

La negociación colectiva en el Perú: la hiperdescentralización y sus múltiples inconvenientes

Collective bargaining in Peru: the hyper-decentralization and its many drawbacks

ALFREDO VILLAVICENCIO RÍOS*

Resumen: En América Latina la mayoría de países cuenta con una estructura negocial descentralizada que tiene en la empresa el principal ámbito de negociación y contrasta con las obligaciones de garantía y fomento que se derivan del nuevo constitucionalismo latinoamericano surgido tras la caída de las dictaduras en el último cuarto del siglo pasado. En el Perú la opción legislativa impone un modelo hiperdescentralizado que ha restringido al máximo la cobertura y eficacia de la tutela colectiva. Por su parte, la regulación estatal referida a la negociación colectiva articulada no resulta completa ya que deja de lado temas como la naturaleza jurídica de los instrumentos de articulación, los ámbitos de los acuerdos marco, su eficacia, entre otros.

La debilidad de la tutela colectiva ha trascendido el ámbito específico de la empresa y pone en cuestión los equilibrios sociales, económicos y políticos que sustentan al Estado constitucional de derecho.

Palabras clave: Negociación colectiva – estructura negocial – obligación de garantía y fomento – cobertura y eficacia de la tutela colectiva

Abstract: In Latin America, most countries have a decentralized bargaining structure that is in the company's main area of negotiation and different from the warranty obligations and promotion deriving from the new Latin American constitutionalism emerged after the fall of dictatorships in the last quarter of the past century. In Peru, the legislative option enforces a hyper-decentralized model that has restricted maximum coverage and effectiveness of the collective protection. Therefore, the state regulation referred to the articulated collective bargaining is not complete because it ignores issues such as the legal nature of the instruments of juncture, the framework agreements, their effectiveness, etc.

The weakness of the collective protection has transcended the specific field of business and questions the social, economic and political balances that underpin the constitutional rule of law.

Key words: Collective bargaining – bargaining structure – obligation to guarantee and promotion – coverage and effectiveness of collective protection

* Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla. Correo electrónico: alfredo.villavicencio@pucp.pe

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. RASGOS ESENCIALES Y GENERALES DEL TEMA DE LA ESTRUCTURA NEGOCIAL.- III. LA REGULACIÓN DE LA ESTRUCTURA NEGOCIAL PERUANA: LA ATOMIZACIÓN COMO NORTE LEGAL.- III.1. RASGOS HISTÓRICOS DEL MODELO HIPERDESCENTRALIZADO.- III.2. CONFIGURACIÓN LEGAL DE LAS UNIDADES DE NEGOCIACIÓN.- III.3. DETERMINACIÓN DEL NIVEL DE NEGOCIACIÓN.- III.4. POSIBILIDAD LEGAL DE UNA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ARTICULADA.- III.5. LA REGLA DE SOLUCIÓN DE LA CONCURRENCIA CONFLICTIVA DE CONVENIOS COLECTIVOS.- IV. LA ESTRUCTURA NEGOCIAL PERUANA EN LA REALIDAD.- IV.1. LOS DATOS GENERALES EN EL MARCO DEL ESTADO ANTISINDICAL.- IV.2. LA ATOMIZACIÓN SINDICAL Y LA ANOMIA COMO REGLAS CLARAMENTE PREDOMINANTES.- IV.3. TUTELA COLECTIVA DÉBIL: MEJORES REMUNERACIONES PARA POCOS Y UN IMPACTO INEXISTENTE EN LAS CUENTAS NACIONALES.- V. CONCLUSIONES.- VI. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

En América Latina, hay tres países con una estructura negocial centralizada (Argentina, Brasil y Uruguay), mientras que el resto se adscribe de manera notoria al modelo descentralizado de negociación colectiva, al asentar en la empresa el nivel preponderante de ejercicio de este derecho. Y este no es un dato irrelevante, en la medida en que, dada la estructura productiva de nuestra región, donde predomina la micro y pequeña empresa, solamente en los tres primeros países podemos encontrar un desarrollo significativo de este derecho, mientras que los demás tienen que lidiar con *la maldición del 10%*, en la medida en que no pueden representar colectivamente a un colectivo laboral que supere ese porcentaje de sus trabajadores.

Los estudios sobre los rasgos centrales del sistema de las relaciones laborales reclaman siempre una perspectiva multidisciplinaria, desde las visiones económica, sociológica y jurídica, que aplicadas al mundo del trabajo no pueden faltar. A este nivel, se analiza la configuración de los actores —sindicatos, empleadores y sus organizaciones— y el Estado, así como el entramado de sus relaciones de poder. En este trabajo trataremos de hacer la radiografía comentada de la estructura sindical y negocial peruana, es decir, de la columna vertebral sobre la que se construyen las relaciones laborales y que, por tanto, da cuenta del equilibrio social y económico entre capital y trabajo, equilibrio que en nuestro país es todavía una asignatura pendiente.

II. RASGOS ESENCIALES Y GENERALES DEL TEMA DE LA ESTRUCTURA NEGOCIAL

Para situar adecuadamente el tema estructural en el sistema de relaciones laborales, se puede comenzar señalando que, en un Estado democrático y constitucional, la tutela colectiva reconocida a los trabajadores y sintetizada jurídicamente en el derecho de libertad sindical es el instrumento fundamental para que estos puedan defender y promover sus derechos en la empresa, en el sector y a nivel de toda la sociedad. Sus principales manifestaciones —sindicación (autoorganización), negociación colectiva (autorregulación) y huelga (autotutela)— son inescindibles y concurren en lo que doctrinalmente se ha denominado como autonomía colectiva; de modo tal que la primera es el presupuesto, la segunda su expresión concreta y la tercera el mecanismo que garantiza su eficacia.

De otro lado, debemos indicar que, si bien la primera y la tercera (sindicación y huelga) son unilaterales y la segunda es bilateral (negociación colectiva), su estrechísima vinculación conduce a que la presencia de la voluntad (e intereses) del empleador en la negociación colectiva tenga un impacto muy significativo en la sindicación y en la huelga. Dicha situación, en lo que aquí interesa, condicionará en mucho la estructura sindical y conflictiva de un determinado país (y, con ello, comprometerá también la eficacia de la tutela colectiva). En otras palabras, si, por ejemplo, para fijar el nivel de negociación se requiere inexorablemente el acuerdo con los empleadores, como sucede en el Perú y en otros países de la región, la negativa radical a negociar en la rama de actividad conducirá a que no existan en la práctica tales organizaciones, por más que legalmente se consagre la posibilidad de constituir sindicatos sectoriales.

En tercer lugar, también hay que tener presente que la determinación del ámbito negocial es una «materia previa», un «presupuesto» de la propia negociación colectiva. Antes de abordar la regulación de las condiciones de trabajo y muchas de las relaciones interpartes, estas han de ingresar al terreno estructural y decidir las sedes en las que ejercerán el poder normativo que se les ha atribuido.

En cuarto lugar, hay que dejar en claro que, ante la tutela colectiva¹, el rol del tercer actor de las relaciones laborales también es muy relevante. En principio, frente a ella, el Estado no puede mantenerse en actitud neutral, puesto que el reconocimiento de sus componentes como derechos fundamentales y la función de equilibrio económico, social y político a la que está destinada, conllevan una ruptura con los sistemas de *abstention of law*. Por ello, se debe imponer al Estado

¹ Prefiero referirme a *tutela colectiva*, por resultar una expresión mucho más explícita de su función y finalidad que *libertad sindical* o *autonomía colectiva*, que reconozco como términos sinónimos.

una actitud de garantía y fomento que permita que la tutela colectiva cumpla su papel con la mayor eficacia posible. Esta situación ha sido reconocida explícitamente por muchas constituciones (artículos 51.III, 39.5, y 39 y 55 de las Constituciones de Bolivia, Ecuador y Colombia, respectivamente), siendo la peruana una muestra clara de ello, cuando el artículo 28 ordena garantizar la libertad sindical y fomentar la negociación colectiva, reiterando aquello que todos los tribunales constitucionales y la doctrina han destacado cuando indicaban que basta su consagración como derecho constitucional para que se generen tales obligaciones al Estado.

En quinto lugar, debemos concordar en que la determinación de la estructura de la negociación colectiva, para centrarnos en el campo más neurálgico del tema que nos convoca, no le es indiferente a ninguno de los actores de las relaciones laborales. Y ello es así por diversas razones, pero particularmente porque los niveles más utilizados —empresa y sector o rama de actividad— tienen un impacto directo en la cobertura negocial, en la consiguiente fortaleza sindical y en el rol político del sindicato (la posibilidad de ingresar a temas vinculados a políticas sectoriales e intersectoriales); materias todas de vital trascendencia para sindicatos, patronales y Estado². De allí que el sindicalismo busque la representación sectorial, los empleadores se sientan mucho mejor con el ámbito empresarial y el Estado, en América Latina, haya tenido por lo general una opción por el modelo descentralizado (mostrando su cercanía con los intereses empresariales). Las excepciones a esto último son Uruguay, donde un Estado abstencionista dejó en manos del juego de fuerzas la determinación de la estructura sindical y negocial y los trabajadores consiguieron hacer valer el nivel sectorial, y Argentina y Brasil, donde el Estado —gran actor en este campo— se jugó de manera abierta por la rama de actividad³.

Por cierto, el modelo descentralizado predominante en América Latina contrasta con las obligaciones de garantía y fomento que se derivan del nuevo constitucionalismo latinoamericano surgido tras la caída de las dictaduras en el último cuarto del siglo pasado. Esto, no solo en

2 Resulta pertinente recordar que la ventaja de la negociación a nivel de empresa gira alrededor de una mayor cercanía al objeto de regulación, en tanto que las desventajas apuntan a su menor cobertura, mayor beligerancia y al hecho de que solo se negocian condiciones de trabajo. Mientras que, en el caso de la negociación por rama, se señala como desventaja la mayor lejanía al objeto de regulación, y, como ventajas, que tiene una mayor cobertura y un consiguiente mayor poder negocial, que muestra una menor beligerancia y que permite el tratamiento de otras materias vinculadas con el sector. Por cierto, hay que señalar también que, mientras la desventaja de la negociación por rama puede ser superada por diversos mecanismos (franjas, negociación articulada, etcétera), los problemas de la negociación por empresa no tienen solución, mucho menos en países donde el predominio de la micro y pequeña empresa vuelve inexistente el derecho para la gran mayoría de trabajadores cuando se lo focaliza a tal nivel.

3 En Brasil, la opción no se quedó en el nivel sectorial, sino que se impuso la unidad sindical, es decir, un solo sindicato por categoría en la misma base territorial, conforme al artículo 8.II de la Constitución brasileña, lo que ha conducido a que este país no ratifique el Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

337

la medida que las normas supremas ordenan la búsqueda de la mayor eficacia de la tutela colectiva a través de las obligaciones de garantía y fomento, sino también en relación con la superación del *jaque* que ha impuesto el nuevo paradigma productivo, basado en la descentralización productiva, a los derechos colectivos, sobre todo en los países con estructuras sindicales y negociales de empresa. Se requiere, pues, que los actores de las relaciones laborales (*motu proprio* o de manera claramente inducida) orienten su actuación hacia un escenario en el que se facilite las distintas posibilidades de actuación supraempresarial, con el fin de preservar los equilibrios básicos del Estado constitucional y democrático que hemos adoptado. Con ello, se evita que la voz de los trabajadores se pierda y el coro democrático se convierta en un solo empresarial (y *a cappella*), que agudice los problemas económicos, sociales y políticos que entraña vivir en la región más desigual del mundo.

Todo ello no puede llevarnos a afirmar que el Estado es el único elemento que interviene en la determinación de la estructura negocial. Hay factores derivados de la estructura empresarial (micro, pequeña, mediana, grande), la estructura económica (configuración y relaciones entre los sectores primario, industrial, de servicios), la composición de la mano de obra (nivel de cualificación, sexo, etcétera), la existencia de organizaciones de empleadores y trabajadores a los niveles respectivos y su actitud frente al tema negocial. Todos estos factores jugaron un rol inicialmente, y lo hacen cuando se intenta introducir alguna modificación en el terreno estructural, aunque debe indicarse que el rol estatal ha sido y sigue siendo central en América Latina.

Por esta razón, y teniendo en cuenta las obligaciones constitucionales impuestas al Estado, la comprobación de que el modelo descentralizado excluye a la gran mayoría de trabajadores de la tutela colectiva (porque laboran en micro y pequeñas empresas, de modo que no cumplen con los requisitos de al menos veinte afiliados que se imponen en nuestros países), así como la descentralización productiva que rompió por el eje a los sindicatos de empresa, es imprescindible que el Estado revise su orientación en este terreno y diseñe políticas promotoras de la tutela colectiva. Entre dichas políticas no puede dejar de estar el favorecimiento de una organización y negociación efectivas a nivel supraempresarial, no solo sectorial, sino también a nivel de grupo de empresas, de empresas en red y de cualquier otra forma que sea reclamada por los cambios que siguen empujando hacia una más intensa multiformidad empresarial.

Finalmente, queremos señalar que el monopolio estatal en este importante terreno⁴ nos muestra un claro sesgo controlador del Estado sobre el sistema de relaciones laborales, que refleja la menor articulación

LA NEGOCIACIÓN
COLECTIVA EN EL
PERÚ:LA HIPERDESCEN-
TRALIZACIÓN Y
SUS MÚLTIPLES
INCONVENIENTESCOLLECTIVE
BARGAINING
IN PERU: THE
HYPER-DECEN-
TRALIZATION
AND ITS MANY
DRAWBACKS

4 Dicho monopolio deja en evidencia la nula autonomía externa que tienen las relaciones laborales en el terreno estructural.

democrática del sistema y lo condena a la pobreza y al subdesarrollo. Difícilmente las partes sociales pueden madurar y asumir el rol institucional que les corresponde en cualquier democracia madura si no se les permite ni siquiera definir el funcionamiento de sus propias relaciones. Por todo ello, es imprescindible que el Estado, a la par que genera las bases para el mayor desarrollo autónomo de la tutela colectiva, abandone la fijación legal y taxativa de «unidades apropiadas de negociación», y vaya dejando el espacio necesario para que los propios actores sociales, sin interferencia pública, se hagan cargo del tema estructural.

Sobre estas premisas básicas, veamos, a continuación, lo que viene sucediendo en el Perú.

III. LA REGULACIÓN DE LA ESTRUCTURA NEGOCIAL PERUANA: LA ATOMIZACIÓN COMO NORTE LEGAL

III.1. Rasgos históricos del modelo hiperdescentralizado

Dentro de los rasgos sociales más vinculados al subsistema laboral, podemos mencionar nuestra adscripción histórica al *fordismo periférico*, que se expresó en una configuración económica cuyas principales características, en lo que a nuestro interés actual concierne, se manifestaban en la predominancia de actividades primario-extractivas de baja productividad, la presencia de un sector industrial pequeño y atrasado tecnológicamente, la existencia de un sector público considerablemente grande y la emergencia, cada vez con mayor fuerza, de un pujante sector informal. Esta configuración del tejido productivo implicó, sin lugar a dudas, peculiaridades e importantes limitaciones fácticas —cuantitativas y cualitativas— al desarrollo de las relaciones colectivas de trabajo.

Además de ello, no se puede soslayar que nuestro *fordismo periférico* se inscribió en un diseño político, económico y social excluyente y autoritario, sin ninguna participación real de la sociedad civil y sus organizaciones representativas de intereses, como lo demuestra la ausencia de concertación social en nuestra historia⁵. El reflejo de este diseño a nivel de las relaciones laborales se expresaba en un modelo también excluyente y autoritario, que se plasmó en una visión patológica del conflicto, expresada en normas y actos administrativos reglamentaristas y restrictivos, así como en comportamientos empresariales dirigidos, todos ellos, a reducir a su mínima expresión o liquidar a las formas institucionales de representación de los trabajadores.

5 El Consejo Nacional del Trabajo es una experiencia relevante de diálogo social mucho más que de concertación social.

En línea con lo visto, se ha afirmado, con innegable autoridad, que, también en materia de negociación colectiva, la nueva reglamentación sindical peruana se inscribe en los lineamientos predominantes de la legislación latinoamericana más tradicional sobre el punto: intervencionismo estatal, aguda procedimentalización y estructura negocial descentralizada por empresa (Ermida Uriarte, 1994, p. 6). A partir de lo dicho, se avizora claramente que el peso de la autonomía colectiva resulta poco significativo. Esta no es una novedad en la historia peruana, sino más bien un evidente signo de continuismo, que, si bien ha sufrido algunos retoques cosméticos en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT) vigente (Poder Ejecutivo, 2003), muestra sin dificultad los principales rasgos fisonómicos intervencionistas de nuestro modelo de relaciones laborales.

El terreno estructural es uno de los mejores termómetros para medir el grado de autonomía colectiva (específicamente, autonomía externa)⁶, por lo que la comprobación de la existencia de una minuciosa regulación estatal sobre el particular nos deja pocas dudas sobre la fuertísima dependencia externa de nuestro sistema negocial respecto del Estado. Esta constatación, que comienza por evidenciar el significativo desequilibrio de poderes existente en las relaciones laborales peruanas, pone de relieve el papel definitivo que juega el factor jurídico en la configuración de la estructura negocial, puesto que significa que el margen de discrecionalidad que dejan los factores económicos ha sido procesado exclusivamente por el Estado y sus intereses en el terreno laboral (control del conflicto industrial, microconflictividad, debilitamiento del actor sindical, etcétera). Por todo ello, el estudio de la estructura negocial peruana nos obligará a prestar previamente atención a las normas legales que regulan sus diferentes componentes.

III.2. Configuración legal de las unidades de negociación

Sobre la determinación del tejido estructural, el artículo 44 LRCT, establece que

[l]a convención colectiva tendrá aplicación dentro del ámbito que las partes acuerden, que podrá ser:

- a) De la empresa, cuando se aplique a todos los trabajadores de una categoría, sección o establecimiento.
- b) De una rama de actividad, cuando comprenda a todos los trabajadores de una misma actividad económica, o a parte de ella.

6 Es decir, autonomía frente al Estado, en tanto que la autonomía interna se da en relación con otros niveles de negociación, razón por la cual solo se ve afectada cuando se plantea una estructura negocial articulada.

- c) De un gremio, cuando se aplique a todos los trabajadores que desempeñen una misma profesión, oficio o especialidad en distintas empresas (Poder Ejecutivo, 2003).

Nos movemos, pues, dentro de un cuestionable sistema de «unidades apropiadas de negociación»⁷ diseñadas por el legislador, con un catálogo cerrado que sigue la senda del listado de tipos de sindicato que se prevé en el artículo 5 de la misma norma: empresa, sector, categoría y oficios varios (esta última organización es dejada de lado para efectos de la negociación colectiva)⁸. En ambos casos se ha precisado reglamentariamente que en el nivel empresarial están involucradas organizaciones y negociaciones de ámbito menor: sección, categoría o establecimiento.

A lo dicho habría que agregar que, en el caso de la negociación colectiva por rama, se han impuesto requisitos tan exigentes que son de imposible cumplimiento y que han hecho que, a la fecha, sigamos con las negociaciones colectivas de construcción civil y estibadores portuarios como las únicas sectoriales (estas tuvieron que ser restituidas por el Tribunal Constitucional, en el primer caso, y por un arbitraje ordenado por el Tribunal Constitucional, en el segundo caso). Los requisitos señalados imponen que quien quiera iniciar un proceso negocial de rama tenga que representar a la mayoría absoluta de trabajadores y empleadores involucrados, convoque a todos (directa o indirectamente) y recabe la conformidad de la patronal respectiva en función del inicio de negociaciones a tal nivel. Esta regulación no solo es excesiva, sino inviable e inadecuada, ya que los sindicatos no representan empresas. Además, no es posible medir la representación de los sindicatos ni existe forma de notificar a todas las empresas del país cuando predominan las centenas de miles de microempresas. Por ello, ni siquiera se han constituido sindicatos de rama en el Perú.

Finalmente, una figura muy utilizada (y descentralizada) es la de los delegados de empresa, que se eligen en dos supuestos: cuando en la empresa hay entre 5 y 19 trabajadores y suplen la representación sindical para todo fin o cuando, superando los 20 trabajadores, no hay sindicato y se eligen con esa sola finalidad. En ambos casos se requiere una elección por mayoría absoluta de los trabajadores del ámbito involucrado.

7 Este sistema es cuestionable dado que significa una restricción al principio de libertad de elección de la unidad negocial incompatible con el principio de autonomía colectiva, al dejar fuera sedes tan relevantes como el grupo de empresas, la empresa en red, un conjunto de ramas afines o la sede interprofesional.

8 Al respecto, el Comité de Libertad Sindical de la OIT (pronunciamiento recaído en casos 1648 y 1650) señaló que el artículo 5 de la LRCT solo era aceptable si el listado de organizaciones que plantea se toma como abierto o indicativo y no como cerrado, que es la forma en que lo sigue entendiendo el Ministerio de Trabajo.

III.3. Determinación del nivel de negociación

En el plano específico de la selección de un determinado nivel negocial, la legislación prevé dos situaciones: cuando se va a fijar el primer ámbito de negociación o cuando se busca cambiar o complementar una sede negocial.

En el primer caso, se ha previsto que «si no existe previamente una convención colectiva en cualquier nivel de los señalados en el artículo anterior, las partes decidirán, de común acuerdo, el nivel en que entablarán la primera convención. A falta de acuerdo, la negociación se llevará en el nivel de empresa» (Poder Ejecutivo, 2003, artículo 45).

Al respecto, nos parece importante señalar que, así como compartimos la necesidad de consenso en primera instancia para fijar un determinado ámbito negocial (como corresponde a un derecho bilateral), nos parece totalmente cuestionable la imposición legal del nivel menos favorable para la existencia, difusión y eficacia de la tutela colectiva, contraviniendo abiertamente el mandato de fomento de la misma que establece nuestra Constitución⁹. En este campo, el Tribunal Constitucional ha tenido una intervención significativa en dos casos: construcción civil y estibadores portuarios. En ambos constató que la imposición del nivel de empresa a falta de acuerdo era de imposible aplicación por la altísima rotación de los trabajadores, pero su conclusión fue distinta: en el caso de construcción civil ordenó el reinicio de la negociación por rama (Tribunal Constitucional, 2006), en tanto que en el caso de los estibadores ha ordenado que sea un tribunal arbitral el que decida el nivel a utilizar (Tribunal Constitucional, 2009). Creo que no cabe ninguna duda de que, en el segundo caso, el Tribunal Constitucional abdicó de su potestad de resolver el fondo del conflicto sin mayor justificación, puesto que si bien el Comité de Libertad Sindical exige que frente al desacuerdo se recurra a un órgano independiente, nadie debe tener duda alguna de que nuestro máximo órgano de jurisdicción constitucional lo sea.

Respecto del segundo supuesto, referido al cambio de unidad negocial, se establece que «de existir convención en algún nivel, para entablar otra en nivel distinto, con carácter sustitutorio o complementario, es requisito indispensable el acuerdo de partes, no pudiendo establecerse por acto administrativo ni por laudo arbitral» (Poder Ejecutivo, 2003, artículo 45).

Se reitera en esta norma la necesidad de un acuerdo expreso sobre el particular, por lo que remitimos a las reflexiones anteriormente hechas

⁹ Si agregamos a esta clara impronta descentralizadora el número de 20 afiliados para constituir un sindicato de empresa, nos encontramos con que se está restringiendo al máximo la posibilidad de constituir sindicatos en un país en el que el 75% de sus trabajadores labora en unidades empresariales cuyas dimensiones no les permiten contar con 20 afiliados.

sobre esta materia, puntualizando solo que ya en esta norma se está abriendo la posibilidad de una negociación colectiva articulada, puesto que se hace referencia expresa a la posibilidad de que se prevean niveles complementarios. De otro lado, consideramos que la restricción referida a la imposibilidad de que el cambio de nivel o la articulación —por acto administrativo o arbitral— pueda establecerse por terceros carece de razón, puesto que, si el recurso a estos terceros es voluntario o lo manda un tribunal (como en el caso de los estibadores portuarios), se está impidiendo que las partes sociales accedan a medios de solución de conflictos laborales que podrían serles de inmensa utilidad o que el Estado provea una solución adecuada en casos específicos. De todos modos, el principio de libertad de fijación del nivel negocial desarrollado por el Comité de Libertad Sindical de la OIT resuelve los entrampamientos posibles con el concurso de un órgano independiente, razón adicional para cuestionar la norma analizada.

III.4. Posibilidad legal de una negociación colectiva articulada

Como se acaba de ver, la posibilidad de una negociación colectiva articulada ha sido considerada por el legislador peruano, que ha establecido expresamente que «las convenciones de distinto nivel acordadas por las partes deberán articularse para definir las materias que serán tratadas en cada una [...]. Podrán negociarse a nivel de empresa, las materias no tratadas en una convención de nivel superior, que la reglamenten o que se refieran a condiciones de trabajo propias y exclusivas de la empresa» (Poder Ejecutivo, 2003, artículo 45).

Con esta norma se sientan las bases de lo que podría ser la aplicación vertebrada de dos o más convenios colectivos con amplia libertad para establecer los criterios competenciales de coordinación. Ello salvo en el caso de los convenios de empresa, a los que se les restringe legalmente su competencia a los campos no tratados en un nivel superior (para evitar la negociación en cascada) y a los que reglamenten la convención superior (complementándola o suplementándola); y solo se les da plena autonomía en lo que se refiere a las condiciones de trabajo propias y exclusivas de la empresa.

Nos movemos, entonces, en el ámbito de convenios colectivos con competencia para regular aspectos estructurales (exclusiva o conjuntamente con el establecimiento de condiciones de trabajo: convenios marco propios, en el primer caso, y acuerdos marco impropios, en el segundo). Dichos convenios implican posibilidades amplias en materia de fijación de criterios de articulación (salvo en el terreno de las precisiones hechas a la competencia de los convenios empresariales), por lo que, cuando se presente un supuesto de negociación vertebrada,

los convenios de mayores ámbitos gozarán de una mayor intensidad normativa que aquellos de menores dimensiones ubicados en sus confines; pudiendo, en consecuencia, modular las dimensiones de su autonomía colectiva. La validez de las regulaciones convencionales, por tanto, habrá que analizarla desde el respeto o la infracción de los criterios de articulación, en la medida que estos dan, quitan o limitan la competencia que los diversos niveles negociales detentan.

La regulación estatal no resulta completa, ya que deja de lado temas como la naturaleza jurídica de los instrumentos de articulación, los ámbitos de los acuerdos marco, su eficacia, etcétera. Esto no debe ser visto como un vacío que reclama una nueva intervención legal, sino como una oportunidad para la producción de una normativa convencional que complete y perfeccione el régimen jurídico de la negociación colectiva articulada en el Perú, desplazando al protagonismo estatal en tan importante labor.

III.5. La regla de solución de la concurrencia conflictiva de convenios colectivos

Finalmente, cuando no estamos ante la existencia coordinada sino frente a la concurrencia conflictiva de dos convenios colectivos, el artículo 45 LRCT dispone que «se aplicará la convención más favorable, confrontadas en su integridad» (Poder Ejecutivo, 2003). En este caso, debemos discrepar también de la solución legal, puesto que la aplicación del principio de norma más favorable corresponde al supuesto de conflicto entre normas, en tanto que aquí nos encontramos en un supuesto de concurrencia no conflictiva (articulación negocial), en la que, si se presenta una controversia entre dos normas, hay que recurrir al principio de competencia en la medida en que la ruptura de la coordinación preestablecida en el acuerdo marco que vertebró la negociación se deberá a una invasión de competencias que no puede llevar a optar por la más favorable, sino por la que tenía a su cargo la regulación de esa materia. Más allá de este cuestionamiento de fondo, hay que indicar que la regla de la LRCT ha optado por una de las soluciones extremas a la hora de comparar las normas enfrentadas, puesto que no se hace una comparación entre las disposiciones aisladas en conflicto (*teoría de la acumulación*), ni tampoco se recurre a los grupos de disposiciones que se refieren a la misma institución o tienen la misma causa u objeto (*teoría institucional*), sino que hay que cotejar globalmente los dos convenios en su totalidad y escoger como aplicable a aquel que salga de tal comparación como el más beneficioso para los trabajadores (*teoría del conjunto*). Esta última teoría no tiene predicamento en el derecho comparado, por ser inapropiada y compleja, estando debidamente postergada por la teoría institucional, que resulta la más adecuada y justa.

343

LA NEGOCIACIÓN
COLECTIVA EN EL
PERÚ:LA HIPERDESCEN-
TRALIZACIÓN Y
SUS MÚLTIPLES
INCONVENIENTESCOLLECTIVE
BARGAINING
IN PERU: THE
HYPER-DECEN-
TRALIZATION
AND ITS MANY
DRAWBACKS

Visto el paradigma legal en materia estructural, analicemos a continuación cómo viene funcionando en los hechos la red negocial en el Perú.

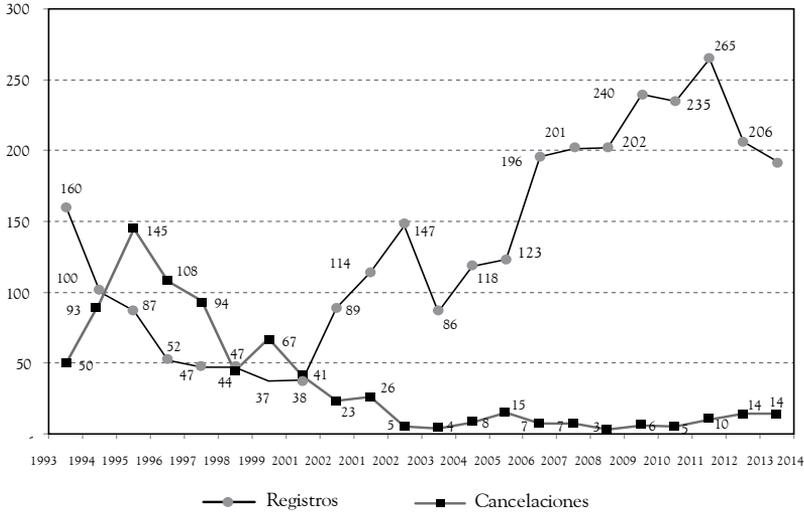
IV.1. Los datos generales en el marco del Estado antisindical

La primera información relevante gira alrededor de la tasa de afiliación, de un lado, y la cobertura negocial, de otro, que están en la actualidad (2014) entre el 6% y el 8%, respectivamente. Debe señalarse que ambas tasas están referidas a los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada¹⁰ y que evidencian una reducción drástica de ambos conceptos, que a mediados de los años ochenta fluctuaban por encima del 40% (si bien es cierto que, en el 2012, la tasa de afiliación era 4%, con lo que hay un aparente repunte que habrá que ver si de hecho es el inicio de un repunte o solo es circunstancial). Con ello, queda claro que en el Perú, tras el proceso de desregulación legal vivido en los años noventa y tras la caída en picada de la tutela colectiva, la gran mayoría de trabajadores tienen fijadas sus condiciones de trabajo fundamentalmente vía contrato de trabajo, salvo los mínimos legales supérstites.

En segundo lugar, y respecto del adelgazamiento de la tutela colectiva, el gráfico siguiente nos muestra cómo la sindicalización se viene recuperando del estado absolutamente crítico en que la tuvo la dictadura de Fujimori. Véase que hubo varios años en los que se tuvo más cancelaciones de registros sindicales que inscripciones, aunque la tendencia negativa se está revirtiendo. Se está saliendo, por tanto, de la unidad de cuidados intensivos y dando los primeros pasos con mucho esfuerzo; porque, como ya vimos, el encargado del tratamiento de recuperación está jugando en contra de ella: no ha levantado cuatro observaciones de la OIT por graves violaciones de la normativa internacional, viene permitiendo una ola de despidos antisindicales sin dictar las normas imprescindibles para que el derecho tenga vigencia real, ha optado por un modelo ultradescentralizado y excluyente, y declara ilegales todas las huelgas, aunque cumplan con los exigentes requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico.

¹⁰ No hay estadísticas que incluyan en ambas tasas a los trabajadores públicos, que duplicarían tales rubros si tomamos en cuenta que el Sindicato Unitario de Trabajadores en la Educación (SUTEP) supera los 100 000 afiliados.

Gráfico 1
Perú: Evolución de los registros sindicales anuales en el sector privado 1993-2014



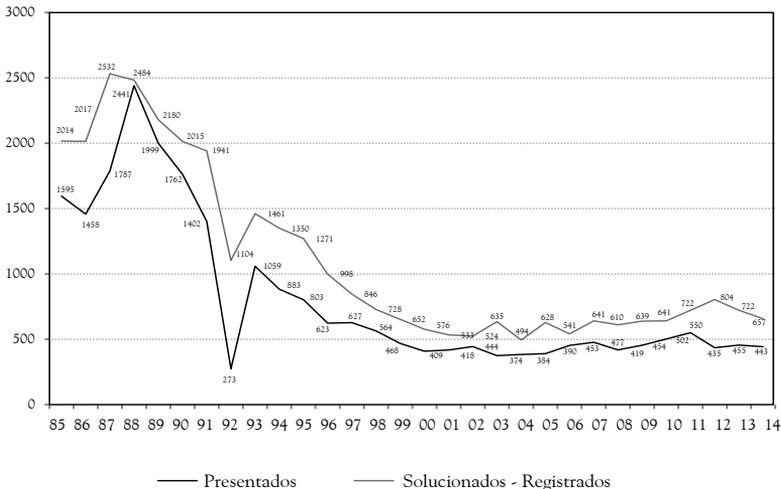
LA NEGOCIACIÓN
COLECTIVA EN EL
PERÚ:
LA HIPERDESCEN-
TRALIZACIÓN Y
SUS MÚLTIPLES
INCONVENIENTES

COLLECTIVE
BARGAINING
IN PERU: THE
HYPER-DECEN-
TRALIZATION
AND ITS MANY
DRAWBACKS

Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE)/Oficina General de Estadísticas y Tecnologías de Información y Comunicaciones (OGETIC)/Oficina de Estadística. Elaboración propia

En tercer lugar, debemos echar una mirada a cómo ha venido evolucionando la negociación colectiva en el Perú, en la elocuente imagen del gráfico siguiente.

Gráfico 2
Nivel nacional. Pliegos de reclamos presentados y convenios colectivos registrados por años. 1985-2014



Fuente: MTPE. Direcciones regionales/Zonas de trabajo
Derecho PUCP, N° 75, 2015 / ISSN 0251-3420

Al respecto, hay que comenzar señalando que la diferencia entre pliegos presentados y convenios registrados muestra los casos en que el conflicto quedó abierto, ya sea porque no se llegó a suscribir el convenio colectivo en negociación directa o conciliación, o porque el sindicato no cuenta con la fuerza suficiente para declarar una huelga efectiva o conseguir que el empleador acepte el arbitraje del conflicto. Esta situación se ha venido agravando desde 2011, en que la diferencia entre pliegos presentados y convenios registrados fue de 172, pasando a 369 en 2012, 267 en 2013 y 214 en 2014. Lo que quiere decir que, a pesar del ingreso del arbitraje potestativo causal en setiembre de 2011 y del incausado, a partir de febrero de 2014, se agudiza la situación de los conflictos abiertos, generando ruido adicional en el sistema de relaciones laborales.

A continuación, hay que indicar que la caída observada (digna de la montaña rusa más reputada), la cual tuvo su máxima expresión el año 2003 con 371 convenios, ha llevado a que los 443 convenios colectivos celebrados en el año 2014 sean tan solo el 18,15% de los 2441 suscritos en el año 1988.

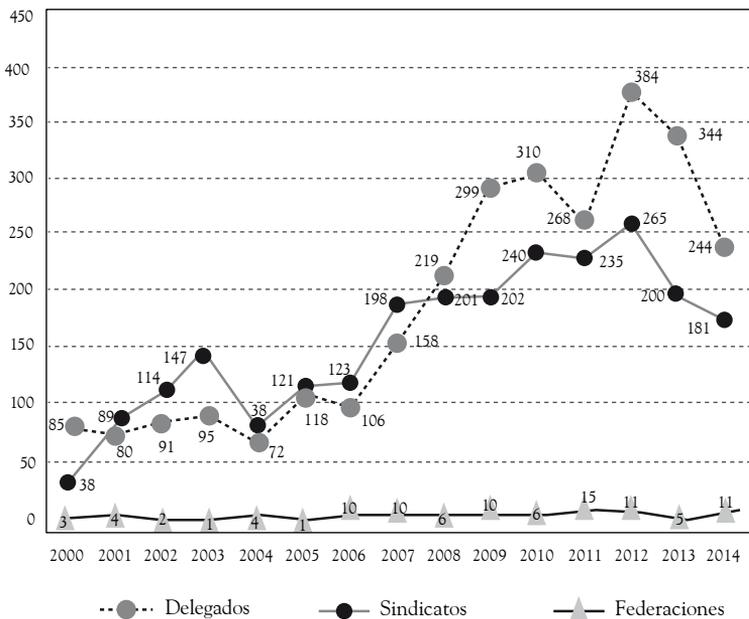
Finalmente, con la LRCT, también es bueno recordarlo, se buscó poner punto final a la negociación colectiva de rama de actividad, que se reflejaba en ocho convenios sectoriales. En efecto, la ley contenía una tercera disposición transitoria y final que señalaba que, en los siguientes 30 días, las partes de todos los convenios colectivos revisarían el nivel de negociación y, si no se ponían de acuerdo, este sería de empresa. Los únicos que pudieron sobrevivir a este despojo fueron los trabajadores de construcción civil, que nunca dejaron de cuestionarlo, consiguiendo finalmente que, tras la restauración democrática, el Tribunal Constitucional impusiera nuevamente la negociación de rama por entender que, dadas las características del sector, obligarlos a negociar a nivel de empresa significaba —en la práctica— dejarlos sin ese derecho. Posteriormente, en el caso de los estibadores portuarios, el Tribunal Constitucional (2009) ordenó que se lleve a cabo un arbitraje para determinar el nivel de la negociación colectiva, el que concluyó estableciendo que el nivel de rama de actividad era el que correspondía a ese colectivo de trabajadores, de modo que en el Perú actual tenemos ahora dos negociaciones colectivas sectoriales: construcción civil y estibadores portuarios.

Todo ello nos deja una imagen clara de una pésima década para el ejercicio efectivo de la negociación colectiva, lo que trae como consecuencia un impacto negativo de graves consecuencias en el reparto de poder y de la riqueza en nuestro país, como se graficará posteriormente en el punto IV.3 de este trabajo.

IV.2. La atomización sindical y la anomia como reglas claramente predominantes

El tejido sindical peruano está constituido por la representación no institucionalizada (delegados de personal, que se eligen en centros de trabajo con menos de 20 trabajadores) y por organizaciones institucionalizadas (sindicatos, federaciones y confederaciones). Los datos alrededor de la estructura sindical son los siguientes:

Gráfico 3
Registros sindicales 2000-2014. Nivel nacional

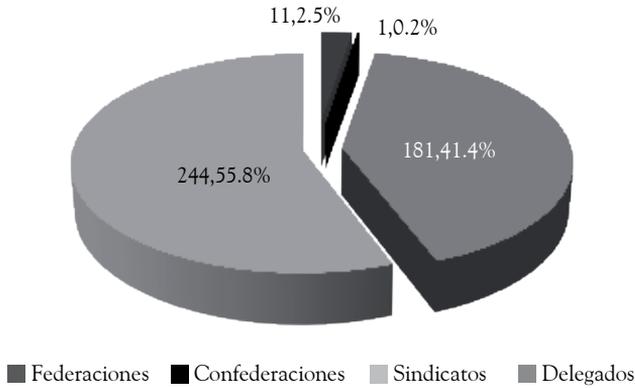


Fuente: MTPE/OGETIC/Oficina de Estadística

El cuadro anterior muestra con claridad que el peso estructural recae sobre organizaciones que, como máximo, tienen un ámbito empresarial. Si a ello le sumamos el crecimiento y preponderancia actual de los delegados de personal, la conclusión que cae por su propio peso está referida al excesivo grado de descentralización del sindicalismo peruano. Más aun, la presencia cada vez mayor de la representación no institucional a nivel empresarial e infraempresarial viene fortaleciéndose de manera consistente, por lo que no solo estamos hablando de un nivel de descentralización muy agudo, sino que en nuestro sistema de relaciones laborales se comienza a confirmar la tendencia de que los delegados de personal superen en número a los sindicatos, lo que no trae consigo buenas noticias para el procesamiento más racional y eficiente del conflicto laboral.

El gráfico de lo acontecido en 2014 confirma claramente lo aquí dicho.

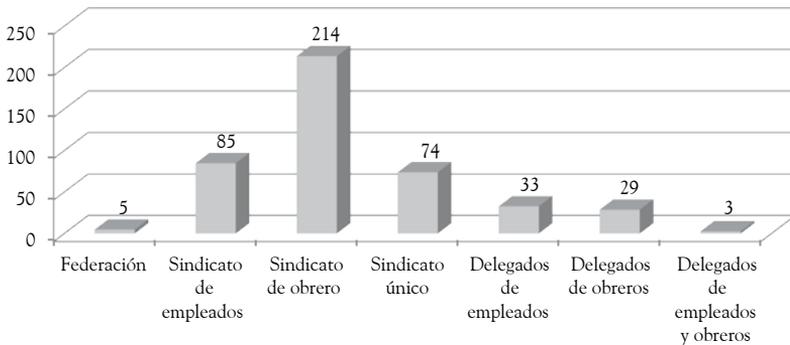
Gráfico 4
Registros sindicales durante 2014 (Perú)



Fuente: MTPE

Podemos tener la imagen completa del tema estructural cuando adicionamos a la información anterior lo que viene sucediendo no solo en el campo organizativo, sino en el propiamente negocial. El reparto de convenios colectivos según nivel o ámbito es el siguiente:

Gráfico 5
Convenios colectivos registrados, según organización sindical, nivel nacional. 2014



Fuente: MTPE

Los datos vuelven a ser muy elocuentes: en primer lugar, el nivel fundamental de la estructura negocial peruana ni siquiera es el de empresa, sino que es el infraempresarial; y decimos ello porque tan solo tienen ámbito empresarial 77 convenios: los 74 suscritos por sindicatos

únicos y los 3 celebrados por delegados de obreros y empleados. El resto (con la excepción de los cinco convenios suscritos por federaciones, de los que hablaremos posteriormente), es decir 361 convenios, son en realidad acuerdos infraempresariales, de obreros o de empleados, celebrados con los sindicatos o delegados correspondientes. Estadísticamente, entonces, a nivel empresarial solamente se suscribe el 17.4% de convenios, en tanto que el 81,5% se refiere a un nivel infraempresarial (en el 2008 esta cifra fue 80%).

El 1,1% restante lo dan los dos convenios suscritos por federaciones que corresponden a negociaciones de empresa que son llevadas a cabo por una organización de segundo grado (en el sector de telecomunicaciones). Sobre este particular, incluso ha habido que librar una ardua batalla legal para que el Ministerio de Trabajo aceptara una cuestión tan sencilla, si la vemos desde la perspectiva del respeto mínimo a los contornos de la autonomía sindical.

Finalmente, no está demás resaltar que, en este contexto, no hay posibilidad alguna de prever formas más desarrolladas de la autonomía colectiva, como los acuerdos marco que determinan la estructura negocial, llegando a complejos mecanismos de articulación. Esto no es posible en la medida en que, si solo se tiene dos convenios colectivos sectoriales, no hay forma de buscar darle la mayor racionalidad al sistema de relaciones laborales a partir de un reparto de funciones, materias o competencias, ya que ello presupone la coexistencia de al menos dos niveles negociales, situación que se presenta solo en los casos de construcción civil o los estibadores portuarios.

IV.3. Tutela colectiva débil: mejores remuneraciones para pocos y un impacto inexistente en las cuentas nacionales

Como reza la regulación más conocida y generalizada, los trabajadores se organizan para defender y promover sus derechos (OIT, 1948, artículo 10), lo que pasa necesariamente por la búsqueda de mejores remuneraciones. Sin embargo, ello no se agota en este campo, en la medida en que hay muchos ámbitos (a nivel empresarial, sectorial y nacional) en los que se definen temas vinculados a tales intereses.

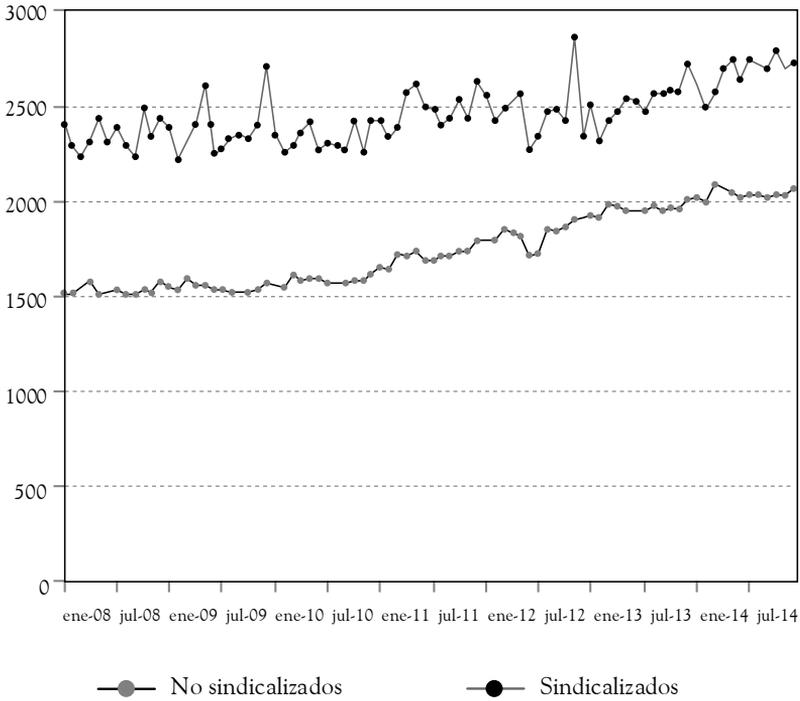
Si nos acercamos al tema salarial, nos encontramos con datos elocuentes, respecto de la mejor situación en la que se encuentran los trabajadores que fijan sus condiciones de trabajo vía convenio colectivo que los que no lo hacen. El gráfico siguiente nos ilustra con claridad sobre este tema en el caso del sector privado.

349

LA NEGOCIACIÓN
COLECTIVA EN EL
PERÚ:LA HIPERDESCEN-
TRALIZACIÓN Y
SUS MÚLTIPLES
INCONVENIENTESCOLLECTIVE
BARGAINING
IN PERU: THE
HYPER-DECEN-
TRALIZATION
AND ITS MANY
DRAWBACKS

Gráfico 6

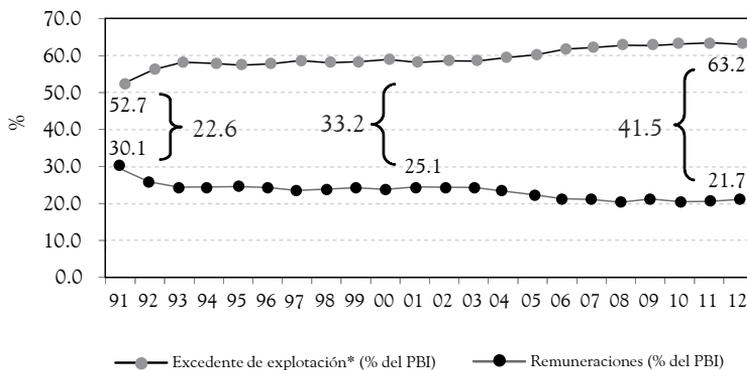
Perú: remuneraciones reales mensuales promedio en el sector privado formal según sindicalización



Fuente: Oficina de Estadística MTPE. Elaboración propia

Los datos, por cierto, son elocuentes y no hacen más que confirmar la teoría según la cual, con una la tasa de sindicalización tan baja, que está alrededor del 6%, el impacto global de la negociación colectiva en las remuneraciones de los trabajadores se limita a los 180 000 que se encuentran bajo su cobertura. Y esta situación explica en gran medida lo que sucede cuando salimos del ámbito micro y pasamos al macro. En efecto, si miramos lo que viene sucediendo con la participación en el PBI de los excedentes y los salarios, se nos presenta la tantas veces referida *boca de cocodrilo* (ver gráfico siguiente), en la que queda en evidencia la caída en 10 puntos de las remuneraciones a favor del crecimiento simétrico del excedente de explotación, casi duplicando la diferencia entre ingresos en el producto bruto interno (PBI).

Gráfico 7
Perú: Evolución de la participación en el PBI según tipo de ingreso
1991-2012



Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). Elaboración: Fernando Cuadros Luque

¿Y cómo puede explicarse esta situación en los dorados años del crecimiento económico? Sin duda alguna, por la debilidad del principal mecanismo institucional que se puede utilizar actualmente para conseguir mejoras en las remuneraciones, habida cuenta de que, desde que entró en vigencia la LRCT (julio de 1992), se eliminaron las vías por las que el Estado velaba por que la retribución de los trabajadores pudiera siquiera alinearse con la inflación. Recordemos que el esquema anterior a la LRCT preveía la intervención estatal en temas salariales en dos momentos: a) en el caso de los trabajadores sujetos a negociación colectiva, si no llegaban a suscribir un convenio colectivo luego de las etapas de trato directo y junta de conciliación, el Ministerio de Trabajo emitía una resolución administrativa fijando el incremento correspondiente; y, b) en el caso de los trabajadores no sujetos a negociación colectiva, el Estado emitía un decreto supremo estableciendo el aumento correspondiente.

Entonces, en la actualidad, si solo las remuneraciones de los trabajadores sindicalizados (180 000) obtienen los beneficios de la tutela colectiva, los restantes cuatro millones y medio de asalariados tienen que fijar sus salarios por contrato individual, donde el predominio de la posición y de los intereses del empleador es otro tema clásico de cualquier teoría que intente explicar razonablemente el funcionamiento de las relaciones laborales en cualquier país. En este contexto, resulta totalmente explicable el decrecimiento de las remuneraciones en las cuentas nacionales, así como el consiguiente incremento del excedente de explotación.

LA NEGOCIACIÓN
COLECTIVA EN EL
PERÚ:
LA HIPERDESCEN-
TRALIZACIÓN Y
SUS MÚLTIPLES
INCONVENIENTES

COLLECTIVE
BARGAINING
IN PERU: THE
HYPER-DECEN-
TRALIZATION
AND ITS MANY
DRAWBACKS

V. CONCLUSIONES

Como la determinación de la estructura de la negociación colectiva no resulta indiferente para ninguno de los actores de las relaciones laborales, en el caso peruano, la imposición estatal de una estructura sindical y negocial de empresa resulta de la visión negativa y reduccionista que tienen el Estado y los empleadores de la tutela colectiva.

La opción peruana por un modelo hiperdescentralizado se ha plasmado en una determinación legal de la sindicación por empresa y de la negociación al mismo nivel, con el requisito adicional de contar con al menos 20 afiliados para constituir un sindicato. Las pocas negociaciones colectivas que por la fuerza del colectivo laboral se pudieron llevar a cabo a nivel de rama fueron eliminadas en la práctica por un mandato legal que el año 1992 obligó a los sujetos sociales a revisar el nivel de negocial, estatuyendo que, si no se ponían de acuerdo al respecto, el ámbito sería de empresa. La única negociación sectorial efectiva que se lleva a cabo a nivel de rama se da en construcción civil y es consecuencia de una sentencia del Tribunal Constitucional, que restituyó este ámbito por entender que la imposición de la empresa hacía inviable el derecho en esta actividad.

El modelo hiperdescentralizado ha restringido al máximo la cobertura y eficacia de la tutela colectiva, reduciéndola a la fijación de condiciones de trabajo únicamente de 180 000 trabajadores de empresas medianas y grandes, dejando, por consiguiente, sin protección a 4 millones y medio de asalariados.

La debilidad de la tutela colectiva trasciende el ámbito específico de cada empresa y pone en cuestión los equilibrios sociales, económicos y políticos que sustentan al Estado constitucional de derecho, que tiene en ella al instrumento apropiado y preferente para que los intereses de los trabajadores sean tomados en cuenta en los sectores y en el país. De allí que, cuando se ve la participación de los ingresos en el PBI, se evidencie que en los últimos 20 años el peso de las remuneraciones ha perdido 10 puntos que, a su vez, han sido ganados por el excedente de explotación, dando como resultado que la desigualdad social casi se duplique, al no contar con mecanismos que permitan revertir la tendencia a la acumulación en el vértice, ni siquiera en años de fuerte crecimiento económico.

Es imprescindible que el Estado y las organizaciones sindicales redefinan la estructura sindical y negocial a partir de las normas constitucionales de garantía y fomento (artículo 28 de la Constitución y 4 del Convenio 98 [OIT, 1949]), con la finalidad de permitir una cierta equiparación de fuerzas entre los factores de la producción que garantice que se comiencen a cumplir los objetivos del Estado constitucional de derecho, que procura alcanzar cuotas cada vez mayores de igualdad sustantiva.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Constitución de la República del Ecuador (2008)

Constitución de la República Federativa del Brasil (1988)

Constitución Política de Colombia (1991)

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (2009)

Constitución Política del Perú (1993)

Ermida Uriarte, Oscar (1994). La reglamentación sindical peruana en el marco de la legislación latinoamericana. En Autores varios, *Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo comentada*. Lima: Consultores Jurídicos Asociados S.A.

Organización Internacional del Trabajo (OIT) (1948). Convenio 87. Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación de la OIT.

Organización Internacional del Trabajo (OIT) (1949). Convenio 98. Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva.

Poder Ejecutivo (2003). Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Decreto supremo 010-2003-TR.

Tribunal Constitucional (2006). Expediente 261-2003-AA/TC. Sentencia. 24 de agosto del 2006.

Tribunal Constitucional (2009). Expediente 03561-2009-PA/TC. Sentencia. 17 de agosto de 2009.

353

LA NEGOCIACIÓN
COLECTIVA EN EL
PERÚ:LA HIPERDESCEN-
TRALIZACIÓN Y
SUS MÚLTIPLES
INCONVENIENTESCOLLECTIVE
BARGAINING
IN PERU: THE
HYPER-DECEN-
TRALIZATION
AND ITS MANY
DRAWBACKSRecibido: 08/09/2015
Aprobado: 10/10/2015