

Mesa Redonda “Negociación Colectiva y Grupo de Empresas”*

Christian Sánchez Reyes**

Mauro Ugaz Olivares***

Mario Pasco Lizárraga****

Resumen:

En la presente mesa redonda, nuestros ponentes analizan, evalúan y critican el nuevo escenario legal en el cual se encuentra el derecho colectivo del trabajo, específicamente relacionado con las negociaciones colectivas, en un ámbito influenciado por desarrollo del capitalismo, que empieza a originar distintas formas de organizaciones empresariales, que rompen el paradigma de la definición de empresa que conocemos, y que de esta manera, nos lleva a rediseñar parámetros legales para sobrellevar los desafíos de los ahora llamados “grupos empresariales” y “empresas en red” para un adecuada defensa de los derechos colectivos de los trabajadores y la defensa de los intereses de los empleadores.

Palabras claves:

Negociación Colectiva – Grupo de Empresas – Organización Sindical – Arbitraje Potestativo

Abstract:

In this roundtable, our speakers analyze, evaluate and criticize the new legal scenario which is the collective labor law, specifically related to collective bargaining, in an area influenced by the development of capitalism, which is beginning to cause different forms business organizations that break the paradigm of the definition of company we know, and thus leads us to redesign legal parameters to meet the challenges of the now called “business groups” and “network companies” for a proper defense of the collective rights of workers and defend the interests of employers.

Keywords:

Collective bargaining – Group of Companies – Trade Organization – Facultative Arbitration

* El presente texto es una transcripción del evento llevado a cabo el 05 de noviembre del 2015 en el anfiteatro Armando Zolezzi Möller de la Facultad de Derecho de la PUCP organizado por la Asociación Civil Derecho & Sociedad, en coorganización con la Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la PUCP. Agradecemos el valioso aporte académico de Ingrid Medina Valenzuela, ex miembro de la Asociación Civil Derecho & Sociedad, por su apoyo en la realización de esta Mesa Redonda.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, especialista en derecho laboral y seguridad social, con experiencia en derecho constitucional, administrativo, gestión y políticas públicas, diseño, desarrollo y evaluación de proyectos, capacitación de funcionarios públicos, con Maestría en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante. Asimismo, es profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú, con experiencia laboral en cargos directivos como Secretario de Confianza de la Corte Suprema. Además, se desempeñó como adjunto al Defensor del Pueblo para la Administración Estatal y Director General de Trabajo del MTPE. Actualmente, es asesor de Alta Dirección de entidades públicas y Árbitro del Centro de Conciliación y Arbitraje de la SUNASA.

*** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, especialista en Derecho Laboral, Procesal Laboral, Tributario Laboral y Seguridad Social. Actualmente es socio de Human Capital en Ernst & Young Perú (EY Perú), y profesor catedrático en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Pacífico, así como en la Escuela de Post Grado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas –UPC. También es consultor externo de la Academia de la Magistratura Peruana y del Proyecto USAID Facilitando Comercio (habiendo participado en diversas capacitaciones a inspectores de trabajo, defensores públicos y jueces en materia laboral).

**** Es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, especializado en Derecho Laboral, Litigios y Arbitraje. Actualmente es socio del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano Abogados. Fue profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, en la Universidad del Pacífico y en la Escuela de Postgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Fue Secretario de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y Miembro del Comité Laboral de la Cámara de Comercio de Lima.

Históricamente se identifica el nacimiento del Derecho del Trabajo con el auge del capitalismo y los movimientos de obreros para consecución de mejores condiciones laborales. La doctrina señala que en este proceso se afrontaron esencialmente tres etapas: una de prohibición, otra de tolerancia, y finalmente el reconocimiento. En esta última etapa el Derecho de Trabajo encontró consolidación jurídica cuando el Estado comenzó a participar de las relaciones laborales a través del reconocimiento de derechos. Así surgen como hitos de este tercer periodo la dación de la Constitución de Querétaro de 1917 y la Constitución de Weimar de 1919, donde por primera vez se reconocieron derechos laborales, independizándose esta disciplina del Derecho Civil.

Como puede apreciarse, el surgimiento del Derecho del Trabajo tiene como pilar la actuación libre de las organizaciones de trabajadores para la obtención de mejores condiciones, configurando un contrapeso necesario al polo opuesto de la relación laboral: el empleador. De esta forma es innegable el rol fundamental que cumplen las organizaciones de trabajadores en la búsqueda de equilibrio social, generando como respuesta Estatal el surgimiento del Derecho del Trabajo.

El camino del Derecho del Trabajo no culminó con su reconocimiento; sino, muy por el contrario, la evolución del capitalismo y su incidencia en la organización productiva generó a su vez (y sigue generando) cambios en las relaciones laborales.

Los cambios en la realidad social y económica fuertemente condicionados por la globalización, a través de la generación de mercados flexibles, el avance tecnológico, entre otros factores, han influido de modo decisivo en la organización empresarial, ocasionando a su vez efectos en las relaciones laborales que obligan a cambios de paradigmas.

El modelo capitalista ha evolucionado en la organización empresarial de esquemas de producción con concentración de operaciones propios de los modelos fordista y taylorista, a esquemas donde resulta relevante la cooperación estratégica entre empresas y la alta especialización. Así, existen dos esquemas empresariales imperantes en la actualidad: i) la “empresa en red”; y ii) los grupos empresariales.

Respecto al primer esquema, este se consolida en la externalización de fases productivas sin la pérdida del control del proceso, de modo de la cadena productiva se asienta en las relaciones interempresariales. Por su parte, los grupos de empresas constituyen conglomerados empresariales integrados por personas jurídicas formalmente autónomas, con una estrategia

general común, a través del cual se aprovechan los aspectos positivos de la empresa de grandes dimensiones sin serlo en el plano real.

Precisamente el motivo de esta reunión decae en la incidencia de estos grupos empresariales en las relaciones colectivas de trabajo. ¿Cómo se articulan los derechos colectivos en el marco de los grupos empresariales, en un contexto cuyo esquema regulatorio apuesta la solución a la conflictividad en la empresa? Es la cuestión central sobre la cual girarán en torno las preguntas que a continuación formularemos:

1. Habida cuenta de la falta de definición desde la normativa laboral y la realidad no homogénea en esta materia ¿qué definición de grupo de empresas plantea usted para afrontar los retos a la negociación colectiva? ¿Cuáles son estos retos?

DR. CHRISTIAN SÁNCHEZ:

Considero que es muy difícil tratar de describir un fenómeno tan complejo vinculado al ejercicio de un derecho fundamental como es la libertad de empresa. Así pues, cuando es muy difícil en estos temas en que se confrontan la libertad de empresa –expresada en la capacidad de todo aquel que realiza una actividad económica de desarrollarse, autoregularse, organizarse de diversas formas– y del otro lado otro derecho fundamental, reconocido por la Constitución, como es la libertad sindical, de esta manera, llegar a plantear soluciones prácticas desde una definición normativa resulta ser una tarea complicada.

Mi reflexión apunta a lo siguiente: los problemas de conflictos entre principios son muy difíciles de solucionarse a partir de definiciones normativas puras o concretas; creo que el Derecho no opera de esa forma. Es como si pretendiéramos tener una ley de libertad de expresión y llegar a una definición lo más precisa posible que pretenda abarcar todos aquellos supuestos válidos, no conflictivos, y que no trasgredan otros derechos de contenido fundamental en nuestra Constitución y llegar a una definición lo más pura posible y lo suficientemente ampliamás como para abarcaromniabarcante para todos los la cantidad de casos relevantes –incluyendo los casos difíciles– que puedan presentarse. tiene el Derecho.

El problema de las definiciones en el Derecho encuentra muchas respuestas en la Teoría del Derecho y en la Filosofía del Derecho. , ello en razón a que pretender definir un problema tan complejo como el de libertad de un empleador para organizarse y desempeñar una actividad económica es algo tan complejo que sobrepasa las dimensiones del Derecho.

Como segundo punto, para poner en debate y a fin de enriquecer la discusión, es que en nuestra legislación sí hay un conjunto de indicios positivizados que sirven para detectar la presencia de un grupo económico o de supuestos de vinculación económica y, en sí, aborda un conjunto de criterios importantes que pueden ser utilizados para la verificación de la existencia o inexistencia de un grupo de empresas, así tenemos entre estos dispositivos normativos tenemos el artículo 4 del Reglamento del denominado Texto Único Ordenado de La Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, la comúnmente denominada Ley MYPE.

Así pues, se enumeran diversos supuestos, que provienen del Derecho Tributario y Societario y que permiten esbozar, bajo la óptica de la prueba indiciaria, la figura del grupo de empresas, uno de los criterios más resaltantes, que ya venía siendo recogido en la doctrina laboral de países con tradición romano-germánica como España y la propia doctrina nacional, es el relacionado a la existencia de una pluralidad de personas jurídicas bajo una conducción común, criterio que yo considero insuficiente.

Prueba de la ineficiencia de este criterio es que si revisamos el artículo 4 del Reglamento la Ley MYPE tenemos que ese artículo define al grupo de empresas como un supuesto en el cual existe una pluralidad de personas naturales o jurídicas que tienen una conducción común; no obstante, a contrapié de lo que se dice en este primer párrafo, señala que se considera que dos o más empresas tienen vinculación económica cuando existe: (i) un accionariado común en un porcentaje determinado, (ii) una transferencia de bienes o servicios entre una o más personas jurídicas, (iii) los mismos cuadros directivos o mismo personal de dirección, entre otros. tc., mezclando caracteres propios de una vinculación económica y de la configuración de un grupo de empresas.

Considero que esos criterios son aplicables más allá del texto de la ley MYPE y no solo para el supuesto en el que se busca determinar si hay una división o fragmentación de una gran o mediana empresa que utiliza estas modalidades para, en fraude de ley, valerse de la legislación laboral más favorable para las microempresas. Efectivamente, estos criterios van más allá y pueden ser utilizados analógicamente, bajo la perspectiva óptica de la prueba indiciaria, para detectar si hay en un conglomerado de empresas una actuación como grupo.

Entonces, el criterio tradicional de la conducción común no es un criterio suficiente, hay otros criterios positivizados en nuestro ordenamiento, que pueden ser utilizados a fin de determinar

la existencia de un conglomerado de empresas vinculadas.

Creo que esta técnica es mucho mejor que la de abordar una definición. Las definiciones son importantes para la dogmática jurídica, pero me parece que, en algunos casos, son insuficientes para la aplicación práctica del Derecho. Una definición finalmente es estipulativa, quien la plantea puede tener en un contradictor una definición más amplia o más estrecha, puede haber un debate y una discusión. Positivizar la definición y convertirla en un instrumento para soluciones prácticas puede ser algo complejo.

DR. MARIO PASCO:

Quería empezar con una palabra en inglés que no sé traducir muy bien, un *disclaimer*, el cual es una especie de advertencia. Todo mi ejercicio profesional después de salir de la universidad e incluso desde antes ha sido asesorando, patrocinando y defendiendo a empresas; eso hace que mi visión de los problemas en general este doblemente distorsionada, primero por estar en el lado empleador, pero más que eso por estar en el lado de quien asesora al empleador. Esto me ha generado aversión a la incertidumbre, que es lo que tendría que evitarle yo a mis clientes. Finalmente, a mi no tiene por qué interesarme si un determinado régimen es más o menos protector o beneficioso para el trabajador o para la empresa. Yo básicamente estoy dándole información a quien me pregunta cómo es un sistema y, por lo tanto, lo que más debería preocuparme como profesional es que mi consejo sea certero, que lo que yo le diga sea la verdad y tenga la razón sobre ésta. Eso hace que yo ponga por encima de muchos otros valores en cualquier tipo de regulación es el de la predictibilidad, yo lo que quiero es que el sistema sea predecible y seguro en cuanto a las consecuencias de las decisiones que mi cliente toma.

Por lo tanto, lo que yo venía pensando sobre este tema tan interesante es precisamente lo contrario a lo que dijo Christian. Lo que uno busca como profesional es que haya algo que me diga qué es efectivamente un grupo de empresas para efectos laborales generales, o qué se entiende por vinculación económica y, aunado a eso, que se sepa de forma precisa cuáles son los efectos en caso nos encontremos ante un grupo de empresas o ante una vinculación económica entre empresas.

Christian nos ha planteado el tema de las microempresas y también ya nos adelantó que la definición opera en donde se está buscando un fraude, cuando en lugar de tener una empresa se tienen varias microempresas para abusar del sistema que está destinado para proteger o fomentar las pequeñas organizaciones, es decir, el supuesto en el que yo tengo una empresa grande

y la presentó como si fueran varias menores. Pero eso no es un grupo de empresas, eso es la falsificación de una realidad a través de la creación de un grupo de empresas. Un grupo de empresas es, valga la redundancia, un grupo empresarial, y los hay varios en el país.

Los hay claramente incursos dentro de la definición que nos planteaba Christian, y sin embargo dentro de esos grupos tendremos que aceptar que no hay el menor fraude, en el sentido en que, por ejemplo, el Banco Continental es una empresa que forma parte de un grupo pero que no tiene casi nada que ver con alguna pesquera o minera de ese grupo, más allá de que hagan algunos negocios juntos. Para efectos laborales, en realidad, la vinculación entre esas dos empresas básicamente no existe, no se conocen y no saben qué hace la otra empresa. Entonces, lo importante para mí es cuál es la definición, y cuáles son los efectos de dicha definición.

En cuanto a los efectos de que una situación configure o no un grupo de empresas, se me ocurren principalmente cuatro temas laborales que desarrollare a continuación:

El primero, naturalmente es la acumulación de tiempos de servicios cuando un trabajador labora en más de una empresa del grupo.

En segundo lugar, la solidaridad de una empresa respecto a las obligaciones laborales de otra: una empresa del grupo le está debiendo sueldos o beneficios a un trabajador y ese trabajador le cobra a otra, porque la original no tiene solvencia o ha desaparecido, etc. Este segundo punto ha sido recogido en un pleno jurisdiccional hace algunos años de manera sumamente amplia, lo cual abordaré luego.

En tercer lugar, tema complicadísimo, está el de la participación en las utilidades llegado al caso. Cuando se llega a supuestos en los cuales el grupo de empresas o la vinculación económica se plantean como fraudulentos, muchas veces lo que se va a dar es un problema de reparto de las utilidades de una empresa respecto a los trabajadores de otra. Por ejemplo, si hay una empresa grande que tiene utilidades muy altas, hay otras vinculadas que le prestan servicios. Los trabajadores de esas empresas pequeñas recibirán utilidades de las pequeñas y los de la empresa grande, de ésta. Esos trabajadores de las empresas pequeñas, de manera instintiva, van a querer integrarse al reparto de utilidad de la empresa más grande.

Eso genera una situación en el que los intereses en conflicto incluso dejan de ser los tradicionales de la empresa de un lado y del trabajador al otro, para pasar a ser de intereses distintos entre trabajadores. Si es que una empresa grande paga utilidades

altas y se le integran o no más trabajadores de otras empresas vinculadas o que forman parte del grupo, eso no va a hacer que se paguen más utilidades. La empresa va a gastar exactamente el mismo monto de participación en un caso o en el otro. Una empresa le paga el mismo 5%, 8% o 10% a cien trabajadores que a mil quinientos; el gasto es el mismo solo que se reparte entre más o menos trabajadores. Entonces, ahí siempre puede llegarse a situaciones bastante complejas.

Por último, naturalmente está el aspecto colectivo. Hasta cuándo o cómo se puede generar organizaciones sindicales fuera del ámbito de la empresa, entendida como persona jurídica usualmente singular; qué tanto se puede salir de eso para ir hacia otros ámbitos un poco más amplios; y que, al mismo tiempo, no configuren propiamente una rama, porque probablemente se va a dar entre empresas que no llevan a cabo una misma actividad. Esto es, cuando una empresa se dedica a una actividad y una segunda empresa se dedica a una actividad diferente y, sin embargo, sus trabajadores quieren vincularse u organizarse entre sí, formando organizaciones que los vinculen a todos, sin que su vinculación sea la actividad que desarrollan -como sucede en la rama de actividad- sino más bien la pertenencia a un único, si queremos plantearlo así.

Personalmente, nunca me van a escuchar decir que un sindicato no se puede formar como los trabajadores han decidido que se haga. Yo no creo que un sindicato tenga que tener una forma específica para ser considerado como tal. En tanto los fines que persiguen sean realmente los de unificar las fuerzas de sus integrantes y los integrantes sean trabajadores, en principio dependientes, estaríamos dentro del ámbito de aplicación de la libertad sindical lo cual, a su vez, implica un ejercicio autónomo por parte de los trabajadores de la forma como se organizan, o como quieran o no organizarse. Eso les toca a ellos, por lo que no le encuentro ningún problema a que una norma diga que el sindicato se forma de acuerdo a los intereses de los trabajadores.

Ahora, cosa distinta es el paso siguiente: el cómo se negocia, porque la forma del sindicato y el ámbito en el cual opere, no necesariamente condiciona o fuerza al empleador a que exista una negociación de ese ámbito. Ahí sí necesitamos y vamos a necesitar reglas un poco más claras. Se puede negociar como sea, no voy a decir que una negociación entre trabajadores entre empleador o empleadores no ha estado bien, por más que sean cuatro empresas que no tienen que ver entre sí, o siete grupos de trabajadores distintos, etc., si eso se hace está bien. La pregunta es hasta dónde y cómo llega la obligación de negociar que tiene el empleador respecto de los sindicatos que tenga al frente.

En consecuencia, los trabajadores se deben poder organizar como ellos consideren. No obstante, en qué circunstancias o bajo qué formas está obligado a negociar el empleador es un tema distinto y eso sí debería estar normado, en aras de la predictibilidad que he mencionado y con la finalidad de tener conocimiento de dónde me van a venir los pedidos de negociación.

DR. MAURO UGAZ:

Yo tengo dos temas que tocar en esta primera parte sobre la necesidad y oportunidad de una definición.

Lo primero quizás es algo anecdótico. La definición de un grupo de empresas ya existe de alguna manera contemplada a nivel legislativo para obviamente impedir que se pueda usar el grupo de empresas como alternativa para aplicación de la norma MYPE, existe también a nivel jurisprudencial, ya no tocando el tema de grupo únicamente, sino hablando además de responsabilidad solidaria, siendo que la jurisprudencia ha señalado en un pleno casatorio, como ya mencionó Mario, que basta la vinculación económica o grupo de empresas para poder advertir responsabilidad solidaria entre las empresas que poseen estos componentes adversariales.

Aunado a ello, existe la definición de grupo de empresas en el proyecto de Ley General del Trabajo que -como nos refrescaba la memoria Christian- hacía hincapié básicamente en conglomeración de empresas jurídicamente reales, autónomas, pero con una dirección común; en realidad, ese tipo de definiciones (palpables legalmente, jurisprudencialmente y en un proyecto de ley).

Sin embargo, cuando ha existido el ánimo de poder implementar estas definiciones regulatoriamente en el ámbito laboral aplicable a todo sector general, debo advertir que más bien las propuestas denegatorias o las voces denegatorias de la implementación de ese tipo de regulación certera han ido por el lado empresarial más que por el lado de trabajadores. Es decir, los empresarios de alguna manera, como se puede haber vistos en noticias, opiniones, foros empresariales, etc., son los que hasta el momento han sido más recelosos con la regulación expresa de las normas de grupo de empresas aplicables al régimen general.

Interpretando lo anterior se traducen dos situaciones. La primera es que el grupo empresarial, en la actualidad; tanto a nivel doctrina, jurisprudencial y a nivel de vivencia (cuando he negociado con grupos empresariales y trabajadores dentro de esos grupos) es un tema mucho más complejo de lo que podríamos pensar, a veces si es que inicialmente escurramos *ab initio* de este tema empresarial jurídico y también

laboral jurídico. Esto porque el grupo de empresas sin lugar a dudas, dentro de esta definición inicial prioriza, como señalaba Christian, componentes empresariales distintos con una unidad en común, cuando en realidad conforma un sinnúmero de situaciones que ameritan ver su complejidad.

En primer lugar, debemos advertir que existen grupo de empresas, con esta primera definición los cuales son grupos llamados subordinados y otros grupos llamados en paridad. Es decir, dentro de estos grupos empresariales puede ser el caso de que una de las empresas conformantes del grupo sea la líder dentro de este componente o andamiaje empresarial; y, por tanto, ese escenario será muy distinto a aquel donde el grupo de empresas sean todas aquellas donde todas las empresas componentes sean pares y que la dirección común sea más bien del accionariado y no del punto de vista de una empresa en particular; al primero se le conoce como grupo de empresa subordinado y grupo de empresa pares o en paridad. Ese es un primer tema interesante, toda vez que distinto será el protagonismo de la vigencia de derechos laborales en un grupo de empresas donde los componentes dependen fácticamente de una empresa líder (siendo empresas válidas, con solidez, reales jurídicamente hablando), será distinta la interacción que un grupo donde las empresas sean pares.

Dentro de esta complejidad adicional, también hay que diferenciar entre grupo de empresas y una mera vinculación económica, que son casos totalmente distintos. Sin lugar a dudas hay grupos empresariales que tienen empresas asociadas a estos grupos empresariales que pueden tener un accionariado común de diversos matices o diversas proporciones pero que, en los hechos, podrían actuar de manera autónoma y sin una dirección común. Esto lo digo porque, claramente, no estaría dentro de la definición inicial que hemos esbozado, de una dirección conjunta, pero nuestra jurisprudencia en algunas ocasiones, y sobre todo en este plano que ha anunciado Mario, se ha animado a señalar que la mera vinculación económica o grupo económica podría ejemplificarse o acercarse a un grupo de empresas.

A fin de ahondar más en la complejidad del grupo empresarial, una empresa integrante del grupo podría a veces actuar en ciertas ocasiones como un empleador y a veces no. Por ejemplo, el típico caso que señala la práctica y la doctrina es cuando se contrata una persona: un grupo de empresas tiene políticas empresariales de contratación, transversales a todas ellas, y una empresa de un grupo decide contratar a una persona particular; en ese caso, evidentemente el empleador que requiere el trabajador será quien lo contrate, es decir la empresa componente de ese grupo.

Pero puede suceder que, por el contrario y en vista de que le conviene al grupo que las personas puedan ir de empresa en empresa y a que su crecimiento pueda hacerse en diversas actividades empresariales así como en diversos escenarios empresariales, el grupo decide como política interna que las personas que ingresan a una empresa del grupo vayan pasando de una a otra a fin de consolidar su mirada total dentro del grupo y puedan más adelante tomar un cargo directivo o tener empleador más calificador que comprendan las sinergias del grupo de manera más eficiente.

Obviamente, detrás de ésta circulación de personas entre las empresas integrantes del grupo, existe un empleador que no es cada empresa individualmente considerada, sino que es el grupo en particular. Es decir, existen dentro del grupo de empresas situaciones donde podríamos solamente concentrar la capacidad o legitimar al empleador en un componente del grupo y habrá otras situaciones donde sí aparece el grupo como empleador y sí podremos verificar que existen elementos que podrían llevarnos a coincidir que hay una decisión grupal detrás.

Por si no fuera poca la complejidad del grupo (con los grupos pares, subordinados, grupos que actúan como empleador común o donde las empresas actúan individualmente), hablemos también de la visión patológica del grupo, es decir la creación de los grupos para eliminar o reducir circunstancias que pueden tener relación con derechos laborales. Por ejemplo, la creación de grupos para propiciar el no pago de utilidades en una empresa determinada, formando empresas satélites para que la empresa no tenga más de veinte empleadores y así no pagar utilidades.

Por otro lado, también existen situaciones donde el grupo, no siendo patológico, podría tener complicaciones al momento de desarrollarse en la práctica. Me refiero al caso de las escisiones o fusiones de empresas. Pasa, por ejemplo, cuando se decide que, en lugar de tener trabajadores dedicados a la contabilidad y a la nómina de las empresas del grupo, se va a crear un centro de costos compartidos, que se dedique únicamente a dar esos mismos servicios de manera transversal pero en una sola entidad. Lo que ha venido sucediendo hace muchos años, salvo contadas ocasiones, es que estos trabajadores son liquidados en una empresa y recontratados al día siguiente en la posterior que es del grupo, y allí aparecen los problemas colectivos y de tiempo de servicios. Y para hacer más complejo el asunto,

estos trabajadores en algunos casos particulares son transferidos con su afiliación sindical, puesto que hay un sindicato en la empresa que trata de aminorar cualquier tipo de reducción entonces se pasa al empleador a una nueva empresa con la afiliación del sindicato anterior, pasando el sindicato de ser uno de empresa a ser un sindicato que comparte afiliados en varias empresas dentro del grupo.

Como ven, mi intención fue la de realizar un mapeo rápido sobre las complejidades que existen en el grupo de empresas, y estas complejidades deberían animarnos quizás a una regulación que sea inteligente. Coincido parcialmente con las dos posturas antecesoras de Mario y de Christian. La predictibilidad es necesaria, sin duda, y la flexibilidad de la protección también debe ser motivante; porque una legislación que sea predecible, pero que no pueda abarcar o influenciar el mejor escenario de protección, tampoco es útil.

Podemos efectuar un símil con la figura del empleador: el empleador no tiene definición legal, a diferencia del trabajador (persona que da acción personal servicios, subordinada y remunerada) y esa ausencia de definición de empleador tiene una razón de ser, que consiste en que la figura puede trasmutar y evolucionar tantas veces y de manera tan violenta que nos podemos quedar un poco cortos. De hecho, la figura del trabajador se puede quedar un poco corta, y deberían crearse nuevas categorías.

A lo que se tiende es a regular a aquellas expresiones del fenómeno del empleador, como el *ius variandi*, el caso de los despidos, es decir toda conducta que pueda ser evidente y visible. Creo que en el caso del grupo de empresas se requiere regular aquellas expresiones visibles (que seguramente no van a poder ser todas, porque la realidad siempre nos va ganar) que actualmente requieren mantenerse reguladas. Una de ellas, en el ámbito individual, es la circulación, porque la circulación de personas dentro del ámbito de grupo de empresas es evidente; la otra gira en torno al tema colectivo, tanto en la configuración de sindicatos y en cómo el sindicato va a tener que negociar con la empresa en ese ámbito particular.

2. ¿Es posible hablar de negociación en ámbito de grupo, considerando lo señalado en el artículo 44 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo? ¿La existencia de una organización sindical de grupo,

1 Artículo 44.- La 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 empresa, o a los de una categoría, sección o establecimiento determinado de aquella. b) De una rama de actividad, cuando comprenda a todos los trabajadores de una misma actividad económica, o a parte determinada de ella. c) De un gremio, cuando se aplique a todos los trabajadores que desempeñen una misma profesión, oficio o especialidad en distintas empresas.

condiciona el ámbito de negociación, o esté sigue siendo el que acuerden las partes?

DR. CHRISTIAN SANCHEZ:

Considero que el tema relacionado al artículo 44 de la Ley de Relaciones Colectivas del Trabajo es un buen ejemplo para graficar de la indeterminación que aqueja al derecho. Mario señalaba la innegable necesidad de que el derecho garantice siempre predictibilidad y seguridad jurídica. Sin embargo, yo creo que esa es una característica del derecho, precisamente en el derecho existen lagunas e indeterminaciones.

Problemas prácticos, tal como el relacionado al artículo 44 de la LRCT, nos muestran las limitaciones que las definiciones poseen para abarcar problemas tan complejos a través de reglas positivizadas, nos confrontan con una dimensión del derecho que se aproxima al fenómeno jurídico como un fenómeno indeterminado, lleno de intersticios y de problemas de aplicación práctica en casos fáciles y casos difíciles, tal y como dicen algunos teóricos del Derecho.

Precisamente, el artículo 44 de la LRCT es un supuesto de laguna, en donde hay una regla que define (de manera cerrada para algunos, de manera abierta para otros, y de manera imperfecta) que pretende aproximarse a algunas modalidades típicas de negociación. Sin embargo, es evidente que el universo de casos relevantes no puede contenerse en la regla, ya que, como lo es artículo 44, ésta es limitada. Así pues, el vasto universo de casos no puede ser subsumido en una regla, por lo que podríamos decir que se trata de un problema de tratado por la Filosofía y Teoría del Derecho.

Por lo anteriormente explicado, es evidente que nos encontramos frente a un problema de indeterminación del Derecho, el cual, a partir de cierta visión del Derecho, se resuelve de manera discrecional por el juez. Es decir, un juez, discrecionalmente, determinará si un supuesto no previsto de formación de una organización sindical y de negociación (no previsto en los ámbitos y en los niveles de la ley), cabe o no, y será él mismo quien decidirá, discrecionalmente, si se trata de un ejercicio legítimo de la libertad sindical o si la ley la prohíbe.

En la perspectiva que yo propongo –y coincido con Mario– este es un problema de laguna axiológica en donde hay un supuesto relevante para el Derecho (una forma de organización sindical y de negociación sindical que plantea una negociación no prevista en esa tipología cerrada) no contenido en la regla y esta situación (el supuesto relevante no previsto en la regla) afecta

un principio (la libertad sindical). Se trata de un problema de interpretación, pues existe un vacío, un supuesto no previsto en la regla, el cual puede ser denominado como una laguna axiológica.

Entonces, así como hay una libertad expansiva de empresa, y las formas empresariales no convienen que estas sean abordadas positivamente, también tiene que haber una libertad sindical expansiva que permita a los trabajadores adaptar sus organizaciones a las organizaciones de los empleadores y perseguir los fines que legítimamente están contenidos en la Constitución.

Esta aproximación a las libertades simétricas la he planteado desde una lectura en términos de concordancia práctica de la Constitución: hay una libertad de empresa y hay una libertad sindical. ¿Coexisten armónicamente? Los límites son la razonabilidad y la proporcionalidad; y los casos difíciles son resueltos mediante la aplicación de la ponderación.

En la laguna axiológica, repito, existe un supuesto relevante no previsto en la regla, y es ese supuesto es el relevante para el derecho de tal forma que la solución que arroja la regla para solucionar el caso (no hay negociación por grupo de empresa) es contraria a un principio (la libertad sindical), lo que hace indispensable acudir a los principios. En este caso hay que acudir a la libertad sindical y al artículo 4 del Convenio 98 de la OIT

Como dice Mario, los trabajadores tienen la libertad de organizarse como mejor lo consideren, salvo que se presenten razones de orden público, de legitimidad o de capacidad negocial razonables para la limitación del Derecho, en donde el empleador, consecuentemente, podrá oponerse al pliego que presenten los trabajadores.

Esa sería mi interpretación al artículo 44° de la LRCT. Como hemos visto, es un buen ejemplo para explicar y exponer la indeterminación del derecho, la cual debemos resolver desde perspectivas del derecho distintas a las perspectivas clásicas.

Considero que debemos resolver estos problemas desde los principios, desde una visión de la Constitución como ordenanza práctica, en donde las libertades son simétricas. Tendrían que existir razones de orden público, criterios de razonabilidad o de proporcionalidad que legitimen la limitación al ejercicio de la libertad sindical.

Ahora bien, con respecto al tema de si la existencia de una organización sindical de grupo condiciona el ámbito de negociación sindical o si éste sigue siendo en el que acuerdan las partes, considero

que los trabajadores tienen los límites que los convenios de la OIT señalan: se organizan conforme les plazca, siempre y cuando no hayan razones, ni criterios de razonabilidad o proporcionalidad que puedan limitarlos. Y es esa forma de organización, me parece, la que abre la posibilidad a una negociación a la cual, en principio, el empleador no puede oponerse, porque yo sí considero que hay y debe haber un deber de negociar.

En la configuración de un derecho, y en este caso, un derecho público subjetivo, surgen deberes en la contraparte, a quien se le opone el Derecho. Y, justamente, uno de los deberes que opera en nuestro ordenamiento jurídico es el deber de buena fe en la negociación, en las prácticas comerciales, etc.

El deber de buena fe en la negociación implica el deber de negociar. Así, debe existir una razón suficientemente fuerte en un ordenamiento jurídico como el nuestro que garantice el ejercicio de la libertad sindical, para que así el empleador pueda rechazar el pliego.

Esto, sin lugar a dudas, es sumamente discutible. Sin embargo, considero que sería una buena forma de solucionar los problemas prácticos que genera un artículo como el 44° de la LRCT, que representa la intención del legislador de construir reglas que regulen todos los casos de la realidad, sin embargo esta es tan basta y compleja que al final resulta imposible jurídicamente.

En conclusión, considero que la mejor ley para regular derechos en expansión, como lo son la libertad sindical y la libertad de empresa, es aquella que tiene menos artículos y menos definiciones, ya que éstas suelen ser estipulativas y suelen generar problemas prácticos. Si bien las definiciones son una condición necesaria en el Derecho, éstas no son suficientes.

DR. MARIO PASCO:

Estaba anunciado que con esta segunda pregunta iban a empezar los problemas. Ciertamente, acá coincido en parte y también discrepo en parte con Christian. Para adelantar un poco el punto, sin perjuicio de luego desarrollar la idea mejor, para mí la obligación de negociar de buena fe presupone que exista la obligación de negociar, la cual sí puede, perfectamente, tener un cauce predeterminado que le corresponda no a una de las partes, sino a ambas. Así, una de las partes no puede imponer a la otra una vía para la negociación.

Enlazando las cosas, ¿puede haber una negociación colectiva en el Perú a nivel de grupo de empresas? Claramente no está en la norma; sin embargo, no veo por qué no puede haberlo si hay

un sindicato de grupo de empresas y un grupo de empresas que negocia un convenio colectivo. No obstante, para que ese convenio colectivo se dé, los trabajadores tienen que obtenerlo, tienen que conseguirlo, tienen que llegar a él; y para llegar a él en un sistema saludable (y ya luego haré mi crítica sobre el sistema que tenemos el día de hoy) estos trabajadores deberían lograr, en primer lugar, formar esa organización de grupo empresarial, y, posteriormente, lograr conseguir esa negociación a nivel de grupo empresarial.

Y ese 'conseguir' significa que si hay oposición del empleador o del grupo, se debe imponer esa negociación; y con imponer me refiero al sentido gremial, no al sentido procesal.

Es en este punto en donde empiezo mi crítica al sistema que tenemos el día de hoy y enlace también con lo que nos comentaba Mauro sobre esta sospecha o resistencia de los empleadores a que se integre una normativa o una definición de grupo de empresas en material laboral o materia colectiva en general.

En materia colectiva, para mí, estamos en un sistema básicamente caótico. Desde el punto de vista de las empresas, el problema de la negociación colectiva a nivel de grupo de empresas, no es tanto la definición de grupo de empresas o una norma de negociación a nivel de grupo de empresas, sino el sistema de negociación colectiva actual. Es un sistema caótico donde lo que obtiene un sindicato o lo que puede llegar a obtener un sindicato de su empleador no tiene relación con su real capacidad gremial; lo que puede lograr el sindicato de su contraparte no corresponde o se vincula con su real situación o capacidad como sindicato, básicamente por la introducción y aplicación hace algunos años del sistema de arbitraje laboral potestativo.

Un sindicato pequeño puede perfectamente obtener conquistas importantísimas a través del arbitraje potestativo (obtener beneficios, ganancias, avances) que jamás podría haber logrado a través de la acción directa –desde una huelga para hablar en términos simples– porque claro que un sindicato con 45 afiliados en una empresa de 2500 empleados difícilmente podría hacer una huelga.

La pregunta es si es que es adecuado tener un sistema donde hay sindicatos de 45 afiliados. En esos casos, además, se llegan a situaciones donde durante la negociación, los sindicatos a la hora de argumentar a las empresas o a los árbitros les piden que calculen los beneficios solo en base a los afiliados a los sindicatos (es decir, en el ejemplo, a los 45). Es decir, que sean pocos afiliados parece un argumento para que le corresponda más a cada

uno, y es justamente así como lo plantean en los arbitrajes.

No es un sistema en el cual haya relación entre la organización sindical y el resultado de la negociación. Y esto, a la hora de plantearse en un supuesto escenario de negociación por grupo de empresas, a cualquier empresa le parece un panorama totalmente incierto, al estar negociando un grupo de empleados que no tienen mucho que ver entre sí, respecto de empresas que de repente tampoco tienen mucho que ver entre sí; y puede salir de eso cualquier cosa.

No es lo que naturalmente debería suceder. Lo natural sería que el sindicato que logra las cosas es aquel que logra salir adelante, el que logra ser poderoso y le dice al empleador “yo así no trabajo”, “yo soy tan significativo para esta empresa como el capital que has aportado tú, y por lo tanto me tienes que reconocer una mejor participación respecto del resultado”. El sindicato debería ser de una cantidad importante de trabajadores conformando un bloque. Ese debería ser el sindicato que logra los aumentos y que, naturalmente, logra la negociación en cualquier ámbito. Con la actual ley, difícilmente un grupo de empresas en el cual se forme un sindicato de este ámbito, va a negarse a hacer la negociación con un sindicato que tenga esa fuerza gremial.

Hago un corte simplemente para mencionar un tema no muy conexo, pero que considero significativo en lo que podría pasar con los grupos de empresas de seguir avanzando en el tema de las negociaciones colectivas, y es una mayor complejidad en el tema de los ámbitos. Ya el día de hoy tenemos un problema en la indeterminación o conceptualización de los ámbitos de negociación, incluso cuando hablamos a nivel de empresa.

La Ley de Relaciones Colectivas establece un sistema de negociación universal y excluyente, en principio, cuando existe un sindicato mayoritario, ya que cuando un sindicato es mayoritario en la empresa (cuando afilia a la mayoría de trabajadores de la empresa), es el único que negocia representándolos a todos ellos. Y, sin embargo, la ley es claramente imprecisa en este punto, porque contempla que esa empresa (la organización), pero también el sindicato de empresa, se ciñen al grupo de trabajadores específicos.

Es decir, puede darse el caso de que exista un sindicato que dice ser mayoritario por tener a la

mayoría del conjunto total de los trabajadores, pero también existe un sindicato que afilia a trabajadores de un -por así decirlo- sub ámbito. Entonces, no se sabe cuál mayoría es la que debería negociar como mayoritario. Al día de hoy, nadie sabe cómo funciona eso, ni quien está legitimado para la negociación. Eso, llevado a situaciones más complejas, como integrar a más de una empresa -que no es propiamente una rama- nos llevará a situaciones más que interesantes.

DR. MAURO UGAZ:

En el ámbito relacionado a la posibilidad de que los trabajadores puedan formar un sindicato de grupo, qué duda cabe, creo que hay consenso entre nosotros de que esta es una posibilidad totalmente legítima, ya sea por la lectura abierta del artículo 5° de la Ley de las Relaciones Colectiva de Trabajo², ya sea por la lectura conjunta con los convenios de la OIT (el Convenio 87, específicamente), los trabajadores pueden formar los organismos sindicales que consideren convenientes. Y creo que esa lectura abierta también tiene que traducirse en la lectura de posibilidad de negociación colectiva; y digo “posibilidad” porque luego vamos a ver cuáles son las complicaciones de la negociación en sí misma.

Si yo formo un sindicato, lo formo para actuar en determinado ámbito. Si formo un sindicato de empresa, mi expectativa legítima es que negocie a nivel de empresa; si formo un sindicato de rama, mi expectativa legítima es que negocie a nivel de grupo, y, evidentemente, si formo un sindicato de grupo, mi expectativa legítima es que negocie a nivel de grupo. Eso es potencialmente hablando.

Ya pasando a un segundo ámbito, donde hay que hablar ya no de la capacidad sino de la legitimidad para negociar, es obvio que existan reglas que regulen estas posibilidades. Si formó un sindicato en una empresa y cohabita con otro sindicato que es mayoritario en ese ámbito, y por tanto en una primera lectura de la norma -que está asociada además a jurisprudencia- donde se señala que el sindicato mayoritario negocia de manera exclusiva y excluyente, pues yo tendré la expectativa de negociar, tendré la capacidad para hacerlo potencialmente, pero en los hechos quizás no tenga esa posibilidad, en vista de que cohabito con un sindicato mayoritario y yo soy minoritario. Es decir, yo formo un sindicato, tengo la expectativa para hacer actividad dentro

2 *“Artículo 5.- Los sindicatos pueden ser:*

a) De empresa, formados por trabajadores de diversas profesiones, oficios o especialidades, que presten servicios para un mismo empleador.

b) De actividad, formados por trabajadores de profesiones, especialidades u oficios diversos de dos (2) o más empresas de la misma rama de actividad.

c) De gremio, formados por trabajadores de diversas empresas que desempeñan un mismo oficio, profesión o especialidad.

d) De oficios varios, formados por trabajadores de diversas profesiones, oficios o especialidades que trabajen en empresas diversas o de distinta actividad, cuando en determinado lugar, provincia o región el número de trabajadores no alcance el mínimo legal necesario para constituir sindicatos de otro tipo.”

de un ámbito determinado, pero puede ser que eso no se traduzca en una situación concreta de negociación.

Y ahí aparece un tema interesante en el caso de grupo de empresas: la capacidad para formar un sindicato y que esta pueda interactuar a nivel de grupo, en este caso, tendríamos que ser analizada también en función de las reglas de nivel. Y aquí es donde nuestra ley tiene algunas complicaciones. La ley que inicialmente teníamos que ha sido cuestionada ante el Tribunal Constitucional, por casos que seguramente ustedes ya conocen, y que justamente implementó el sistema de arbitraje que tenemos (luego reforzado para algunos, o concentrados para otros, pero coincidentes en que sea OIT en materia de supuestos de arbitraje) decía que en una primera negociación si no había acuerdo acerca de nivel se recurre a nivel de empresa, y las negociaciones que venían dándose anteriormente tenían que tener el acuerdo de las partes para cambiar de nivel, e impedía los cambios a través de resolución administrativa o norma imperativa. A eso hay que agregarle que había un supuesto de excepción de la excepción, que era que si tú eras un sindicato de actividad que veníamos negociando muchos años y en treinta no ratificamos el nivel de rama de actividad (en términos coloquiales) te ibas a nivel de empresa. Con todo ello, se tenía una norma general que si no había acuerdo se iba a nivel de empresa y se tenía una norma temporal, que decía que si estabas negociando a nivel de rama de actividad y no se ratificaba ese nivel, también se iba a nivel de empresa.

Y esa situación originó lo que hemos vivido mucho tiempo, que es lo que se llama la sindicación atomizada. En Perú, como señaló Guillermo Boza, solo el 5.4% (hasta el año 2014) de la población económicamente activa está sindicalizada.

Entonces, una primera situación que es compleja, y que tendríamos que analizar es la referida a la situación en la que se encuentra un sindicato de empresa que aparece en un escenario donde nunca se ha negociado; y otra segunda situación es la configuración de un sindicato de empresa cuando ya existían negociaciones en un nivel determinado en una actividad empresarial. En el primer supuesto es donde ha aparecido una herramienta de heterocomposición, es decir una solución de conflictos distinta a las partes, que es el arbitraje.

El arbitraje potestativo nace para cerrar la situación en la que diversos conflictos quedaban abiertos. La regulación del Estado ha buscado, inicialmente, darle consonancia con la voluntariedad del arbitraje que la OIT ha ido previendo hace varios años, y es que el arbitraje potestativo únicamente podrá encauzarse en temas de mala fe o en primera negociación. Desde ese punto de vista,

obviamente, hay otra tercera causal, que es el arbitraje incausado, que ya tiene un desarrollo básicamente traído de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y que está siendo adoptado para algunos ámbitos.

En esa situación, en un escenario de grupo de empresa, donde no se ha negociado antes, donde las partes no se ponen de acuerdo y se lleva esto a un arbitraje, tendrá que analizarse la conveniencia e idoneidad de que esa situación, resulta por el árbitro, sea considerada como una negociación en la que el sindicato de grupo tenga que negociar con cada empresa en particular o si podrá negociar con todas ellas. Es una situación interesante, porque en realidad es una primera negociación, y tendría yo que acreditar que el mejor desenvolvimiento de la actividad sindical y además de la negociación en sí misma deba ser a nivel de grupo, o que no es posible negociar de manera independientemente en cada empresa, sino solamente a nivel grupal, dependiendo de las características de los trabajadores y de las empresas.

Situación distinta es cuando yo vengo negociando por cada empresa particular, y se forma un sindicato a nivel de grupo o que quiere negociar en ese ámbito, y ahí empiezan algunas complicaciones. Para algunos, se trataría de la primera negociación y por tanto sería posible trasladarse a arbitraje. Para otros no es primera negociación y, por tanto, la única manera acordar el cambio de nivel sería a través de un acuerdo; y si no hay acuerdo, los trabajadores tendrán que valerse de las defensas que correspondan para presionar ese cambio de nivel, que sería obviamente la huelga en este caso particular.

Esa situación, por lo menos, sí ha tenido diferentes posturas. Todavía no conozco una postura establecida, sí en temas de laudos han habido posturas que han admitido la posibilidad que podría negociarse a nivel de grupo, a pesar de existir negociaciones previas. En la primera queda claro que esa procedencia se da.

Esto es un poco lo que creo que deberíamos discutir: si la posibilidad de formar un sindicato de grupo y la expectativa legítima de negociar a nivel de grupo tiene canales procedimentales para concretarlos en la realidad. Y ahí creo que el que tema clave es como entendamos el artículo 44° es como entendemos el artículo 45°³, porque claramente si permitimos que los trabajadores puedan formar los sindicatos que consideren convenientes, en una lectura que creo que todos coincidimos, el artículo 44° también debería permitir en esa indeterminación tengan la expectativa de negociar donde consideren su mayor conveniencia.

Y más bien creo que el gran problema es el artículo 45°, que regula los niveles, y sobre todo en el caso donde ya se ha negociado a niveles distintos, que es creo yo el punto más álgido. Porque se da el caso de que yo ya venía negociando a nivel de empresa, si funcionaba o no es algo que se podía ver en los hechos, pero por lo menos había negociación. En ese escenario creo que podríamos tener las mayores complicaciones.

¿Qué ha pasado en la práctica con algunos casos que yo les comentaba antes? Ha pasado algo curioso. La negociación en algunos grupos de empresas ya se viene dando, pero con una formalidad que no corresponde a la negociación de grupo. Les explicaba antes de estas situaciones donde trabajadores son trasladados a distintas empresas dentro del grupo, pero manteniendo su sindicación.

En ese escenario particular, en los hechos los trabajadores de una empresa A y una empresa B, pertenecen a un mismo sindicato, inclusive si el sindicato se forma solamente dentro de la empresa A. Eso, en los hechos, significa que el sindicato ha mutado, de ser sindicato de la empresa A, a ser sindicato de las empresas A y B. Eso ya lo convertiría en un sindicato que trasciende el escenario netamente empresarial, sino que sería supra empresarial, estando fuera del ámbito de una sola empresa particular. Es más, sus convenios colectivos tendrán aplicación no solamente en la empresa en que se constituyen, sino también en la otra empresa donde tienen afiliados.

¿Pero qué viene pasando en esta situación práctica? Que para evitar la consolidación o para evitar la configuración de un escenario de negociación de grupo, lo que hacen las empresas es negociar con el sindicato y formar dos convenios colectivos paralelos, a pesar de que son totalmente idénticos. Pero yo creo que en la práctica eso es una negociación de grupo. Si yo tengo un sindicato que posibilita y tiene afiliados en diversas empresas dentro del grupo, y sus convenios colectivos son iguales en cada empresa dentro del grupo, en la práctica lo que se está haciendo es negociar a nivel de grupo. Y eso es muy interesante porque eso podría ser tomado como un antecedente para precisamente propiciar el robustecimiento de la acción a nivel de grupo, en ese tipo de empresas que vienen a asumir ese

tipo de circunstancias o negocios.

Esto es algo muy similar a lo que sucedía -con las distancias del caso- en los casos portuarios durante el gobierno aprista. En ese caso hubo un acta donde se concilió las diferencias entre trabajadores portuarios y las empresas portuarias, y se dijo que se regulan algunos aspectos específicos para las empresas y trabajadores portuarios de manera transversal, pero otros aspectos puntuales se dejaban para la negociación colectiva a nivel de empresa, es decir entre cada sindicato y su empleador. Y ahí la postura interesante de algunos es que en esta situación ya se había instaurado una negociación a nivel de rama, que incluso tenía la interesante circunstancia de que estaba ligada a una negociación a nivel de empresa, de manera complementaria.

Esta situación también podría trasladarse al tema de grupo, que es un poco lo que he visto en la práctica. Ya existen muchas situaciones donde los grupos vienen negociando a nivel de grupo, pero dándoles una formalidad distinta al haber diversos convenios y no uno unitario. Lo que hay que hacer es analizar con detalle la relación que existe con el nivel y con ello tendremos un panorama mucho más claro.

3. De cara afrontar la realidad, donde es más probable que desde el lado del empleador se prefiere negociar en ámbito de empresa, ¿sería constitucional una fórmula legal que vincule la negociación de una organización sindical de grupo a un ámbito supraempresarial a fin de permitir un contrapeso real en las relaciones colectivas de trabajo? De no ser posible esto último ¿cómo posibilitar la acción sindical efectiva en los grupos de empresa?

DR. CHRISTIAN SANCHEZ:

Bueno, el sentido la ratio legis de la pregunta, me parece, es: ¿cómo permitir la negociación colectiva a nivel de grupo de empresas? Si es así, pero me parece que partimos erróneamente de la premisa de que no está permitida. Coincidimos los tres, con matices, al reconocer que los sindicatos se organizan libremente, según los convenios OIT. El matiz está en si hay un deber de negociar. Para mí, a partir de la existencia del deber de negociar de buena fe, se tendría que aceptar el pliego y eso

3 Artículo 45.- Si no existe previamente una convención colectiva en cualquier nivel de los señalados en el artículo anterior, las partes decidirán, de común acuerdo, el nivel en que entablarán la primera convención. A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa.

De existir convención en algún nivel, para entablar otra en un nivel distinto, con carácter sustitutorio o complementario, es requisito indispensable el acuerdo de partes, no pudiendo establecerse por acto administrativo ni por laudo arbitral.

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

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

implica el trato directo para ratificar la negociación de esa forma. Yo prefiero evitar en este diálogo las palabras 'nivel' y 'ámbito', porque me parece que genera un problema, más que disolver las ambigüedades, las complejiza.

Si la organización sindical plantea su pliego, tendría que haber una razón suficiente, apoyada en el ordenamiento jurídico (razonabilidad, proporcionalidad, etc.) para rechazarlo, porque hay un deber de negociar. Hago la precisión de que el deber de negociar no significa que necesariamente se tenga que llegar a un convenio. Por ahora, no entremos en el debate del arbitraje, su constitucionalidad o su legalidad y solo digamos que allí se abre la vía de la huelga o arbitraje.

¿Qué resolverán los tribunales arbitrales? Yo creo que eso es un ámbito casi desconocido, porque para empezar los laudos ni siquiera se publican, aun cuando creo que deberían publicarse y ser adecuadamente difundidos: si la crítica es abierta para las resoluciones del poder judicial, lo mismo debería ocurrir para esta justicia privada, salvo haya razones suficientes para excluir ciertos ámbitos de la publicidad de los laudos.

Me parece que rechazar el pliego alegando que esa forma no está prevista en la ley es una forma de decir que, pese a que los trabajadores se hayan organizado como sindicato de grupo, no pueden negociar. Ahí entramos en la discusión de que una cosa es la capacidad y otra es la legitimidad, pero yo me pregunto de qué me sirve tener la capacidad si no voy a poder negociar porque esta forma no está prevista en la ley de manera taxativa. Considero que rechazado el pliego, y si no hay una razón legítima, se abre el camino del arbitraje, para todos estos casos.

Ahora, el caso más polémico es cuando ya existe una negociación a nivel de empresa y luego se constituye una organización sindical que pretende representar al grupo y se quiere plantear una negociación de esa forma. Y ahí los argumentos irán por dos lados: quienes sostienen que se trata de un nuevo sujeto colectivo que plantea una primera negociación, y otros que dirán que estamos en el supuesto del segundo párrafo del artículo 45°, en donde ya hay una negociación existente y para cambiar de nivel se requiere un acuerdo.

Todo lo expuesto lo resumo en que a veces nos cuesta pensar que el Derecho es indeterminado y que la predictibilidad es un horizonte, es un telos, que debemos llegar hacia la predictibilidad, pero no nos acostumbramos a trabajar con un Derecho indeterminado, lleno de problemas de interpretación, de intersticios, y el esfuerzo interpretativo en estos casos debe llevarnos a una solución práctica que haga viable el ejercicio

de los derechos reconocidos por la constitución sin sacrificios desproporcionados y que lleve a soluciones coherentes en nuestro sistema jurídico.

DR. MARIO PASCO:

No sé si yo estaba entendiendo mal la pregunta. Yo estaba entendiendo que esta pregunta iba en el sentido de ver si estaría bien que una norma determine que, formado el sindicato de grupo, proceda de manera forzosa o automática la negociación colectiva a nivel de grupo. Considero que eso no sería correcto, no se podría imponer legalmente una fórmula de ese estilo, por la sencilla razón de que sería tan inconstitucional como fue determinada la última frase del primer párrafo del artículo 45° de la LRC, que decía que a falta de acuerdo la primera negociación se llevaría a nivel de empresa. La ley no puede establecer el nivel de negociación, el Estado no debe imponer el nivel de negociación, puesto que la determinación del nivel de negociación le corresponde a las partes.

Me parece que aquí sí estamos ante una discrepancia de base, en tanto yo creo que la formación de un sindicato de un determinado grupo de trabajadores que se asocian no necesariamente significa que el empleador o los empleadores tengan que tener una negociación con ese grupo de trabajadores directamente, porque puede ya haber una experiencia o una situación en la cual el empleador esté en un sistema de negociación colectiva establecido, determinado, y aceptado por partes. En otras palabras, el segundo párrafo del artículo 45° nos dice que cuando aparece un sindicato o una pretensión de negociación que cae encima de una experiencia de negociación previa, en ese caso yo sí tengo clarísimo (y discrepamos con Christian en ese punto) el empleador puede negarse a negociar porque ya tiene una negociación colectiva. Y cuando no hay una negociación preexistente, cualquiera sea el tipo de sindicato, puede perfectamente decir que no quiere negociar a ese nivel. En un grupo de empresas, si se forma un sindicato en ese nivel, y se le plantea un pliego de reclamos al grupo de empresas para que venga a negociar a ese nivel las condiciones de todos los trabajadores de todas esas empresas, cualquiera de esas empresas puede decir que no, porque si bien tiene obligación de negociar y el sindicato tiene derecho a negociar, no necesariamente tiene que negociar en el nivel en que se lo están planteando, y puede pedir, por ejemplo, que se negocie con cada empresa particular. Porque, como saben, un sindicato de rama o un sindicato de empresas pueden indistintamente, según se dé, plantear la negociación colectiva a la rama o a las empresas. Entonces, siendo posible que haya una o la otra, o ambas negociaciones, lo que nos dice la norma es que cuando ya hay una negociación

previa, esa es la que manda, y si se quiere cambiar, lo tendrá que hacer el que quiera hacerlo con los medios con los que cuentan. Y la pregunta es: ¿cuáles son esos medios?

Yo tengo perfectamente claro que la huelga es un medio válido para eso. El problema que yo tengo es con el arbitraje. En el arbitraje laboral se mezclan hasta tres aspectos. El tema de procedencia, la competencia del tribunal mismo, es un asunto legal: o debe haber arbitraje o no debe haberlo, no es una cuestión de parecer. Y sin embargo tenemos tribunales que dicen que hay incausado, y depende básicamente de quiénes son los árbitros. Si se designa a un árbitro que piensa que no hay arbitraje incausado y otro que sí, entonces prácticamente van a tener que decidir por sorteo. Y que la decisión legal esté tan abierta, es algo que a mí no me gusta mucho.

Luego está un aspecto intermedio, entre lo legal y la equidad, que es la definición del nivel, que también puede darse, porque cuando no hay acuerdo en una primera negociación, el nivel puede darse por arbitraje. Esa es una decisión que no se sabe bien en función a qué se tendría que tomar.

Y el tercer espacio es el pliego mismo, el fondo. Yo no llego a definirme qué me molesta más: si que una definición de derecho o una definición de equidad esté definida por el sorteo, que es el vicio que yo le veo al arbitraje potestativo. ¿Qué persona en el mundo sabe de cuánto tiene que ser un aumento o el cierre de pliego para esa empresa? Nadie. Los únicos que podrían saber cuánto es el cierre de pliego son las dos partes. Ningún tercero va a poder dar una cifra certera y bien justificada, porque al final va a ser basado en creencias o un parecer. Y el tema de la determinación de nivel, como es tan cercano a esto último, tampoco me llega a convencer.

Nuevamente, la obligación de un empleador de estar en un sistema de negociación colectiva sí existe. Yo no creo que exista la obligación de estar en la forma de negociación que hayan impuesto los trabajadores. Para eso, tendrán que ponerse de acuerdo, y en el arbitraje potestativo una de las partes no ha aceptado esa forma.

DR. MAURO UGAZ:

Yo me voy a enfocar en la segunda parte de la pregunta, porque sobre la primera parte no es posible que haya una regla legal que establezca un nivel de negociación.

Sobre cómo posibilitar la acción sindical efectiva en los grupos de empresas, quisiera hacer hincapié en algunos problemas prácticos que a veces

tienen los trabajadores, en base a lo que he podido apreciar y señala la doctrina en otros países, para formar sindicatos supra empresariales, o también emparejados a los sindicatos de contratas, para dar un ejemplo un poco similar.

Para que se forme un sindicato de grupo, es menos complejo hacerlo cuando son trabajadores que tienen categorías similares o con condiciones similares. Porque lo que suele suceder es que las empresas dentro del grupo pueden tener categorías distintas o pueden tener condiciones tan distintas incluso en el horario de trabajo, o situaciones tan distintas como seguros particulares, que pueden evitar la conglomeración de esas personas para formar un sindicato de grupo. Y eso es lo que a veces sucede: los problemas para formar un sindicato de grupo, más allá del as cuestiones legales o jurisprudenciales que hemos visto, muchas veces tienen un primer obstáculo en poder configurar el sindicato en función a la base misma. La base tiene que ser similar, con inquietudes similares, y lo que suele pasar en algunas circunstancias cuando se negocia con sindicatos que involucra afiliados en diversas empresas, es que la afiliación está totalmente ligada a la equivalencia de personas o de trabajadores. Cuando estos grupos de empresas tengan personas menos equivalentes, menos transversales en condiciones o en situaciones remunerativas o en condiciones de categorías equivalentes, va a ser más complicado formar organismos sindicales a nivel de grupo o que trascienden el espectro empresarial.

Por el contrario, por lo menos en mi experiencia, cuando las personas tienen menos equivalencias o condiciones muy distintas en cada componente del grupo, prefieren negociar a nivel de grupo. Obviamente esta decisión depende de los trabajadores, y obviamente la configuración del sindicato de grupo tendrá que tomar en cuenta estos factores, porque implicaría tener trabajadores con iguales intereses y eso tiene que tener un correlato en condiciones equivalentes, o que la expectativa sea que determinada condiciones sean equivalentes y dejando a nivel de empresa la posibilidad de distinguir en cada centro de trabajo condiciones que correspondan a cada circunstancia particular.

Y otro aspecto interesante es que, por lo menos en experiencia que tenemos y lo que ha venido sucediendo es que en algunas entidades estatales (sobre todo fuera de Lima) se ha estado reconduciendo al sindicato de grupo o de contratas, asemejándolo a un sindicato de nivel de rama. Y puede ser que el sindicato de grupo o de contratas no tenga por qué ser un sindicato de rama o de actividad, porque las empresas que están involucradas en el sindicato puedan hacer actividades distintas. Entonces allí también

hay una pequeña incoherencia entre esta visión totalmente abierta del tipo de empresas con el registro. Yo entiendo que cuando estas autoridades han visto el listado de posibilidades para integrar el sindicato de contratas, por ejemplo, a lo que

dice la norma lo han reorientado para beneficiar el reconocimiento del sindicato a una categoría que no corresponde específicamente. Y esa es una situación que no ha orientado de la mejor manera este tipo de sindicatos. ❌