, sino que también los convenios internacionales del trabajo elaborados en el seno de la OIT ratificados por el Perú consagran este derecho laboral fundamental:¹⁶ el Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva¹⁷ y el Convenio 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública.¹⁸ Ambos convenios internacionales del trabajo gozan de rango constitucional¹⁹ y forman parte del bloque de constitucionalidad del referido artículo 28 de la Constitución conforme lo establece el Tribunal Constitucional.²⁰

En el caso del Convenio 98 de la OIT nos interesa su artículo 4 cuando señala:

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

Es bajo este artículo que la norma internacional del trabajo plantea dos principios: la adopción de medidas estatales que fomenten la negociación y el respeto de una negociación libre y voluntaria de modo que ambos principios se complementen.

La importancia de los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT para nuestro ordenamiento nacional proviene de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, donde señala: «Las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú».

Asimismo, el Tribunal Constitucional peruano ha establecido el criterio que para determinar el contenido de un derecho fundamental, los órganos jurisdiccionales peruanos deben tener en consideración los pronunciamientos de los tribunales internacionales de derechos humanos.²¹ Si bien los órganos de control de la OIT —y en general, los órganos de control de derechos humanos— no son tribunales internacionales de derechos humanos, esto no ha sido un

¹⁶ Hay que tener presente que el artículo 55 de la Constitución precisa que los tratados internacionales celebrados por el Estado peruano y en vigor forman parte del derecho nacional.

¹⁷ Ratificado con la Resolución Legislativa 14712 de 18 de noviembre de 1963 y que entró en vigencia el 13 de marzo de 1964.

¹⁸ Ratificado con la Constitución Política de 1979 del 12 de julio de 1979 y que entró en vigencia el 27 de octubre de 1980.

¹⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Sentencia del 25 de abril de 2006 (Expediente 0025-2005-PI/TC)*, fundamentos jurídicos 25 al 34, señala que los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Perú gozan de rango constitucional.

²⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Sentencia del 17 de agosto de 2009 (Expediente 03561-2009-PA/TC)*, fundamento jurídico 18.

²¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Sentencia del 8 de noviembre de 2005 (Expediente 5854-2005-PA/TC)*, fundamento jurídico 23.

obstáculo para que el máximo tribunal del país recurra reiteradamente en sus sentencias a dichos pronunciamientos como criterios interpretativos en la materia.

En conclusión, la negociación colectiva es un derecho fundamental reconocido en el texto constitucional peruano, que se encuentra enriquecido con la ratificación de los Convenios 98 y 151 de la OIT por nuestro país. La jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos tiene carácter vinculante para el organismo jurisdiccional peruano. Asimismo, los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT son criterios interpretativos sobre la materia. Finalmente, no existe una limitación al ejercicio de derecho de negociación colectiva en el contexto de la descentralización productiva peruana.

2.2. El principio de negociación libre y voluntaria y el principio de la negociación de buena fe

El derecho de negociación colectiva se encuentra estructurado bajo dos principios. En primer lugar, el principio de negociación libre y voluntaria. En segundo lugar, el principio de la negociación de buena fe. Ambos principios son fundamentales para la negociación colectiva dentro de empresas sometidas a la descentralización productiva.

El principio de *negociación libre y voluntaria* es uno de los pilares esenciales del derecho de negociación colectiva, siendo su raíz el derecho civil de los contratos que se trasladó al derecho del trabajo por medio del contrato de trabajo (Sánchez 1999: 94-95).

En el derecho internacional del trabajo, el principio de negociación libre y voluntaria está recogido en el ya mencionado artículo 4 del Convenio 98 de la OIT al lado de otros principios de la negociación colectiva. Bajo los órganos de control de la OIT —la Comisión de Expertos y el Comité de Libertad Sindical— se ha interpretado, en líneas generales, el principio de negociación libre y voluntaria en los siguientes términos (Comisión de Expertos 1983: párrafos 303-315; Comisión de Expertos 2012: párrafos 200-207; Comité de Libertad Sindical 2006a: párrafos 925-931):

- a) La negociación colectiva debe tener carácter voluntario y no implica el recurso a medidas de coacción que alterarían el carácter voluntario de la negociación (Comité de Libertad Sindical 2006a: párrafo 926).
- b) Ninguna disposición del artículo 4 del Convenio 98 obliga a un Gobierno a imponer coercitivamente un sistema de negociaciones colectivas a una organización determinada, intervención gubernamental que claramente alterarían el carácter de tales negociaciones (Comité de Libertad Sindical 2006a: párrafo 927).
- c) Tampoco se impone al Gobierno el deber de negociar colectivamente del mismo modo que tampoco resulta contrario a dicho artículo el obligar a los interlocutores sociales a entablar negociaciones sobre términos y condiciones de trabajo con miras a estimular y fomentar el desarrollo y la utilización de los mecanismos de la negociación colectiva de las condiciones de trabajo; sin embargo, las autoridades públicas deberían abstenerse de toda injerencia indebida en el proceso de negociación (Comité de Libertad Sindical 2006a: párrafo 928). No obstante, sí se permite que la regulación nacional establezca el deber de negociar.
- d) Si bien el contenido del artículo 4 del Convenio 98 no obliga a un Gobierno a imponer coercitivamente la negociación colectiva a una organización determinada,

- puesto que una intervención de este tipo alteraría claramente el carácter voluntario de la negociación colectiva, ello no significa que los Gobiernos deban abstenerse de adoptar medidas encaminadas a establecer mecanismos de negociación colectiva (Comité de Libertad Sindical 2006a: párrafo 929). La Comisión de Expertos ha considerado admisibles los mecanismos que coadyuvan a la negociación, como los de información, conciliación, mediación y arbitraje voluntarios (2012: párrafo 200). Justamente se trata de uno de los mecanismos de fomento a la negociación colectiva.
- e) Una legislación que impone la conciliación obligatoria e impide que el empleador la abandone con independencia de las circunstancias en que se produzca es contraria al principio de negociación colectiva voluntaria consagrado en el Convenio 98 (Comité de Libertad Sindical 2006a: párrafo 930).
 - f) La imposición de un procedimiento de arbitraje obligatorio en caso de que las partes no estuvieren de acuerdo sobre el proyecto de contrato colectivo plantea problemas de aplicación con el Convenio 98 (Comité de Libertad Sindical 2006a: párrafo 992). Solo es admisible el recurso de arbitraje obligatorio cuando las partes no llegan a un acuerdo en la negociación colectiva en el marco de los servicios esenciales en el sentido estricto (aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población) (Comité de Libertad Sindical 2006a: párrafo 994), con lo que queda prohibido cualquier arbitraje obligatorio que ponga fin a la negociación colectiva, salvo para el caso señalado.

El principio de negociación libre y voluntaria asegura que las partes actúen bajo ese marco en la negociación colectiva. Su respeto es una obligación que debe acatar el Estado, aunque esto no impide que por medio del fomento de la negociación colectiva el Estado implemente una regulación que favorezca su ejercicio.

El Estado peruano debe implementar las acciones públicas necesarias que permitan a los actores sociales —empleadores y trabajadores— ejercitar la negociación libre y voluntaria sin verse menoscabada por las singularidades en donde se practique. Así, es una obligación del Estado peruano asegurar las condiciones para que los trabajadores contratistas ejerciten su derecho dentro del marco del principio de negociación libre y voluntaria.

Este criterio es respaldado por nuestro Tribunal Constitucional cuando señala que:

[...] siguiendo los preceptos del Convenio 98 de la OIT, la Norma Fundamental encarga al Estado peruano el fomento de la negociación colectiva y la promoción de las formas de solución pacífica de los conflictos, lo que significa no solo que este debe garantizar el derecho a la negociación colectiva, sino también que debe promover su desarrollo. [...] interesa poner de relieve que el artículo 28 de la Constitución debe interpretarse en el sentido de que, si bien esta labor de fomento y promoción de la negociación colectiva, implica, entre otras acciones, que el Estado promueva las condiciones necesarias para que las partes negocien libremente, ante situaciones de diferenciación admisible, el Estado debe realizar determinadas acciones positivas para asegurar las posibilidades de desarrollo y efectividad de la negociación colectiva, pudiendo otorgar determinado «plus de tutela» cuando esta sea la única vía para hacer posible la negociación colectiva.²²

²² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Sentencia del 26 de marzo de 2003 (Expediente 00261-2003-AA/TC)*.

Al igual que el principio de negociación libre y voluntaria, el *principio de la negociación de buena fe* ha merecido diversos pronunciamientos de los órganos de control de la OIT.

La Comisión de Expertos señala:

El principio de la negociación de buena fe, derivado del artículo 4 del Convenio, se traduce en la práctica en varias obligaciones para las partes interesadas, a saber: i) reconocer las organizaciones representativas; ii) procurar llegar a un acuerdo; iii) mantener negociaciones verdaderas y constructivas; iv) evitar demoras injustificadas en las negociaciones, y v) respetar mutuamente los compromisos adquiridos y los resultados obtenidos mediante la negociación. Por lo general, la apreciación del cumplimiento de la obligación de las partes de negociar de buena fe y de sus consecuencias suele confiarse a jurisdicciones especializadas, y diversas legislaciones establecen sanciones contra los empleadores que se niegan a reconocer los sindicatos representativos, actitud que puede considerarse como práctica desleal de trabajo. La Comisión considera que este enfoque no es contrario al Convenio núm. 98. (2012: párrafo 208)

Asimismo, el Comité de Libertad Sindical ha establecido el contenido del referido principio en los siguientes términos:

- a) Los empleadores y los trabajadores deben hacer todo lo posible por llegar a un acuerdo dentro de la celebración de negociaciones verdaderas y constructivas (2006a: párrafo 935).
- b) Los negociadores deben evitar todo retroceso injustificado en el desarrollo de las negociaciones (2006a: párrafo 937).
- c) La actitud conciliadora o intransigente adoptada por una de las partes frente a las reivindicaciones de la otra es materia de negociación entre las partes (2006a: párrafo 938).
- d) Los acuerdos que se celebren deben ser de cumplimiento obligatorio para las partes (2006a: párrafo 939).
- e) No pueden cancelarse unilateralmente los acuerdos celebrados entre las partes, ni tampoco una disposición legal puede permitir al empleador modificar unilateralmente el contenido de los acuerdos colectivos previamente pactados u obligarlos a negociarlos nuevamente (2006a: párrafos 941 y 942).
- f) La falta de aplicación de un convenio colectivo, incluso de manera temporal, supone una violación del principio (2006a: párrafo 943).

Nuestra legislación lo recoge en el segundo párrafo del artículo 54 del TUO-LRCT: «Las partes están obligadas a negociar de buena fe y a abstenerse de toda acción que pueda resultar lesiva a la contraria, sin menoscabo del derecho de huelga legítimamente ejercitado».

Existe una división de opiniones acerca de si el principio de negociación de buena fe puede distinguirse del deber de negociar y el deber de negociar de buena fe, aunque ambos sin duda están interrelacionados. Los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT son el mejor ejemplo de esta distinción. Como se ha señalado en párrafos anteriores, el artículo 4 del Convenio 98 de la OIT no establece una obligación de negociar, pero permite que la legislación nacional lo implemente sin que esto signifique su violación. Solo es factible hacer esta apreciación si se plantea la distinción entre ambos deberes, de manera que resulte coherente reconocer el principio dentro de la norma internacional del trabajo y a la vez considerar que el deber de negociar no forma parte del principio.

Sin embargo, la tradición jurídica los ha identificado de manera conjunta:

Tradicionalmente, tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que se trataba de aquella obligación, conforme a la cual las partes debían avenirse a la solicitud de negociación evacuada por una de ellas y someterse al proceso negociador con una disposición abierta y proclive al acuerdo. De este modo, y bajo la configuración de un deber unitario, se consideraba que este actuaba impeliendo a las partes a iniciar un proceso negociador y entrar en su dinámica con respecto a determinadas materias, prescribiendo la obligatoriedad de acceder a la comunicación de promoción, «sentarse» en la Mesa de Negociación y someterse a un determinado «Código de Conducta» accesorio o instrumental, sin que ello, no obstante pudiera equivaler a un deber de contratar. (Sánchez 1999: 353)

En el caso de la legislación nacional no existe una dificultad jurídica en considerar de manera conjunta ambos deberes dentro del principio de negociación de buena fe, ni que este criterio suponga violar el artículo 4 del Convenio 98 de la OIT.

El deber de negociar se interpreta como el deber de las partes de comparecer en las negociaciones, de modo que los representantes de los trabajadores y del empleador deban reunirse para proceder al inicio de la negociación. Así surge una obligación del empleador de responder de manera afirmativa o negativa a la presentación del pliego de reclamos. Para los profesores Sala y Albiol, se trata de una alternativa entre aceptar la «invitación» de negociación o rechazarla indicando por escrito y motivadamente su postura, pero a la vez ambas partes deben adoptar las medidas procedentes para que se desarrolle efectivamente la negociación (1994: 368-369).

El deber de negociar no significa anular la posibilidad de que la parte receptora rechace la negociación, lo que sería violatorio es el rechazo injustificado sin contar con el respaldo legal para implementarlo. La mera arbitrariedad de la parte receptora de no responder a la presentación del pliego de reclamos o de entorpecer la negociación por medio del rechazo, con el objetivo de dilatar el inicio de la negociación, son flagrantes ejemplos de la violación al deber de negociar.

Asimismo, no se puede interpretar que el deber de negociar conduce al deber de convenir o contratar.

El deber de negociar debe llevar a las partes a la mesa negociadora y establecer de forma general el método y la manera en que la negociación colectiva debe organizarse y desarrollarse, como protección del ordenamiento público laboral, aunque con ello la ley no puede ir más allá, de forma que interfiera decisiva y sustancialmente la discusión libre y voluntaria entre las partes o invada el terreno del ejercicio legal de la autonomía privada. (Sánchez 1999: 43-44)

No se trata solo de prohibir el deber de contratar o convenir, sino también de cualquier otro mecanismo obligatorio que conduzca a un resultado similar.

También se incluye dentro del principio de negociación de buena fe el deber de información a la contraparte, porque cada parte requiere justificar razonablemente sus posturas, especialmente las negativas (Ojeda 2003: 774). El TUO-LRCT reconoce el deber de informar en su artículo 55.

El deber de negociar de buena fe se plasma durante el propio proceso de la negociación entre las partes. Lo que los órganos de la OIT denominan la *celebración de las negociaciones para llegar a un acuerdo*.

La profesora Sánchez plantea un listado de ejemplos de violaciones a este deber: el planteamiento de propuestas que sean irracionales, el rechazo injustificado sin formular contraofertas, el planteamiento de una única o última oferta, llevar deliberadamente al *impasse* la negociación, las retractaciones de una propuesta realizada; las dilaciones indebidas, las conductas que buscan socavar a la representación de los trabajadores (1999: 137-158). En general, la identificación de violaciones al deber de negociar de buena fe, al igual que el deber de negociar, se desenvuelve en el plano de la casuística y corresponde a las autoridades administrativas y judiciales sancionarlas.

El contenido del deber de negociar de buena fe es crucial para evaluar las justificaciones formuladas al rechazar los pliegos de reclamos de los trabajadores contratistas. Así se debe tener presente que es violatorio del principio negarle el reconocimiento a un sindicato representativo. De modo que el rechazo a un pliego de reclamos de un sindicato que cumple con las formalidades legales para su constitución configura una violación del principio. Asimismo, el rechazo del pliego de reclamos sin la debida justificación y con la finalidad de entorpecer la negociación contraviene el deber de negociar de buena fe.

2.3. La legitimación en la negociación colectiva peruana

La capacidad convencional es la potestad otorgada para negociar y celebrar convenios colectivos. La legitimación convencional es la materialización de esa capacidad convencional en referencia a la unidad de negociación, es decir, la legitimación estricta (Ojeda 2003: 740). No basta la capacidad convencional que es una aptitud genérica para negociar en el plano colectivo; se exige un requisito adicional de vinculación de los sujetos colectivos con los miembros del grupo o grupos afectados por el convenio, que es la representatividad o implantación en la unidad de negociación concreta en la que pretende actuar (Martín 2009: 352). Por ello, para gozar de esta legitimación las legislaciones nacionales exigen que los negociadores cumplan ciertos requisitos que evidencien su representatividad (Cruz 2009: 448).

La legislación peruana regula en la primera parte del artículo 47 del TUO-LRCT la representación de los trabajadores:

Tendrán capacidad para negociar colectivamente en representación de los trabajadores: a) En las convenciones colectivas de empresa, el sindicato respectivo o, a falta de este, los representantes expresamente elegidos por la mayoría absoluta de trabajadores; b) En las convenciones por rama de actividad o gremio, la organización sindical o conjunto de ellas de la rama o gremio correspondiente.

Mientras que la representación de los empleadores está recogida en el artículo 48 del TUO-LRCT:

La representación de los empleadores estará a cargo: a) En las convenciones de empresa, del propio empresario o las personas que él designe; b) En las convenciones por rama de actividad o de gremio, de la organización representativa de los empleadores en la respectiva actividad económica y, de no existir esta, de los representantes de los empleadores comprendidos.

Uno de los temas más controversiales del ejercicio de la negociación colectiva en la descentralización productiva peruana se viene produciendo por el cuestionamiento que formulan los empresarios sobre la carencia de representación y legitimación de las organizaciones sindicales. Tomemos como ejemplos los casos *Sitintel* y *Tecsur* que se ventilaron ante el Ministerio de Trabajo, para ubicar la argumentación de los empleadores.

El caso *Sitintel* consiste en el rechazo del pliego de reclamos que presentó el sindicato de trabajadores de las empresas de Telefónica en el Perú y de las del sector telecomunicaciones a las empresas contratistas Cobra Perú S.A., Consorcio Antonio Lari Mantto (Lari), Emerson del Perú S.A.C. e Instalaciones y Tendidos Telefónicos del Perú S.A. (Itete). Las empresas Emerson, Cobra y Lari sostienen que el sindicato referido carece de capacidad y legitimidad, en razón de que sus empresas se desempeñan fuera del rubro de las telecomunicaciones.

El caso *Tecsur* consiste en el rechazo del pliego de reclamos que presentó el sindicato unitario de trabajadores de Electrolima, empresas concesionarias eléctricas y afines (SUTEECEA) a la empresa Tecsur S.A. La empresa argumentó que no es una empresa que se enmarque dentro del sector eléctrico, sino en el de ingeniería; por ello la organización sindical no puede afiliarse a trabajadores que no pertenecen al mismo sector, razón por la que carece de representación y legitimidad de los trabajadores.

Desde el punto de vista empresarial, el registro comercial de la unidad económica define la rama de actividad de los trabajadores que laboran dentro de ella; por ello, si la organización sindical no corresponde a la definición establecida en el registro, carece de legitimidad para ejercitar una negociación colectiva.

Esta controversia se resuelve administrativamente apelando a las actas de la inspección del trabajo y a la libre afiliación de los trabajadores a un sindicato que respete sus estatutos. En el caso *Sintintel*, la inspección establece que las empresas referidas se ubican en el sector de las telecomunicaciones con independencia de los registros civiles o comerciales que se muestren, en razón de que deben preferirse los hechos constatados sobre las formas o documentos apelando al principio de la primacía de la realidad.²³

Conforme el artículo 47 de la Ley General de Inspección del Trabajo, hay que tener presente que merecen fe las actas de inspección. En el caso *Tecsur*, el Ministerio de Trabajo subraya que los trabajadores se afiliaron legítimamente al sindicato de rama, en tanto sus estatutos sindicales lo permiten en razón de que son trabajadores de empresas afines al sector eléctrico, supuesto en que se encuentra inmersa la empresa Tecsur, conforme se corrobora por sus labores y servicios anexos a dicho sector que se documentan en el expediente administrativo. «Es así que si bien los servicios de la empresa no se encuentran categorizados en el CIU como propios del sector eléctrico, en realidad sí se configuran como adherentes a este, encontrándose por ello incluidos en el supuesto de afiliación regulado en el estatuto».²⁴

Conforme a las resoluciones del Ministerio de Trabajo, queda establecido administrativamente que la definición de la rama de actividad de una empresa no viene determinada por las

²³ MINISTERIO DE TRABAJO. *Resolución Directoral General 021-2011-MTPE/2/14* del 4 de noviembre de 2011, considerando 18.

²⁴ MINISTERIO DE TRABAJO. *Resolución Directoral General 024-2011-MTPE/2/14* del 21 de noviembre de 2011, considerando 8.

formalidades del registro civil o comercial, sino por los hechos constatados en las visitas a las empresas, y se sustenta en el principio de la primacía de la realidad.

Aunque no es una materia de controversia directa en los casos, sin embargo, se puede desprender de ellos un cuestionamiento a que un sindicato de rama de actividad pueda representar a trabajadores de una empresa en la negociación colectiva. Merece abordarse esta controversia en términos teóricos en el plano de la legitimación, porque posteriormente lo abordaremos desde el nivel de la negociación colectiva.

Como se ha señalado, el artículo 47 del TUO-LRCT regula la representación en la negociación colectiva. En el caso de la representación de los trabajadores, esta regulación se encuentra en directa relación con lo establecido por el artículo 5 del TUO-LRCT donde señala las clases de sindicatos que se pueden constituir en el país: empresa, rama de actividad, gremio y territoriales. El profesor Villavicencio sostiene que si se interpreta taxativamente el referido artículo 5 conduciría a serias limitaciones en el derecho de constituir las organizaciones sindicales que se estimen convenientes; por ello, siguiendo al Comité de Libertad Sindical, Villavicencio postula que esta regulación debe interpretarse en términos enunciativos, abiertos o ejemplificativos (2010: 110-111). Evidentemente, la interpretación taxativa del artículo 5 del TUO-LRCT sería un limitante para la legitimación de los representantes de los trabajadores en la negociación colectiva y en la definición de la unidad de negociación, en razón de que al no coincidir la estructura sindical y el nivel de negociación se cuestionaría la legitimación del sindicato.

Compartimos el criterio del profesor Villavicencio cuando afirma que es una equivocación vincular mecánicamente la estructura sindical y la legitimación en la negociación colectiva (2009: 28). La interpretación de Villavicencio se respalda en los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT, específicamente en el Informe Provisional del *Caso 1845* del Comité de Libertad Sindical:

En cuanto a la alegada exigencia de varias empresas del sector de la electricidad (EDEGEL S.A., Luz del Sur S.A., EDELNOR S.A. y ELECTROLIMA S.A.) de exigir la constitución de una sección sindical para que un sindicato de rama de actividad pueda negociar una convención colectiva a nivel de empresa, el Comité observa que el Gobierno no ha enviado observaciones al respecto. El Comité estima que esta práctica constituye una injerencia inadmisibles en la organización y estructura interna de los sindicatos, contraria al principio de autonomía y libre funcionamiento de las organizaciones sindicales consagrado en el artículo 2 del Convenio núm. 87. El Comité considera que para que un sindicato de rama de actividad pueda negociar un convenio colectivo de empresa debería bastar la prueba de que dicho sindicato cuenta con suficiente representatividad a nivel de empresa. El Comité pide pues al Gobierno que tome medidas a nivel de la legislación y de la práctica para que a los sindicatos de rama de actividad que desean negociar colectivamente a nivel de empresa no se les obligue a constituir una sección sindical en la misma y puedan negociar si acreditan suficiente representatividad. (1996: párrafo 516)

Así se puede concluir que la falta de coincidencia entre la estructura sindical y el nivel de negociación no es un impedimento de legitimación de la organización de los trabajadores para iniciar una negociación colectiva. Por ello, un sindicato de rama de actividad o una federación de sindicatos podría entablar una negociación con el conglomerado de empresas, o hacerlo de manera independiente con cada una de ellas. En este último caso se trataría de una típica negociación a nivel de empresa siempre que cuente con su representación sindical.

Un debate interesante sobre este tema se ha producido en el derecho laboral uruguayo. La legislación uruguaya en el último párrafo del artículo 14 de la Ley 18566 dispone que:

[C]uando no exista organización de los trabajadores, la legitimación para negociar recaerá en la organización más representativa de nivel superior». Esta norma ha merecido el comentario del Comité de Libertad Sindical estimando: «por una parte que la negociación con la organización más representativa de nivel superior solo debería llevarse a cabo en la empresa si cuenta con una representación sindical conforme a la legislación nacional. (Comité de Libertad Sindical 2010: párrafo 1389 V)

Desde el punto de vista del órgano de control internacional, un sindicato de rama de actividad goza de la legitimación para negociar colectivamente por los trabajadores de una empresa con la sola condición de que tenga una representación sindical dentro de ella; no se le exige que sea una representación mayoritaria de los trabajadores ni que tengan una sección sindical.

De este modo, una empresa no puede rechazar el pliego de reclamos o la iniciación de la negociación colectiva sosteniendo la falta de legitimación de la organización de los trabajadores bajo este argumento. Como señala el primer párrafo del artículo 54 del TUO-LRCT: «Es obligatoria la recepción del pliego, salvo causa legal o convencional objetivamente demostrable». Es ilustrativo el pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical para el caso de las compañías eléctricas, que puede extenderse a situaciones similares, donde se descarta como causa legal el rechazo del pliego de reclamos. Admitir este rechazo genera la violación del artículo 2 del Convenio 87 y del artículo 4 del Convenio 98 de la OIT. Además hay que considerar que el rechazo injustificado del pliego de reclamos es una violación del principio de negociar de buena fe, conforme quedó claramente establecido en párrafos anteriores.

2.4. El nivel de la negociación colectiva en el Perú

La fijación del nivel de negociación colectiva se encuentra regulada por el TUO-LRCT en su artículo 45, y señala como regla general que son las propias partes, de común acuerdo, quienes fijan el nivel. Sin embargo, en el mismo artículo la ley establece que «a falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa». Asimismo, si existe una convención colectiva en algún nivel, para entablar otra distinta se requiere el acuerdo de las partes, no se puede establecer por acto administrativo ni por laudo arbitral. Al lado de esta regulación, la tercera disposición transitoria y final de la original Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Ley 25593) estableció que las negociaciones colectivas a nivel de rama de actividad que estaban en trámite al momento de la vigencia de la ley debían ratificar o modificar su voluntad de continuar negociando en dicho nivel; de no haber acuerdo de partes, «la negociación colectiva se llevará a cabo a nivel de empresa».

En términos prácticos, por esta regulación los empresarios peruanos rehusaron sistemáticamente aceptar una negociación colectiva por rama de actividad. Asimismo, las negociaciones en este nivel que se encontraban en trámite fueron entorpecidas para conducir las al nivel de empresa, por lo que casi desapareció este nivel de negociación en el país.

La regulación fujimorista fue parcialmente reformada con la promulgación de la Ley 29712 que modificó el artículo 46 del TUO-LRCT y estableció en su último párrafo: «De existir un nivel

de negociación en determinada rama de actividad, esta mantendrá su vigencia». Asimismo, se derogó la regulación original de la tercera disposición transitoria y final de la ley.

Esta modificación reabrió la negociación colectiva por rama de actividad en el país. Las organizaciones sindicales que previamente a la vigencia de la LRCT negociaban a este nivel (construcción civil, portuarios, etc.) volvieron a presentar sus pliegos de reclamos a los gremios empresariales con la nueva regulación. Los empresarios continuaron rechazando la negociación colectiva al nivel de rama de actividad. Sin embargo, a diferencia del período anterior, el Ministerio de Trabajo ordenó en resoluciones administrativas que se instalasen las mesas de negociaciones. Uno de esos casos fue en el sector de la construcción civil.

La Cámara Peruana de la Construcción (CAPECO) presentó un recurso de amparo contra el auto directoral del Ministerio de Trabajo que ordenaba el inicio de la negociación colectiva a nivel de rama de actividad. El caso fue resuelto por el Tribunal Constitucional en su sentencia del 26 de marzo de 2003. El alto tribunal establece en su Fundamento Jurídico 3.3 que:

[...] con el fin que la negociación colectiva no se tome inoperante, es razonable y justificado que el Estado intervenga, estableciendo medidas que favorezcan una efectiva negociación. *En ese sentido, deberán expulsarse de nuestro ordenamiento aquellas que resulten incompatibles con un eficaz fomento de la negociación colectiva en el sector de construcción civil, y de ser el caso, expedirse normas que sin desconocer que el nivel de negociación debe fijarse por acuerdo mutuo, establezcan como nivel de negociación el de rama de actividad cuando no pueda arribarse a dicho acuerdo.*²⁵

Ante el revés jurídico que supuso la sentencia del Tribunal Constitucional, la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP) y CAPECO presentaron una queja ante el Comité de Libertad Sindical contra el Estado peruano (*Caso 2375*) por la violación del Convenio 98 de la OIT al imponer al sector de la construcción civil la obligación de negociar a nivel de rama de actividad.

El Comité de Libertad Sindical se pronuncia en los siguientes términos:

[E]n base al principio de negociación colectiva libre y voluntaria, establecido en el artículo 4 del Convenio núm. 98, *la determinación del nivel de negociación colectiva debería depender esencialmente de la voluntad de las partes y, por consiguiente, dicho nivel no debería ser impuesto en virtud de la legislación, de una decisión de la autoridad administrativa o de una jurisprudencia de la autoridad administrativa de trabajo.* El Comité ha considerado que para proteger la independencia de las partes interesadas, sería más apropiado permitirles que decidan de común acuerdo a qué nivel debe realizarse la negociación; *no obstante, en muchos países, esta cuestión corresponde a un organismo independiente de las partes; el Comité ha estimado que en tales casos dicho organismo debe ser realmente independiente.* (2005: párrafo 1226). (Las cursivas son nuestras).

La interpretación del pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical nos conduce a que no debe ser ni la legislación ni la autoridad administrativa de trabajo quienes definan el nivel de negociación colectiva, sino los propios actores sociales. A la vez, el Comité considera que si la legislación dispone que un organismo independiente de las partes determine el nivel de la negociación colectiva, esto no sería violatorio del Convenio 98 siempre que sea independiente de estas. En principio, el organismo judicial o un tribunal arbitral pueden cumplir dicho rol.

²⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. *Sentencia del 26 de marzo de 2003 (Expediente 00261-2003-AA/TC)*. Las cursivas son nuestras.

Por ello, el Comité de Libertad Sindical solicita al Gobierno peruano que

[T]ome las medidas necesarias para la modificación del artículo 45 del decreto-ley núm. 22593 y del artículo 46 de la ley núm. 27912 con objeto de ponerlos en conformidad con las normas de la OIT y los principios señalados, de manera que el nivel de la negociación colectiva sea determinado libremente por las partes concernidas. En cuanto al problema del nivel de la negociación colectiva cuando las partes no se ponen de acuerdo, el Comité ha tomado nota de los argumentos de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 26 de marzo de 2003 en favor en tales casos de la negociación colectiva a nivel de rama de actividad en el sector de la construcción. El Comité toma nota del interés del Gobierno en promover la negociación colectiva de acuerdo con la Constitución Nacional y con el artículo 4 del Convenio núm. 98. *No obstante, el Comité estima que en caso de desacuerdo entre las partes sobre el nivel de negociación, más que una decisión general de la autoridad judicial en favor de la negociación a nivel de rama de actividad, se ajusta mejor a la letra y al espíritu del Convenio núm. 98 y de la Recomendación núm. 163 un sistema establecido de común acuerdo por las partes en el que en cada nueva negociación colectiva puedan hacer valer de manera concreta sus intereses y puntos de vista.* El Comité pide al Gobierno que invite a las organizaciones de trabajadores y de empleadores más representativas a establecer un mecanismo de solución de los conflictos relativos al nivel en que debe realizarse la negociación colectiva. (2005: párrafo 1227). (Las cursivas son nuestras)

Lo que resulta valioso destacar en el pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical es que la sentencia del Tribunal Constitucional no puede establecer permanentemente el criterio de que la negociación colectiva se desenvuelva a nivel de rama de actividad, las partes siempre deben conservar el derecho a definir el nivel de negociación, aunque esto ocurra cada vez que se produzca una negociación colectiva. En otras palabras, lo que rechaza el Comité de Libertad Sindical es el establecimiento permanente de un nivel de negociación porque esto recorta la negociación libre y voluntaria de las partes. Lo que el Comité no cuestiona es que el Tribunal Constitucional defina específicamente para este período el nivel de negociación en coherencia con su pronunciamiento anterior, es decir, que un organismo independiente a las partes cumpla dicho rol.

Con posterioridad al Informe definitivo del caso, el Comité de Libertad Sindical se vuelve a pronunciar al respecto y precisa el contenido del principio de negociación libre y voluntaria ante la intervención gubernamental peruana.

El Comité ha tomado nota de los argumentos del Gobierno sobre las conclusiones formuladas en el anterior examen del caso, así como de los comentarios, de la Federación de Trabajadores en Construcción Civil del Perú y de los argumentos del Tribunal Constitucional a favor de la negociación colectiva a nivel de rama de actividad en el ramo de la construcción. El Comité quiere dejar bien claro que en sus conclusiones anteriores no había tomado partido ni por la negociación a nivel de rama de actividad (que se produce en la práctica desde hace años) ni por la negociación a nivel de empresa. El principio fundamental que el Comité ha señalado es que el nivel de la negociación colectiva sea determinado libremente por las partes concernidas. *A este respecto, lo que el Comité observa es que en aplicación del sistema legal nacional e invocando el Convenio núm. 98 de la OIT, el Tribunal Constitucional ha determinado para todas las negociaciones colectivas que se produzcan en el sector de la construcción que deban realizarse a nivel de rama de actividad, alterando así el principio de autonomía de las partes y el principio de la negociación libre y voluntaria, principios indisolubles del derecho de negociación colectiva consagrado en el Convenio núm. 98. El Comité estimó que en caso de desacuerdo entre las partes sobre el nivel de negociación, más que una decisión*

general de la autoridad judicial a favor de la negociación a nivel de rama de actividad, se ajusta mejor a la letra y al espíritu del Convenio núm. 98 y de la Recomendación núm. 163 un sistema establecido de común acuerdo por las partes en el que en cada nueva negociación colectiva puedan hacer valer de manera concreta sus intereses y puntos de vista. (2006b: párrafo 181). (Las cursivas son nuestras)

Si bien el Caso 2375 no se refiere directamente a la negociación colectiva en la descentralización productiva, plantea un punto central: cuál es el marco válido de la intervención estatal, ya sea legislativa, administrativa o judicial sobre la negociación colectiva sin violar el principio de negociación libre y voluntaria. En el caso referido, el Comité de Libertad Sindical es preciso en señalar que la actuación estatal —la sentencia del Tribunal Constitucional para ser más preciso— alteró el principio de autonomía de las partes y de la negociación libre y voluntaria cuando se determina que *todas* las negociaciones colectivas deban realizarse a nivel de rama de actividad, con independencia de que en la práctica se haya producido a ese nivel en años anteriores. En realidad, los interlocutores sociales siempre deben contar con la potestad de variar o modificar el nivel de su negociación colectiva, o que una de ellas pueda apartarse o rechazar el nivel de negociación propuesto sin que la intervención estatal pueda imponerlo. Se requiere que en cada negociación las partes gocen de la libertad de definir el nivel de negociación.

El profesor Neves evalúa que el pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical resulta menos protector que la sentencia del Tribunal Constitucional peruano, por ello se inclina a favor de esta última:

[P]uede verse que hay dos lecturas sobre las normas que regulan la determinación del nivel: una, más igualitaria para ambas partes, conforme a la cual, solo el acuerdo entre ellas puede fijarlo, nunca el Estado, que es la acogida por los órganos de aplicación de la Organización Internacional del Trabajo; y otra, más protectora de los trabajadores, que admite en los supuestos excepcionales la asignación del nivel de rama de actividad por el Estado, que está enunciada por nuestro Tribunal Constitucional. No hay duda de que tendremos que preferir la formulada por el organismo nacional, de carácter jurisdiccional, que es el máximo intérprete de la Constitución y que, por añadidura, resulta la más favorable para los trabajadores, conforme al principio que rige en el Derecho del Trabajo. (2007: 17)

Efectivamente, la sentencia del Tribunal Constitucional resulta más protectora que el pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical. Sin embargo, el carácter protector no sería suficiente argumento para restringir la aplicación del principio de negociación libre y voluntaria, razonamiento principal al que apela el órgano de control de la OIT en su pronunciamiento. Una libertad fundamental como la negociación libre y voluntaria solo puede ser restringida por otra libertad o derecho fundamental; no por un criterio interpretativo.

Traslademos este pronunciamiento al campo de la negociación colectiva en la descentralización productiva. Los órganos de control de la OIT son precisos en señalar que ni el Estado ni el empleador pueden cuestionar la estructura sindical que adopten los trabajadores cuando constituyan un sindicato, con lo que es violatorio de la libertad sindical cuestionar la legitimación de los trabajadores para negociar colectivamente en función a este argumento. Sin embargo, esto no significa que el Estado pueda imponer el nivel de negociación colectiva a las partes sobre la base de la legitimación convencional.

Las partes pueden establecer libremente el nivel de negociación. En el caso de que exista un *impasse* entre las partes para la definición del nivel de negociación, los órganos de control de la OIT señalan que un órgano independiente de las partes debe resolver el nivel de negociación o el contenido del convenio colectivo, lo cual permitirá que la conciliación, la mediación, el arbitraje o el organismo judicial sean mecanismos válidos para cumplir dicho rol. En cambio, lo que rechaza el Comité es que la autoridad administrativa de trabajo resolviese estas materias. Del mismo modo, la obligatoriedad de la conciliación, la mediación y el arbitraje también son rechazados. Lo recomendable es que las partes elijan libremente el mecanismo de solución. No obstante esto, los órganos de control de la OIT han considerado que existen supuestos donde cabe excepcionalmente implementar un arbitraje obligatorio en la definición del nivel de negociación colectiva.

En conclusión, si surge un conflicto en el nivel de negociación dentro de la descentralización productiva, son las partes quienes libremente deben resolver el *impasse*, y pueden recurrir a los mecanismos autónomos y heterónomos de solución de conflictos; de aquí que cobre importancia el arbitraje.

Sin embargo, no puede interpretarse que el rechazo a la negociación colectiva de rama de actividad pueda justificarse sobre la base de la falta de legitimación del sindicato o la federación que presenta el pliego de reclamos. Nos encontramos en dos situaciones jurídicas diferentes: cuestionar la legitimación del titular del derecho y cuestionar el nivel de negociación.

Aquí recuperamos otro de los temas controversiales en la negociación colectiva entre empresas contratistas y un sindicato de rama de actividad que se mencionó previamente: el argumento empresarial de que un sindicato de rama no puede negociar a nivel de empresa. En el caso *Sitintel* ante el Ministerio de Trabajo, la empresa Lari sostiene que el sindicato es una organización gremial de rama de actividad impedida de negociar en el nivel de empresa. Este argumento se encuentra mejor desarrollado en el caso *Procom Agua*. El sindicato único de trabajadores del área comercial *services* del agua potable y alcantarillado de Lima y Callao presentó su pliego de reclamos a la empresa Consorcio Procom Agua. Uno de los argumentos que plantea la empresa para rechazar el pliego de reclamos consiste en que una interpretación literal del artículo 47 del TUO-LRCT impide que los sindicatos de rama de actividad puedan entablar negociaciones colectivas con una sola empresa del sector, dado que la norma referida sostiene que la capacidad de negociar corresponde al sindicato respectivo o, a falta de este, a los representantes expresamente elegidos por mayoría absoluta de los trabajadores.

Desde el punto de vista empresarial, el TUO-LRCT establece que solo un sindicato de empresa puede negociar a nivel de empresa, por ello un sindicato de rama de actividad estaría prohibido de hacerlo en ese nivel. Ante la falta de un sindicato de empresa, serían solo los representantes de la mayoría absoluta de los trabajadores quienes pueden establecer una negociación colectiva.

La Dirección General del Trabajo resuelve que la interpretación literal del artículo mencionado, formulada por la empresa, es inadecuada porque resulta arbitraria, en razón de que el término «sindicato respectivo» podría también aludir a cualquier otro tipo de organización sindical contemplado en el artículo 5 del TUO-LRCT que legítimamente pudiera actuar en el ámbito de la empresa. De allí que la Dirección se decante por una interpretación sistemática que considere el desarrollo de la jurisprudencia constitucional del país. Sobre esa base, sostiene que los trabajadores de la empresa son libres de constituir un sindicato o afiliarse a uno existente siempre que respeten sus estatutos. En este caso, los trabajadores de la empresa decidieron

afiliarse a un sindicato de rama de actividad y, apoyándose en la conclusión que establecimos previamente, la Dirección sostiene:

[L]a correspondencia de la organización sindical con un nivel de negociación fijado por la ley no determina que necesariamente aquella organización sindical exclusivamente negocie en dicho nivel referencial. El nivel de negociación es, al momento de la conformación de la organización de trabajadores, una referencia que en todo caso debe considerarse dinámica, pues allí donde exista legitimidad negocial podrá haber una organización de nivel superior (rama de actividad) que pueda entablar una negociación en el nivel de empresa.²⁶

La posición del Ministerio de Trabajo es rechazar una interpretación literal del artículo 47 del TUO-LRCT en la que solo los sindicatos de empresa pueden negociar a ese nivel y que excluya a otro tipo de organización sindical.

Esta interpretación del Ministerio se ve reforzada por los argumentos que se han desarrollado en este acápite, en especial los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical, los que precisan que un sindicato de rama de actividad (aunque en realidad podría ser cualquier tipo de organización sindical) puede negociar a nivel de empresa siempre que goce de una representatividad entre los trabajadores de la empresa.

De este modo, una interpretación armoniosa del artículo 47 del TUO-LRCT con los Convenios 87 y 98 de la OIT que gozan de rango constitucional conduciría a sostener que el «sindicato respectivo» alude a la organización sindical en general que negocia a nivel de empresa, sin referirse a un determinado tipo de organización sindical. Esto significa que las empresas contratistas no pueden rechazar un pliego de reclamos argumentando que el sindicato de rama de actividad (u otro tipo de organización sindical), al cual se encuentran afiliados sus trabajadores, está impedido de negociar a nivel de empresa. La única exigencia es que el sindicato acredite gozar de representatividad entre los trabajadores de la empresa.

Estos casos retratan las dificultades del ejercicio de la negociación colectiva de trabajadores contratistas que se afilian a sindicatos de rama de actividad. En principio, los trabajadores contratistas pueden constituir su propia organización sindical si cumplen con los requisitos exigidos por la ley y negociar directamente con la empresa contratista. No obstante, estos casos evidencian la tendencia de que estos trabajadores valoran agruparse con otros trabajadores de empresas contratistas y con los trabajadores de las empresas principales que laboran en la misma rama de actividad.

Esto podría explicarse por la exigencia legal de un mínimo de veinte trabajadores para constituir un sindicato de empresa (artículo 14 del TUO-LRCT), una valla legal alta si laboran en pequeñas empresas —que son la gran mayoría de las empresas contratistas—, por ello resulta preferible afiliarse a un sindicato de rama de actividad.

²⁶ MINISTERIO DE TRABAJO. *Resolución Directoral General 007-2012-MTPE/2114* del 13 de julio de 2012, considerando 11. Hay que tener presente que esta resolución directoral varía la posición previa del Ministerio de Trabajo, donde se sostenía que a una federación sindical, como en el caso de la Federación de Trabajadores de las empresas de Telefónica del Perú (FETRATEL PERU) del 2008, le corresponde negociar colectivamente con una pluralidad de empresas que desarrollan la misma actividad y no negociar a nivel de una sola empresa, y concluye que la misma no cuenta con capacidad para negociar colectivamente a ese nivel. Véase Ulloa (2011: 26).

Sin embargo, en nuestra opinión, el argumento principal provendría del propio ámbito de aplicación de un convenio colectivo por rama de actividad; es decir, el convenio se aplica tanto a las empresas principales como a las empresas contratistas en tanto laboran dentro de la misma actividad económica, conforme lo señala el artículo 44, inciso b) del TUO-LRCT. Si observamos los modelos de relaciones laborales donde prevalece la negociación colectiva por rama de actividad, los trabajadores contratistas se encuentran mejor protegidos por este tipo de convenios.

En el caso español, la profesora Menéndez lo señala en estos términos: «las empresas contratistas o subcontratistas aplican a sus trabajadores, en la mayoría de los supuestos, el convenio colectivo sectorial, estatal o provincial [...] algo que, por otra parte, también hacen muchas de las empresas principales» (2009: 253). En el caso argentino, lo retrata así el profesor Tosca: «el régimen en que prevalece el nivel de negociación por actividad puede brindar, sin habérselo propuesto, alguna solución uniformadora» (2007: 435). Esto se reproduce también en Brasil y Uruguay, por mencionar países cercanos al nuestro. En otras palabras, el sentido común de los trabajadores contratistas los conduce a privilegiar afiliarse o constituir un sindicato de rama de actividad, aunque esto no les ha evitado que tengan serias dificultades para ejercitar su derecho de negociación colectiva.

2.5. Las negociaciones colectivas en grupos de empresas

La estructura empresarial peruana se inclinó por la modalidad de cesión de trabajadores como una forma rápida de abaratar los costos laborales durante el fujimorismo, pero con las reformas legislativas emprendidas desde el retorno de la democracia paulatinamente se ha revertido por la sustitución temporal de trabajadores. De igual forma, las subcontrataciones en actividades complementarias y auxiliares han ganado importancia en el mundo laboral peruano y, en menor medida, la conformación de «cadenas productivas» que externaliza la producción de los bienes materiales o la prestación de servicios de la actividad principal. Parecería que el empresario peruano continúa inclinándose a conservar el control directo de la actividad principal.

Otro fenómeno que ha cobrado relevancia en el escenario empresarial peruano son los casos de las grandes empresas que han externalizado fases de su producción trasladándolas a nuevas empresas, muchas de ellas constituidas por su impulso y bajo su control directo. Como se señaló previamente, se trata de la modalidad del *grupo de empresas*. Castello destaca que las dos características principales del grupo de empresas residen en la dependencia de las empresas contratistas hacia la empresa principal (o matriz) y en la dirección unitaria que ejerce esta sobre las demás empresas (2007: 536).

Estas dos características son las que permiten distinguir al grupo de empresas de las otras modalidades de descentralización productiva. Podría confundirse que una relación permanente de contratación entre una empresa principal con una empresa usuaria lo ubique dentro de un grupo de empresas, cuando en realidad ni existe un régimen de control ni una dirección unitaria (Castello 2007: 538); por ello se trataría de una subcontratación regular.

La jurisprudencia uruguaya ha elaborado un interesante listado de indicios para identificar a un grupo de empresas: administradores comunes u oficinas administrativas comunes,

coincidencia de los directores, personal indiferenciado, identidad patrimonial, lazos de parentesco entre los directores o integrantes de las empresas, unidad de decisión, control de una empresa sobre la otra, identidad de tareas o actividades, integración total del capital social de una de las empresas con acciones de la otra, uso de los mismos bienes (Ragusa 2007: 514). La aplicación del principio de la primacía de la realidad resulta ser un instrumento central para definir la existencia de un grupo de empresas, de modo que se verifique la existencia de un fraude laboral. Esto en razón de que las legislaciones laborales que lo regulan le establecen una responsabilidad solidaria a la empresa principal respecto a las obligaciones laborales de los trabajadores que laboran dentro del grupo.²⁷

La legislación laboral peruana no regula específicamente el supuesto de los grupos de empresa en el plano de su responsabilidad civil respecto a las obligaciones laborales de los trabajadores, aunque no debería haber dificultades para extender la aplicación de la normativa de intermediación laboral sobre esta modalidad de descentralización productiva.

El grupo de empresas es la modalidad de descentralización productiva que mejor evidencia la dependencia funcional que existe entre la empresa principal y la empresa usuaria, como se resaltó en la primera parte. El respaldo a esta perspectiva la podemos encontrar en el maestro uruguayo Ermida, para quien el grupo de empresas debe considerarse una empresa única, un único empleador por una razón de coherencia lógica y que no se debe refugiar en el velo de la personalidad jurídica atribuida a cada una de las empresas del grupo (1981: 147-151).

Considerar a la empresa principal del grupo un único empleador significaría que no podría oponerse a las reclamaciones laborales que le presenten los trabajadores del grupo con el argumento de que carecen de una relación jurídica directa. Inclusive los trabajadores podrían plantearle legítimamente una negociación colectiva al interior del grupo de empresas con su participación directa. La dificultad de la negociación colectiva en el grupo de empresas se produce cuando se interpreta rígidamente que la normativa reconoce solo los niveles de empresa o de rama de actividad (sectorial) sin considerar que puede producirse a un nivel supraempresarial, pero sin alcanzar el ámbito de una rama de actividad como se produce en el grupo de empresas. Sin embargo, la legislación comparada viene incorporando al grupo de empresas como uno de los niveles de la negociación colectiva y respaldando la práctica con que se han venido produciendo.²⁸

En el caso de la legislación peruana no existe una regulación precisa al respecto, pero cuando analizamos esta materia en un acápite previo concluimos que no debería existir ninguna dificultad para ejercitar el derecho de negociación colectiva bajo este marco. Las resoluciones administrativas del Ministerio de Trabajo apoyan este criterio.

En efecto, en el mencionado caso *Sitintel*, la Dirección General del Trabajo resalta que las cuatro empresas de servicios «realizan actividades consideradas de telefonía, encargándose a sus trabajadores, labores de telefonía [...] verificándose relaciones contractuales y fácticas con la empresa Telefónica S.A.A. lo cual queda demostrado con los [...] informes de actuaciones inspectivas».²⁹ Aunque la Dirección no se pronuncia sobre la existencia de un grupo de

²⁷ La consolidación de las leyes del trabajo brasileñas lo establece en su artículo 2, 2 y el artículo 31 de la Ley de Contratos de Trabajo argentina.

²⁸ La reciente reforma del Estatuto de los Trabajadores español regula la legitimación de los trabajadores en una negociación colectiva del grupo de empresas en su artículo 87, 1, tercer párrafo.

²⁹ MINISTERIO DE TRABAJO. *Resolución Directoral General 021-2011-MTPE/214* del 4 de noviembre de 2011, considerando 20.

empresas entre Telefónica y las cuatro empresas de servicios, la forma en que se implementa la prestación de servicios de las contratistas denota una dependencia funcional y la dirección unitaria existente. En el caso *Tecsur*, el Ministerio de Trabajo sí llega a calificar la conformación de un grupo de empresas entre Luz del Sur (la empresa principal) y Tecsur S.A. (la empresa contratista): por la acreditada íntima vinculación societaria, jerárquica y económica entre ambas empresas y por ser comunes sus órganos directivos es que dicha vinculación entre ambas empresas se acredita con una resolución de INDECOPI, en la que se afirma que dichas empresas se encuentran vinculadas por los intereses económicos que las conforman.³⁰

El esfuerzo de los trabajadores peruanos ubicados en un grupo de empresas por lograr que los salarios y las condiciones de trabajo sean regulados por medio de un convenio colectivo se ha materializado bajo tres modalidades. En primer lugar, el sindicato de la empresa principal absorbe a los sindicatos de las demás empresas del grupo y de manera simultánea afilia directamente a los trabajadores de las distintas unidades productivas. Posteriormente, plantea una negociación colectiva con la empresa principal que incluye al grupo de empresas. En segundo lugar, se conforman sindicatos en cada una de las empresas del grupo y luego articuladamente estos negocian simultáneamente con cada una de las empresas. En tercer lugar, se constituye un sindicato de rama de actividad que afilia a los trabajadores del grupo de empresas y plantea una negociación simultánea con cada una de estas.

Estas tres formas de actuación de los trabajadores evidencian las dificultades legales al plantear de manera uniforme una negociación colectiva al interior de un grupo de empresas, a pesar de nuestra afirmación sobre la correcta interpretación de un derecho fundamental como la negociación colectiva. A continuación se muestran tres negociaciones colectivas de grupo de empresas en el país.

El primer caso se produce en la Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. constituida originalmente por la empresa matriz —Backus y Johnston, localizada en su planta de Ate— y las otras empresas del grupo: Cervecería del Norte (Motupe), Cervecería del Sur (Arequipa y Cusco), Cervecería San Juan (Pucallpa) y Maltería Lima (Ñaña).³¹ Este proceso de conformación como grupo de empresas se fue conformando desde la década de los noventa, previamente a la adquisición de la empresa matriz por parte de la empresa multinacional SAB Miller. Aunque se podría sostener que no existe un grupo de empresas Backus, sino más bien una empresa con diversos centros de labores, lo cierto es que todavía la Cervecería San Juan conserva su personería jurídica, aunque controlada directamente por la empresa principal, por lo cual, en términos formales, existen dos empresas.

Simultáneamente a este proceso de centralización empresarial, en cada una de las empresas cerveceras existió un sindicato que negociaba de manera colectiva con su empleador. A raíz de este proceso, el sindicato de la empresa principal estableció como estrategia sindical absorber a los sindicatos del grupo. Así, se constituye el Sindicato Nacional de Obreros de la Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. sobre la base del sindicato de Backus y Johnston (planta Ate) y absorbiendo a los sindicatos de trabajadores de Motupe, Cusco, Arequipa y Maltería. En la actualidad, este sindicato afilia a los trabajadores de las plantas cerveceras referidas. Sin embargo, no se ha podido integrar a los trabajadores de la Cervecería San Juan (Pucallpa) porque la empresa conserva su personería jurídica independiente.

³⁰ MINISTERIO DE TRABAJO. *Resolución Directoral General 006-2012-MTPE/2/14* del 13 de julio de 2012, p. 3.

³¹ Previamente fue adquirida la Compañía Nacional de Cerveza que contaba con tres plantas (Sáenz Peña, Modelo y Trujillo).

Como resultado de la estrategia sindical, el 4 de febrero de 2012 se suscribe el convenio colectivo que tiene como ámbito de aplicación «todas las áreas de Manufactura Cervecera (Elaboración, Envasado, Planta de Fuerza, Mantenimiento y otros), Almacén de Materiales y Almacén de Productos Terminados de las plantas cerveceras de Ate, Motupe, Cusco, Arequipa y Maltería». Asimismo, en septiembre de 2012, la Cervecería San Juan suscribió el convenio colectivo con su sindicato por un período de tres años.

Mientras la Cervecería San Juan mantenga su personería jurídica, los trabajadores cerveceros del grupo Backus tendrán serias dificultades legales para afiliarse a estos trabajadores y poder ejercer una negociación colectiva a este nivel. La única salida legal es transformarse en un sindicato de rama cervecero, aunque sea una evidente violación de su libertad sindical.

El segundo caso se produce dentro del sector minero. Ante el nuevo *boom* de la minería peruana, hay un notable incremento de trabajadores mineros; muchos de ellos laboran en empresas de servicios complementarios o especializados que están vinculadas a una empresa principal. En este escenario productivo, los sindicatos mineros de las empresas principales negocian colectivamente con su empleador, pero los trabajadores de las empresas de servicios no logran beneficiarse económicamente del *boom*. Al interior de este grupo de trabajadores se genera una estrategia que consiste en constituir sindicatos en cada una de las empresas de servicios y plantea reivindicaciones de manera conjunta.

El mejor ejemplo de esta estrategia sindical ocurre en las unidades mineras de la Compañía de Minas Buenaventura —la empresa principal—, donde se constituyen sindicatos en las empresas de servicios y se plantean simultáneamente pliegos de reclamos con reivindicaciones salariales similares. Al principio hay un sostenido rechazo de las empresas de servicios para aceptar la constitución de sindicatos e implementar una negociación colectiva. Sin embargo, al producirse una serie de huelgas coordinadas dentro de las empresas de servicios que afectan directamente a la empresa principal, esto termina obligando a una negociación conjunta de las empresas de servicios con los sindicatos, con participación de la empresa principal como observador.

Así, el 6 de marzo de 2010 se suscribieron cuatro convenios colectivos en extraproceso de las empresas de servicios que laboran en la Unidad Antapite de la Compañía de Minas Buenaventura S.A.A. Asimismo, el 7 de febrero de 2012 se suscribieron tres convenios colectivos de las empresas de servicios que laboran en la Unidad Uchucchacua de la Compañía de Minas Buenaventura S.A.A.

Al estudiarse los referidos convenios colectivos mineros se evidencian dos características. Por un lado, los convenios colectivos contienen las mismas cláusulas laborales, aunque se suscriben independientemente con cada una de las empresas. Por otro lado, hay una participación indirecta de la empresa principal (Buenaventura) durante el proceso de negociación colectiva. En realidad, esto retrata que los convenios colectivos se han producido dentro de una negociación colectiva de un grupo de empresas, pero que al carecer de un marco normativo apropiado adoptan esta multiplicidad de convenios colectivos de empresa. Aunque la dificultad se profundiza porque no puede ejercitarse una negociación que incluya a la empresa principal (Minas Buenaventura) y a sus trabajadores sindicalizados.³²

³² Aunque la jurisprudencia española ha calificado que la suscripción de tres empresas de un mismo convenio colectivo conjuntamente evidencia la existencia de un grupo de empresas (Martínez 2003: 27).

Estos dos ejemplos de convenios colectivos en *grupos de empresas* muestran que los trabajadores apelan a la estructura sindical dispuesta por la legislación laboral, a pesar de que no encaja en la situación real de las relaciones laborales. Se constituyen como sindicatos de empresa, aunque negocian para el colectivo de trabajadores del grupo de empresas.

El tercer caso se produce en el ya mencionado caso Sitintel con el sindicato de trabajadores de las empresas de Telefónica en el Perú y de las del sector telecomunicaciones que presentan sus pliegos de reclamos a las empresas Cobra Perú S.A., Consorcio Antonio Lari Manto, Emerson del Perú S.A.C. e Instalaciones y Tendidos Telefónicos del Perú S.A., las cuales rechazan el pliego de reclamos en consideración a tres argumentos sustantivos. En primer lugar, el sindicato de rama de actividad no se encuentra legitimado para negociar colectivamente en cada una de las empresas. En segundo lugar, el sindicato de rama de actividad no puede negociar a nivel de empresa. En tercer lugar, las empresas no se ubican en el sector de telefonía donde se encuentra constituido el sindicato de rama de actividad. Estos temas han sido abordados en los acápite anteriores del estudio, en especial al analizar la Resolución Directoral General 021-2011/MTPE/2/14 del 4 de noviembre de 2011 del Ministerio de Trabajo.³³

Estos tres casos de negociaciones colectivas dentro de grupos de empresas retratan el esfuerzo y la «imaginación jurídica» de los trabajadores de las empresas de servicios para ejercitar el derecho fundamental a la negociación colectiva para regular directamente sus salarios y condiciones de trabajo con sus empleadores. Sin embargo, el TUO-LRCT resulta insuficiente para asegurar ese ejercicio, a pesar de que la Constitución, las normas internacionales del trabajo, la jurisprudencia constitucional y los pronunciamientos de los órganos de control internacional respalden ese ejercicio.

La reflexión final es que la negociación colectiva dentro de un grupo de empresas tiene serias dificultades en su ejercicio por los intersticios reguladores existentes. Como se ha reseñado, hay evidentes ejemplos de entorpecimientos a la negociación colectiva contra este colectivo de trabajadores que configuran violaciones de los principios de negociación libre y voluntaria y de la negociación de buena fe, respectivamente. Esto plantea la necesidad de implementar una reforma legal al TUO-LRCT para superar las dificultades estudiadas. Sin embargo, esto no impide que las autoridades administrativas del trabajo y los jueces del país aseguren el respeto del ejercicio de este derecho fundamental y sancionen a los empleadores que lo violen.

³³ Las empresas presentaron una acción contencioso-administrativa contra la resolución directoral del Ministerio de Trabajo, de modo que la negociación colectiva continúa paralizada hasta que el organismo judicial se pronuncie firmemente sobre el tema.

Conclusiones

El nuevo modelo productivo consiste en subdividir las fases de la producción de manera que adquieran autonomía; así, la dirección empresarial puede recurrir a terceros para que cumplan con esa labor sin necesidad de hacerlo directamente. Este cambio en la forma de organizar el trabajo afecta al ordenamiento laboral. La regulación laboral de bilateralidad empleador-trabajador no se corresponde con el nuevo escenario productivo. Ahora la relación es triangular entre una empresa principal que contrata a una empresa usuaria, y esta presta sus servicios por medio de sus trabajadores, siendo el beneficiario del trabajo la empresa principal. Hay una quiebra de la noción tradicional de trabajador y de empleador.

Las normas laborales han recurrido a dos mecanismos para regular la descentralización productiva dentro del mundo del trabajo. Por un lado, regular los supuestos de la contratación de trabajadores para evitar el fraude laboral. Por otro lado, extender la responsabilidad civil sobre la empresa principal respecto a las obligaciones laborales de los trabajadores contratistas. Sin embargo, estos mecanismos reguladores siguen insertos en la racionalidad de la bilateralidad de la relación laboral.

En vez de esto, se postula que se ponga el énfasis en la forma cómo se interrelacionan los actores de la relación triangular, donde la empresa principal es el actor predominante en tanto se beneficia directamente de las labores de los trabajadores contratistas y conserva las tradicionales potestades del empleador; es decir, coordina las labores, toma las decisiones principales, asume los riesgos de la actividad económica, etc. De modo que en realidad la empresa contratista y sus trabajadores se encuentran inmersos en una dependencia funcional hacia la empresa principal, esto es, justifica que se formule un conjunto de derechos y obligaciones en el ámbito laboral. Si esto resulta claro en el plano individual de la relación laboral, también resulta exigible en el plano colectivo de la relación laboral porque la empresa principal tiene la función de coordinación de la gestión en el proceso productivo y la organización de los servicios, las materias esenciales en la negociación colectiva. Por supuesto, la participación de la empresa principal está condicionada a la modalidad de descentralización productiva en que se ubique.

En el Perú, la reforma laboral de los noventa se adelanta a la aparición de las distintas modalidades de la descentralización productiva. Lo que ocurre en realidad es que la regulación (la forma jurídica) es previa a la nueva organización del trabajo (el fenómeno social). Esto

explica la predominancia inicial de la cesión de trabajadores dentro del mundo del trabajo peruano, en tanto resulta un mecanismo legal y directo para abaratar los costos laborales sin que provengan de un propio proceso de innovación productiva de las empresas. Su impacto deformador sobre el empleo y las condiciones de trabajo provocaron que se implementase una nueva regulación que atenuase sus efectos perniciosos, pero las leyes se concentran en el plano individual de las relaciones laborales y dejan de lado el plano colectivo.

El texto constitucional reconoce el derecho a la negociación colectiva con independencia de la relación laboral en la que se encuentran inmersos los trabajadores, por ello su protección cubre a los trabajadores contratistas. Asimismo, existe una obligación estatal de fomentarlo. De este modo, los trabajadores contratistas organizados sindicalmente o agrupados en coalición tienen el derecho de negociación colectiva con sus empleadores. Sin embargo, los casos de rechazos del pliego de reclamos ventilados ante la autoridad de trabajo y los convenios colectivos de los trabajadores inmersos en la descentralización productiva muestran que existen serias dificultades en su ejercicio.

Uno de los argumentos del rechazo del pliego de reclamos es que los trabajadores contratistas afiliados a un sindicato de rama de actividad no pueden ejercitar la negociación colectiva porque dicho sindicato carece de representatividad al estar fuera del rubro de la actividad de la empresa contratista. El criterio para establecer la ubicación de los trabajadores contratistas no proviene de los registros civiles o comerciales de la empresa, sino más bien de los hechos constatados sobre las actividades, y se apoya en el principio de la primacía de la realidad. Esto resulta importante para los trabajadores contratistas que se desempeñan en las actividades complementarias de las empresas de servicios.

Otro de los argumentos del rechazo de los pliegos de reclamos consiste en vincular mecánicamente la estructura sindical con el nivel de negociación colectiva. Una interpretación taxativa del artículo 47 del TUO-LRCT sostendría que un sindicato de rama de actividad no puede negociar a nivel de empresa. Se trata de una interpretación errónea, en razón de que un sindicato de rama de actividad puede negociar a nivel de empresa siempre que goce de una evidente representatividad, sin exigirle que constituya una sección sindical o que represente a la mayoría de los trabajadores. Asimismo, la autoridad administrativa de trabajo tampoco puede imponer el nivel de negociación colectiva; esto corresponde que lo definan los actores sociales.

Los rechazos de pliegos de reclamos de trabajadores contratistas afiliados a un sindicato de rama de actividad evidencian los obstáculos que deben enfrentar para negociar directamente con su empleador. Inclusive no se ha materializado el supuesto en que los sindicatos han pretendido simultáneamente negociar con la empresa principal y la empresa contratista. En todo caso, estos rechazos de los pliegos son evidentes violaciones del principio de negociación de buena fe recogido por la legislación peruana. Sin embargo, las resoluciones administrativas no se han cumplido por estar sometidas a procesos judiciales.

En el caso de la negociación colectiva dentro de un grupo de empresas, la dependencia funcional entre la empresa principal y sus empresas contratistas es mucho más estrecha. No debería haber un impedimento legal para que un sindicato de un grupo de empresas o la coalición de sindicatos del grupo de empresas implementen una negociación colectiva a este nivel, a pesar de que la legislación peruana no lo regule específicamente. Sin embargo, esta ausencia reguladora lo entorpece, como lo ejemplifican los convenios colectivos estudiados.

El análisis de los diferentes casos retrata que el vigente TUO-LRCT no es adecuado para el ejercicio de la negociación colectiva en el escenario de la descentralización productiva. En vez de promoverla, la entorpece, ya sea por las interpretaciones rígidas que propicia o por la falta de soporte legal para las actuaciones de los trabajadores. Es una evidente violación del Estado peruano a su obligación de garantizar el ejercicio de la negociación colectiva.

La reforma legislativa debe enmarcarse en el mandato constitucional de promover la negociación colectiva. Las siguientes son medidas que se desprenden del estudio: disminuir el número de trabajadores exigidos para constituir un sindicato, sustituir el criterio de la actividad principal por la dependencia funcional, desvincular la estructura sindical con el nivel de negociación colectiva, asegurar el respeto del derecho de los trabajadores al constituir la organización sindical que estimen conveniente, y reconocer la negociación colectiva en el grupo de empresas.

Bibliografía

a) Doctrina nacional e internacional

- ALONSO, Manuel y María Emilia CASAS
2006 *Derecho del trabajo*. Vigésimo cuarta edición. Madrid: Thomson-Aranzadi.
- ALTHAUS, Jaime de
2009 «La revolución capitalista en el Perú». *El Comercio*. Lima.
- ARCE, Elmer
2006 *Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*. Lima: Palestra Editores.
- 2008a *Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*. Lima: Palestra Editores.
- 2008b «Imputación de cargas laborales en la subcontratación. ¿Persiguiendo un gigante o un molino de viento?». En: AA. VV. *Alcances y eficacia del derecho del trabajo: tercerización, inspección y derechos colectivos*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pp. 21-50.
- ASPILCUETA, Marco
2000 «Relaciones interempresariales y oportunidades de subcontratación en el Perú». En Denis Sulmont y Enrique Vásquez (editores). *Modernización empresarial en el Perú*. Lima: Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú, pp. 287-328.
- BILBAO, Andrés
1999 *El empleo precario. Seguridad de la economía e inseguridad del trabajo*. Madrid: Los Libros de la Catarata.

- BRONSTEIN, Arturo
2007 «La subcontratación laboral». *Cuadernos de Integración Andina*. Lima, número 20, pp. 9-29.
- CASTELLO, Alejandro
2007 «Grupo de empresas». En Mario Ackerman y Diego Tosca (compiladores). *Las transformaciones de la empresa en el derecho del trabajo*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, pp. 525-555.
- CASTELLS, Manuel
2000 *La era de la información*. Volumen I: *La sociedad red*. Traducción de Carmen Martínez Gimeno y Jesús Alborés. Segunda edición. Madrid: Alianza Editorial.
- COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES
1983 *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- 2012 *Dar un rostro a la globalización. Estudio general sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL
1996 *Informe número 302, Caso 1845 (Perú)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- 2005 *Informe número 338, Caso 2375 (Perú)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- 2006a *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Quinta edición. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- 2006b *Informe número 343, Caso 2375 (Perú)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- 2010 *Informe número 356, Caso 2699 (Uruguay)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- CRUZ, Jesús
2009 *Compendio de derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos.
- DAVIDOV, Guy
2004 «Joint Employer Status in Triangular Employment Relationships». *British Journal of Industrial Relations*. Oxford, volumen 42, número 4, pp. 727-746.

- DEAKIN, Simon
2001 «Commentary. The Changing Concept of “employer” in Labour Law». *Industrial Law Journal*. Oxford, volumen 31, pp. 72-84.
- ERMIDA, Óscar
1981 *Empresas multinacionales y derecho laboral*. Montevideo: Ediciones Jurídicas A. M. Fernández.
- ERMIDA, Óscar y Natalia COLOTUZZO
2009 *Descentralización, tercerización, subcontratación*. Lima: Oficina Internacional del Trabajo.
- ERMIDA, Óscar y Óscar HERNÁNDEZ
2003 «Crítica de la subordinación». *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Madrid, número 116, pp. 269-297.
- FUDGE, Judy
2006 «The Legal Boundaries of The Employer, Precarious Workers, and Labour Protection». En Guy Davidov y Brian Langille (editores). *Boundaries and Frontiers of Labour Law. Goals and Means in The Regulation of Work*. Oxford y Portland: Hart Publishing, pp. 295-315.
- GORELLI, Juan
2009 «Descentralización productiva y ordenamiento laboral. En busca de respuestas jurídicas a la desprotección del trabajador». En AA. VV. *Temas centrales del derecho del trabajo del siglo XXI*. Lima: ARA Editores y Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 143-174.
- IRANZO, Consuelo y Marcia de Paula LEITE
2006 «La subcontratación laboral en América Latina». En Enrique de la Garza (coordinador). *Teorías sociales y estudios del trabajo: nuevos enfoques*. México D. F.: Anthropos, pp. 268-288.
- MARTÍN, Antonio y otros
2009 *Derecho del trabajo*. Décimo octava edición. Madrid: Tecnos.
- MARTÍNEZ, Jesús
2003 «La jurisprudencia laboral sobre negociación colectiva y grupos de empresas». En Jesús Martínez (coordinador). *La negociación colectiva en grupos de empresas: procedimientos de negociación y experiencias negociales* Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pp. 13-42.
- MENÉNDEZ, Remedios
2009 *Negociación colectiva y descentralización productiva*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- MINISTERIO DE TRABAJO
2011a *Resolución Directoral General 021-2011-MTPE/2114* del 4 de noviembre.
2011b *Resolución Directoral General 024-2011-MTPE/2114* del 21 de diciembre.

- 2012a *Resolución Directoral General 06-2012-MTPE/2/14* del 13 de julio.
- 2012b *Resolución Directoral General 07-2012-MTPE/2/14* del 13 de julio.
- MONEREO, José Luis
2001 «Evolución y futuro del derecho del trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la cuestión social». *Relaciones Laborales*. Madrid, números 15 y 16, pp. 13-70.
- MONTOYA, David
2004 *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- NEVES, Javier
1994 «La negociación y el convenio colectivo en las Constituciones de 1973 y 1993». *Asesoría Laboral*. Lima, año 4, número 37, pp. 27-30.
- 2007 «El nivel de la negociación en la actividad portuaria». *Asesoría Laboral*. Lima, año XVII, número 196, pp. 15-17.
- NOVICK, Martha
2000 «La transformación del mundo del trabajo». En Enrique de la Garza (coordinador). *Tratado latinoamericano de sociología del trabajo*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, pp. 123-147.
- OJEDA, Antonio
2003 *Derecho sindical*. Octava edición. Madrid: Tecnos.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO
1997 *Informe VI (1) Trabajo en régimen de subcontratación. 85.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- PIORE, Michael y Charles SABEL
1990 *La segunda ruptura industrial*. Traducción de María Esther Rabasco y Luis Toharia. Madrid: Alianza Editorial.
- RAGUSA, Azucena
2007 «Los grupos de empresa». En Mario Ackerman y Diego Tosca (compiladores). *La transformación de la empresa en el derecho del trabajo*. Buenos Aires: Rubinzal-Colzoni Editores, pp. 493-523.
- RIVERO, Juan
2000 «La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo». En AA. VV. *La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pp. 17-94.
- SALA, Tomás e Ignacio ALBIOL
1994 *Derecho sindical*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- SÁNCHEZ, Esther
1999 *El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva*. Madrid: Consejo Económico y Social.
- SUPIOT, Alain
1999 *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo en Europa*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- TOSCA, Diego
2007 «La descentralización productiva (anatomía y patología en Argentina)». En Mario Ackerman y Diego Tosca (compiladores). *Las transformaciones de la empresa en el derecho del trabajo*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, pp. 429-459.
- TOYAMA, Jorge
2008 *Los contratos de trabajo y otras instituciones del derecho laboral*. Lima: Gaceta Jurídica.
- TOYAMA, Jorge y Alfredo VARGAS
2009 «Las contratas mineras: aspectos laborales». *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, año 4, número 8, pp. 149-160.
- UGAZ, Mauro
2009 «El régimen legal de la subcontratación (tercerización) de servicios en el Perú». En Antonio OJEDA. *Temas centrales del derecho del trabajo del siglo XXI*. Lima: ARA Editores.
- ULLOA, Daniel
2011 «La negociación colectiva en el Perú». *Laborem*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, número 11, pp. 17-32.
- URREA, Fernando
1999 «Globalización, subcontratación y desregulación laboral. Una revisión bibliográfica parcial». En Luz Arango y Carmen Marina (compiladoras). *Globalización, apertura económica y relaciones industriales en América Latina*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, pp. 50-91.
- VALDÉS DAL-RÉ, Fernando
2002 «Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo». *Sistema*. Madrid, números 168 y 169, pp. 71-87.
- VERDERA, Francisco
2000 «Cambios en los modelos de relaciones laborales en el Perú 1970-1996». En Denis Sulmont y Enrique Vásquez (editores). *Modernización empresarial en el Perú*. Lima: Red para el Desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú, pp. 59-121.

VILLAVICENCIO, Alfredo

2004 «La intermediación laboral peruana: alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico». *Ius et Veritas*. Lima, año 14, número 29, pp. 143-156.

2009 «La autonomía sindical como fundamento de la legitimación negocial de una federación a nivel de empresa». *Soluciones Laborales*. Lima: Gaceta Laboral, número 14, pp. 23-29.

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

b) Jurisprudencia nacional, comparada e internacional

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia del 26 de marzo de 2003 recaída en el Expediente 00261-2003-AA/TC.
- Sentencia del 8 de noviembre de 2005 recaída en el Expediente 5854-2005-PA/TC.
- Sentencia del 25 de abril de 2006 recaída en el Expediente 0025-2005-PI/TC.
- Sentencia del 17 de agosto de 2009 recaída en el Expediente 03561-2009-PA/TC.

CORTE SUPREMA DE CANADÁ

1997 *Pointe Claire (City) v. Quebec (Labour Court)* | SCR 1015, 1055.

COMENTARIOS

Alfredo Villavicencio Ríos

Director del Doctorado en Derecho y profesor del Departamento Académico de Derecho - PUCP

Debo iniciar estos comentarios señalando que comparto mucho de lo afirmado por el autor. Las virtudes del texto no permiten que sea de otra forma; entre ellas resaltan especialmente el carácter interdisciplinario del análisis realizado (sobre la base de fuentes no solo jurídicas, sino también sociológicas) y el abordaje de temas de fondo, como la falta de idoneidad de la regulación laboral actual y el replanteamiento de conceptos como *organización del trabajo*. En ese sentido, y sin desmerecer en absoluto los principales aciertos de la investigación, paso a realizar una apreciación crítica de algunos elementos tratados en ella con la intención de complementar sus aportes.

Una de las primeras observaciones que es necesario hacer es que el fenómeno analizado en el trabajo es complejo y tal vez por ello existe cierta ambigüedad en la forma en que se le nombra. El profesor Canessa lo denomina tanto *descentralización productiva* como subcontratación. Considero que ambos términos no son sinónimos; de hecho, el efecto jurídico del primero es el segundo. La descentralización productiva es un fenómeno organizacional que interrelaciona diversos elementos: empresarios, trabajadores, máquinas e insumos; y sus consecuencias alcanzarán diferentes campos. La aproximación jurídica a este fenómeno es la consecuencia, y es este concepto el que es materia de análisis en el texto bajo comentario; a este fenómeno, por cierto, también se le denomina *tercerización o outsourcing*.

Como bien señala el autor, como pauta general, las consecuencias de la descentralización productiva suelen ser buenas para las empresas y malas para los trabajadores. Esto revela la necesidad de un cambio de paradigma en la aproximación al fenómeno, un cambio cuyo impacto debería alcanzar a los actores involucrados y sus actos, incluso en el ejercicio regulatorio de la subcontratación. Por otro lado, en el Perú existe un juego de intereses que se refleja en las influencias empresariales en las políticas laborales, incluida la política legislativa. La posición real de poder del actor económico le permite una interlocución especial frente al mundo de lo político, razón por la cual tenemos un serio problema regulatorio, que ya tiene más de dos décadas, y no se ve en el horizonte ninguna posibilidad de afrontarlo tanto para darle precisión a las normas como para dotar de cierto equilibrio a los actores. Por ello, el autor acierta cuando busca formular un juicio de adecuación de estas normas.

El trabajo comentado se extiende en el tratamiento de la descentralización productiva, sus expresiones y consecuencias, temas que, como mencionara, ya tienen más de dos décadas de análisis. Hubiera sido más útil que se concentrara en el meollo del asunto: la ruptura del paradigma de la bilateralidad de la relación laboral y el establecimiento del reino de las relaciones triangulares, y que apuntara a consolidar el enfoque relacional de la dependencia funcional entre todos los empleadores involucrados y los trabajadores.

La subcontratación implica necesariamente el desdoblamiento y el trastrocamiento de la figura del empleador entre empresa principal y contratista. Estamos frente a organizaciones empresariales diferentes, jurídicamente independientes, cada una con sus propios trabajadores y recursos, pero frente a un solo ciclo productivo, con una empresa que lo diseñó y lo controla.

Hay una empresa principal que genera excedentes económicos a través del aprovechamiento directo de la fuerza de trabajo de personal ajeno, y rompe así la concepción tradicional del contrato de trabajo:

- a) Mantiene el control global del proceso de producción, lo que le permite ostentar el poder de decisión final sobre las circunstancias bajo las cuales se desarrollará este. El empleador inmediato no se corresponde con el centro de decisiones real.
- b) Es la beneficiaria final y directa de la prestación de los servicios desplegados por los trabajadores de la contratista.
- c) No asume responsabilidades y riesgos laborales implícitos en el proceso productivo.
- d) Es la que se encuentra en la posibilidad real de solucionar una serie de conflictos de intereses que se suscitan con los trabajadores destacados.

Se trata, como afirmara el profesor Gorelli, de una cesión de autonomía empresarial, una nueva clase de subordinación jurídica, mucho más sutil, no entre trabajadores y empleador sino entre empresarios auxiliares y principal, no de carácter jurídico sino de hecho, que se presenta porque la principal tiene las potestades de organizar, dirigir y coordinar las fases externalizadas.

Y, en este contexto, cobra una fuerza aún mayor el enfoque relacional o de dependencia funcional entre empresas y trabajadores, que tiene que conducir a reconfigurar la relación laboral y, sobre todo, la noción de empleador. Pierde relevancia la persona jurídica y el carácter principal o secundario de la actividad para priorizar la dependencia funcional.

Además, hay que revisar la historia de las normas sobre subcontratación en el Perú, tanto porque comienza con el Decreto Ley 22126 y no con la Ley 24514 como porque la motivación no fue la influencia de la doctrina o de la legislación comparada, sino la necesidad de favorecer a los intereses empresariales entendiendo que esa era la única vía que generaría inversión, crecimiento y desarrollo, premisa tantas veces desmentida por la realidad y que sigue hasta la fecha justificando la lógica del «cholo barato» en las políticas de empleo de los distintos gobiernos posteriores al fujimorista.

Si bien en las relaciones individuales hay regulación, no la hay en las relaciones colectivas, lo que es grave si consideramos que el fenómeno de la descentralización productiva impacta a los tres derechos colectivos. Y sobre este tema hay un matiz con el trabajo comentado, porque debería haber dicho algo sobre los otros dos derechos: el presupuesto (sindicación) y la garantía de eficacia de la negociación colectiva (huelga).

Sobre el particular, deberíamos revisar la posición sobre la no injerencia estatal en la constitución de los sindicatos, puesto que con la subcontratación no solo basta con eliminar las restricciones registrales a las organizaciones que contratan, sino que hay que regular promocionalmente esta posibilidad y dar especial garantía a los fundadores y dirigentes dada su extrema precariedad.

Finalmente, hay graves problemas de legitimación que se derivan del tema de sindicación. No se respeta el derecho a constituir los sindicatos que se estimen convenientes y se les quiere encasillar legalmente; o se les impacta estableciendo posibilidades negociales solo a nivel de empresa, con lo que no se constituyen sindicatos de rama. Al respecto, lo único que se puede exigir es que tengan presencia en la empresa, solución que habría que asumir legalmente.

Así, estos temas muestran los problemas actuales de una legislación que se encuentra en las antípodas de las exigencias de tutela colectiva que plantea cualquier sistema medianamente desarrollado de relaciones laborales y que son puestas en evidencia en el trabajo comentado.

Elmer Arce Ortiz
Profesor del Departamento Académico de Derecho - PUCP

Lo primero que quisiera resaltar en el texto del profesor Canessa es la profundidad y limpieza con la que trata un tema antiguo, como lo es el derecho de negociación colectiva, desde una visión económica, política y social moderna. Su perspectiva interdisciplinaria abre las puertas a una reflexión sobre la efectividad de la negociación colectiva en los momentos actuales del capitalismo maduro.

El cambio de modelo de producción, del taylorista al flexible, constituye no solo una nueva manera de enfocar las actividades empresariales, sino también una nueva forma de ver las relaciones laborales y el papel del sindicato. La empresa como unidad económica y jurídica va dejando su paso a modelos más complejos que mezclan de distinta forma el componente jurídico con el económico: grupos de empresas, tercerización, teletrabajo, franquicias, trabajadores autónomos, etcétera.

Entrando en la reflexión sobre el papel de la legislación flexible en el Perú, el profesor Canessa señala que el fenómeno social de cambio de modelo productivo no había llegado a nuestro país cuando la reforma jurídica ya se había hecho. Es decir, el gobierno fujimorista aceleró el proceso de cambio en el modo de actuar de las empresas peruanas. Sobre el particular, discrepo. En primer lugar, no creo que el contexto del Perú de los noventa ameritaba un cambio de paradigma jurídico. Y ello, porque las condiciones que se dieron en Europa fueron muy distintas a las producidas en Perú. En Europa se produjo una saturación de la competencia en los mercados, lo cual no ocurrió en el Perú. En segundo lugar, no se incorporaron nuevas formas de regulación en todas las nuevas formas empresariales que teóricamente derivan de la descentralización. Por ejemplo, se regularon solo las empresas de trabajo temporal y la tercerización de actividades complementarias. No se regularon los grupos de empresas, ni el teletrabajo, ni los trabajadores autónomos, ni la transmisión de empresas ni, por último, los efectos laborales de la franquicia. En tercer lugar, las modificaciones legislativas solo se focalizaron en los efectos sobre los derechos individuales de los trabajadores y dejaron al margen los derechos colectivos. En realidad, estas tres consideraciones confirman desde mi punto de vista una sola cosa: se utilizó la regulación de la descentralización productiva

para avasallar los derechos laborales. En otras palabras, se utilizó una ficción jurídica (que no encontraba correspondencia con nuestra realidad social) para desarticular la estabilidad laboral del trabajador hasta ese momento existente.

Prueba de lo que se dice es que hasta ahora hay muchas formas que han nacido en el modelo descentralizado que todavía no tienen regulación jurídica. Si la razón o finalidad de la regulación flexible de los años noventa hubiera sido acelerar el desarrollo de la realidad social empresarial, se hubiera regulado también la tercerización de actividades principales, los grupos de empresas o los trabajadores autónomos. Esto, desgraciadamente, no ha ocurrido.

Lo que vinieron a crear estas fórmulas jurídicas de ficción fue la dispersión del poder de dirección en varias personas jurídicas, con lo cual el trabajador empezó a perder certeza respecto de quién era su contraparte contractual; y el sindicato, de quién era su contraparte negocial. Por lo demás, nunca existió intención por parte del legislador de unificar el poder de dirección, aunque este estuviera en distintas manos, y empezó a crear sujetos que podían tomar decisiones sobre la organización de los trabajadores, pero que no tenían ninguna responsabilidad económica ni jurídica respecto de ellos. Estas palabras grafican lo que significó la regulación incipiente bajo los marcos de la descentralización productiva para los trabajadores peruanos.

El derecho de negociación colectiva también se ha visto afectado por esta suerte de «desaparición del empleador responsable». Las reglas tradicionales del derecho de negociación colectiva, como afirma el profesor Canessa, lo vuelven un derecho que produce insatisfacción en el marco de la descentralización productiva. Ello es preocupante, dado que la Constitución peruana promueve la eficacia de negociación colectiva más que su aparición simbólica en el texto legal.

Coincido con el profesor Canessa en que una vía para recuperar la aplicación del derecho constitucional de la negociación colectiva sea la de voltear la cara a los principios que la sustentan. Los principios pueden ayudar a reconstruir las reglas jurídicas siempre que los contextos estén en un momento de cambio. De esta forma, la reconstrucción del derecho sobre la base de los principios de negociación libre y voluntaria permite una visión de esperanza que atienda a la finalidad del derecho fundamental.

Creo que los dos temas que el profesor Canessa plantea al final de su trabajo son temas de gran envergadura. Tanto la legitimidad para negociar como el nivel de negociación ponen el acento precisamente en la insuficiencia de las actuales reglas peruanas para regular las nuevas formas de organización empresarial (tercerización, grupos de empresa, transmisión, teletrabajo, etcétera). Se deja en evidencia la ineficacia de las normas actuales laborales, aunque se trata de resaltar el papel de la jurisprudencia judicial y administrativa a efectos de subsanar los errores de esa anomia legislativa. No obstante, dichos pronunciamientos poco a o nada pueden hacer para cambiar la realidad jurídica. En otros casos, los propios trabajadores han conseguido «sentar» en la misma mesa de negociación a quien por ley no está obligado a hacerlo, como es el caso del empleador de la empresa principal o usuaria respecto de los trabajadores de las empresas contratistas, pero son soluciones que exigen mucho compromiso y esfuerzo, además de ser excepcionales. Creo que los principios de negociación colectiva y voluntaria deben empujar hacia la consolidación de una nueva normativa que no obligue a los jueces y funcionarios a realizar «soluciones heroicas».

En muchos casos podemos crear soluciones ingeniosas que mitigan el problema de la negociación colectiva; sin embargo, los jueces muchas veces tienen que enfrentarse a prohibiciones imperativas que no podrán dejar de lado. Por ejemplo, es verdad que las partes deberían escoger el nivel de negociación, o que en su conflicto más complejo lo haga un tribunal arbitral, pero ello es insuficiente en una organización empresarial como el grupo. Elegir un nivel de negociación colectiva no debería significar que los otros niveles (empresa y centro de trabajo) se quedan sin capacidad de negociación. La negociación en el grupo de empresas requiere una negociación simultánea en todos los niveles desde donde se ejerce el poder de dirección patronal. Lo que quiero decir es que el paradigma de negociación en las nuevas formas empresariales viene a transformar toda la dinámica de los niveles de negociación si queremos hacer efectivo el derecho de negociación colectiva.

Otro ejemplo, el ámbito de negociación de rama de actividad tampoco permite con claridad que dos empresas colaboradoras entre sí puedan negociar conjuntamente respecto de los trabajadores de una de ellas. El problema es que el requisito para sentarse en la misma mesa es que pertenezcan a la misma actividad o al mismo sector empresarial. Esto es muy delicado y, aunque hay pronunciamientos interesantes al respecto, es necesario que la legislación se ocupe urgentemente de un tema como este. Las dos empresas colaboradoras deberían negociar conjuntamente con los trabajadores de una de ellas, siempre que su vínculo de colaboración sea intenso. ¿Por qué tendría que ser determinante la pertenencia a un sector empresarial o no?

Para terminar, quiero agradecer al profesor Canessa por darnos la oportunidad de reflexionar sobre estos temas que él ha puesto sobre el tapete. Estamos ante un estudio serio, profundo y sobre todo compilador de los problemas que genera la descentralización productiva en el mundo del derecho laboral. Coincido con él en una de sus últimas afirmaciones: es necesario implementar una reforma legal al Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

RESPUESTA DEL AUTOR

Uno de los logros del esquema de investigación del CICAJ es incorporar el punto de vista de respetados profesores, quienes comentan el trabajo de su colega con la rigurosidad y bajo la perspectiva de profundizar en las reflexiones planteadas, resaltan sus carencias y aportan nuevos planteamientos. Elmer Arce y Alfredo Villavicencio han cumplido dicho rol, para satisfacción mía, y me han permitido dialogar con ellos por medio de esta réplica.

El profesor Arce señala que no era necesario modificar el paradigma jurídico en los noventa sin que se hubiese materializado el cambio de modelo productivo peruano en las empresas. Estoy de acuerdo con él, la reforma fujimorista se centró en abaratar los costos laborales, en realidad el salario, como un medio de compensación a la política de ajuste estructural implementado por el gobierno fujimorista. Eso explica por qué la reforma laboral se centra en la *cesión de trabajadores* —la modalidad más perniciosa de la descentralización productiva—.

En el texto se resalta que la normativa laboral se adelanta al fenómeno social, lo que conduce a una grave distorsión en el mundo del trabajo peruano. Sin embargo, la globalización de la economía, la propia apertura del mercado nacional y el ingreso de la inversión extranjera inevitablemente hubieran conducido a la materialización de la descentralización productiva en el país, aunque con la sustancial diferencia de que la nueva regulación se habría enfocado en los aspectos que se venían materializando, por ejemplo, la subcontratación entre empresas y la conformación de grupos de empresas.

Asimismo, el profesor Arce resalta la insuficiencia de los principios de negociación colectiva para enfrentar los cambios en el mundo del trabajo. En efecto, los principios solo cumplen un rol incompleto dada la complejidad de la negociación colectiva en el escenario de la descentralización productiva. Como dice el ensayo a su término, se requiere una nueva legislación que aborde esta materia porque la LRCT incumple dicha finalidad. No obstante esto, los principios de negociación colectiva suplen parcialmente esta carencia mientras el legislador nacional mantenga su pasividad.

La autoridad de trabajo y el organismo judicial están obligados a proteger el ejercicio del derecho de negociación colectiva de los trabajadores peruanos inmersos en la descentralización productiva por medio de estos principios. Estos son obligatorios no solo por ser pilares de la negociación colectiva, sino también por formar parte del bloque de constitucionalidad de nuestro ordenamiento, como ha subrayado en reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional

peruano. Tengamos presente que los principios de la negociación colectiva están recogidos en los Convenios 87 y 98 de la OIT, los cuales han sido debidamente ratificados por el país.

El profesor Arce reflexiona sobre si la negociación colectiva por rama de actividad es idónea como solución jurídica para los casos en los que las empresas colaboradoras no tengan la misma actividad económica. Esta reflexión me conduce a considerar dos aspectos del tema. En primer lugar, la estructura sindical de rama de actividad ha atenuado sustancialmente los efectos perniciosos de la descentralización productiva como lo evidencian los casos argentino, brasileño y uruguayo en la región. Bajo esta estructura sindical, las negociaciones colectivas en estos países han podido lograr una mayor cobertura de protección a favor de los trabajadores. Por supuesto, también esta estructura sindical enfrenta dificultades a las transformaciones que se producen en la organización del trabajo, pero a pesar de ello es un medio para abordar inicialmente desde una experiencia cercana nuestra materia de estudio.

En segundo lugar, pone como tema de discusión el vetusto parámetro sobre el número de trabajadores necesario para constituir un sindicato de empresa —la estructura sindical predominante en el país—. Conforme con nuestra legislación nacional se requieren veinte (20) trabajadores para constituir una organización sindical en una empresa; esta exigencia recibe el respaldo de los órganos de control de la OIT (la Comisión de Expertos y el Comité de Libertad Sindical). Bajo este parámetro, la inmensa mayoría de los trabajadores asalariados peruanos son excluidos legalmente del ejercicio de un derecho fundamental como la libertad sindical.¹ Si bien se permite negociar colectivamente por medio de delegados de los trabajadores (artículo 15 del TUO de la LRCT), no resulta equiparable a ejercerlo en el marco de una organización sindical. La exigencia de veinte (20) trabajadores para constituir un sindicato de empresa fue entendible en el período en el que la organización de la empresa era dominada por el paradigma fordista-taylorista, pero justamente la descentralización productiva socava esa visión y la reemplaza por una organización flexible del trabajo donde la disminución del número de trabajadores requeridos para la producción o la prestación del servicio resulta central. Una disminución sustancial del número de trabajadores para constituir un sindicato de empresa es un requerimiento indispensable en el nuevo escenario de la descentralización productiva.

El profesor Villavicencio sostiene que una lectura de la investigación conduce a equiparar la descentralización productiva y la subcontratación. Debo ser preciso en señalar que no son equiparables. La descentralización productiva es la clase o género; mientras que la subcontratación es una de sus modalidades. Asimismo, el profesor Villavicencio subraya que las normas de subcontratación se inician con el Decreto Ley 22126 del régimen militar en vez de con la Ley 24514 del primer Gobierno aprista. Conforme al artículo 27 del decreto ley, se prohibió el servicio de trabajadores que provengan de una entidad distinta y extraña al centro laboral en labores permanentes, con excepción de las labores de mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad, eventos temporales y otros análogos. Se trata de la prohibición de la cesión de trabajadores para desempeñar labores permanentes en la empresa principal. Sin embargo, en nuestra clasificación de las modalidades de la descentralización productiva distinguimos la *subcontratación* y la *cesión de trabajadores*.

El primer caso consiste en la contratación de una empresa principal y una empresa contratista, donde esta se compromete a realizar una actividad a favor de aquella. El segundo caso consiste

¹ Conforme a la reciente Encuesta de Hogares del INEI (2013), el 71,5% de los trabajadores asalariados peruanos venían laborando en empresas con menos

en que una empresa proporciona trabajadores para que laboren en la empresa principal. Si bien el distinguo entre ambas modalidades podría ensombrecerse bajo la casuística que proporciona la realidad, el énfasis consiste en que la subcontratación se centra en la actividad productiva o la prestación del servicio; mientras que la cesión se centra en proporcionar trabajadores. Eso explica por qué la legislación peruana no prohibió la subcontratación entre empresas en el país y sí prohibió la cesión de trabajadores para evitar la desprotección laboral.

El profesor Villavicencio critica el ámbito del estudio porque este se reduce a la negociación colectiva sin abordar el derecho de sindicación y la huelga —derechos fundamentales— igualmente desprotegidos para los trabajadores inmersos en la descentralización productiva. Comparto la preocupación de Alfredo Villavicencio y respaldo su afirmación de que también estos derechos fundamentales son menoscabados en su ejercicio por la legislación laboral vigente. En este caso, he preferido restringir el análisis jurídico a las fronteras de la negociación colectiva en razón a los casos estudiados (Backus & Johnston, Buenaventura, Telefónica) y a las significativas resoluciones administrativas del Ministerio de Trabajo, pues aportan un acercamiento a la praxis sindical en el contexto de las restricciones de nuestra normativa. De algún modo se aborda el derecho de sindicación, pero sin la amplitud que merece el tema. Espero que estas ausencias sean suplidas con posteriores investigaciones motivadas por la lectura de este estudio.

El profesor Villavicencio pone acertadamente el énfasis sobre la ruptura del paradigma de la bilateralidad de la relación laboral y el establecimiento del reinado de las relaciones triangulares sostenidas en la dependencia funcional. La doctrina moderna laboral viene planteando desde hace décadas que la dependencia funcional debe sustituir a la noción de *propia actividad* o *actividad principal* como criterio definidor en el establecimiento de las responsabilidades de las obligaciones laborales en el marco de la descentralización productiva. De este modo, se puede recuperar en el plano jurídico lo que se revela en el plano fáctico: quién se beneficia del trabajo prestado. Lamentablemente, la legislación laboral peruana insiste en la equivocada visión que reduce la relación laboral a términos de bilateralidad, cuando una de las transformaciones de la organización del trabajo consiste en la trilateral relación laboral existente. La legislación apela a la noción de *actividad principal* para definir tanto la contratación legal como para fijar el sujeto responsable de las obligaciones laborales. Es un reto de doctrina nacional lograr que en el derecho laboral peruano se hegemonice esta renovada teoría jurídica.

Los comentarios de los profesores Arce y Villavicencio me conducen a reflexionar sobre uno de los temas abordados en el estudio que merecen volver a tratarse en esta réplica. En el caso peruano se menciona que la normativa —la regulación— se antepone a la aparición del fenómeno social —la descentralización productiva—. Sin embargo, lo que suele ocurrir en otras sociedades, incluidas otras que están en vías de desarrollo, es que las nuevas tecnologías que se incorporan al proceso productivo resultan ser los detonantes que conducen a la transformación de la organización del trabajo; esto provoca los cambios en los roles y en las actividades del trabajo. La organización del trabajo se modifica sobre las exigencias que esas tecnologías generan en la forma de producir o prestar el servicio. Esa transformación en la organización del trabajo puede entrar en colisión con el marco regulador en la empresa, ya sea por lo establecido en los convenios colectivos que fija las condiciones de trabajo o por la normativa laboral —nacional o de la actividad económica— que regula en líneas generales las relaciones laborales. Así, las nuevas formas de organizar el trabajo presionan sobre la regulación y buscan su modificación para que se armonice con estos cambios. Sin pretender ser esquemáticas o mecanicistas, colocan una relación: tecnología —organización del trabajo— y regulación, todo

lo opuesto a lo que ocurrió en nuestro país a principios de los noventa y que evidencia su distorsión.

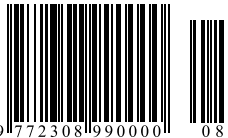
En la actualidad, se sostiene que las empresas peruanas vinculadas a la economía globalizada han incorporado las tecnologías digitales en su producción y han rediseñado su organización del trabajo e impulsado el desarrollo productivo en beneficio de la sociedad peruana (De Althaus 2009). En otras palabras, la descentralización productiva se ha asentado en el escenario productivo.

Sin embargo, desde el sector empresarial se oponen a cualquier modificación de la regulación laxa de la flexibilización laboral fujimorista que perjudica la protección de los trabajadores. Se nos señala que la actual regulación es la que ha permitido el crecimiento económico, cuando justamente la legislación vigente impide que los trabajadores se vean beneficiados por la riqueza que participan en crear. La normativa laboral no puede renunciar a su objetivo principal: proteger la libertad de los trabajadores en el mundo del trabajo, con mayor razón en el escenario de la descentralización productiva, como retrata la investigación. La nueva regulación debe responder a ese objetivo esencial que no está en oposición al desarrollo productivo.

La Haya, marzo de 2014



ISSN 2310-5011



9 772308 990000 08

DEPARTAMENTO ACADÉMICO DE DERECHO
Av. Universitaria N° 1801, San Miguel, Lima, Perú
Teléfono: (511) 626-2000 anexos 4930 y 4901
Pontificia Universidad Católica del Perú
<http://www.pucp.edu.pe/departamento/derecho/>