



Alfredo Villavicencio Ríos^(*)

Atomización y disfuncionalidad de la **tutela colectiva** en el Perú

“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).”

1. Introducción

Los estudios sobre los rasgos centrales del sistema de las relaciones laborales reclaman siempre una perspectiva interdisciplinaria, en 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, que en nuestro país es todavía una asignatura pendiente.

2. 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 éstos 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

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Atomización y disfuncionalidad de la tutela colectiva en el Perú



ha denominado como autonomía colectiva; de modo 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, puesto que, 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.

“ SI NOS ACERCAMOS AL TEMA SALARIAL, NOS ENCONTRAMOS CON DATOS ELOCUENTES, RESPECTO DE LA MEJOR SITUACIÓN EN QUE SE ENCUENTRAN LOS TRABAJADORES QUE FIJAN SUS CONDICIONES DE TRABAJO VÍA CONVENIO COLECTIVO QUE LA DE LOS QUE NO LO HACEN.”

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, éstas 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 colectiva⁽¹⁾ 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 que está destinada, conllevan una ruptura con los sistemas de *abstention of law*; por lo que se debe imponer al Estado 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

(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 sinónimos.



Alfredo Villavicencio Ríos

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 Estado⁽²⁾. 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 ha tenido por lo general una opción por el modelo descentralizado (mostrando su cercanía con los intereses empresariales); con las excepciones de 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 en Argentina y Brasil, donde el Estado -gran actor en este campo- se jugó de manera abierta por la rama de actividad⁽³⁾.

Por cierto que 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. En la medida no sólo de 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 de 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, de que los actores de las relaciones laborales (de *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; evitando así que la voz de los trabajadores se pierda y el coro democrático se convierta en un solo (y a *capella*) empresarial, 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

-
- (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 sólo 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, una menor beligerancia y 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 (franjitas, negociación articulada, entre otros), los problemas de la negociación por empresa no tienen solución, mucho más 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 unicidad 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.

sector primario, industrial, servicios), la composición de mano de obra (nivel de cualificación, sexo, entre otros), la existencia de organizaciones de empleadores y trabajadores a los niveles respectivos y su actitud frente al tema negocial. Todos estos factores jugaron inicialmente, y lo hacen cuando se intenta alguna modificación en el terreno estructural, debiendo 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 20 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 las que no puede dejar de estar el favorecimiento de una organización y negociación efectivas a nivel supraempresarial; no sólo 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 terreno⁽⁴⁾ nos muestra un claro sesgo controlador del Estado sobre el sistema de relaciones laborales, que refleja la menor articulación 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.

3. La regulación de la estructura negocial peruana: la atomización como norte legal

3.1. 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 expresaban 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, sin lugar a dudas, implicó 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 historia⁽⁵⁾. 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 comportamientos empresariales dirigidos, todos ellos, a reducir a su mínima expresión o liquidar a las formas institucionales de representación de los trabajadores.

(4) Que deja en evidencia la nula autonomía externa que tienen las relaciones laborales en el terreno estructural.

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



Alfredo Villavicencio Ríos

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⁽⁶⁾; con lo que 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 vigente (en adelante, LRCT), 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)⁽⁷⁾, 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 en 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, entre otros). Por todo ello, el estudio de la estructura negocial peruana nos obligará a prestar una atención previa a las normas legales que regulan sus diferentes componentes.

3.2. Configuración legal de las unidades de negociación

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

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

Nos movemos, pues, dentro de un cuestionable sistema de “unidades apropiadas de negociación”⁽⁸⁾ 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)⁽⁹⁾. En ambos casos se ha precisado reglamentariamente que en el nivel empresarial están involucradas organizaciones y negociaciones de ámbito menor: sección, categoría o establecimiento.

- (6) ERMIDA URIARTE, Oscar. *La reglamentación sindical peruana en el marco de la legislación latinoamericana*. En: AA.VV. *Estudio introductorio al libro Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo comentada*. Lima: Consultores Jurídicos Asociados, 1994. p. 6.
- (7) Frente al Estado, en tanto que la autonomía interna se da en relación con otros niveles de negociación, razón por la cual sólo se ve afectada cuando se plantea una estructura negocial articulada.
- (8) 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 interprofesional.
- (9) Al respecto, el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, 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.

Atomización y disfuncionalidad de la tutela colectiva en el Perú

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 la negociación colectiva de construcción civil como la única sectorial (que tuvo que ser restituida por el Tribunal Constitucional). 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 sólo 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 elijen 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 elijen con esa sola finalidad. En ambos casos se requiere una elección por mayoría absoluta de los trabajadores del ámbito involucrado.

3.3. 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” (artículo 45 de la LRCT).

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 Constitución⁽¹⁰⁾. 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 construcción civil ordenó el reinicio de la negociación por rama⁽¹¹⁾, en tanto que en estibadores ha ordenado que sea un tribunal arbitral el que decida el nivel a utilizar⁽¹²⁾. 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 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” (artículo 45 de la LRCT).

(10) 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.

(11) Sentencia recaída en el Expediente 261-2003-AA/TC (Caso CAPECO).

(12) Sentencia recaída en el Expediente 03561-2009-PA/TC.



Alfredo Villavicencio Ríos

Se reitera en esta norma la necesidad de un acuerdo expreso sobre el particular, por lo que remitimos a las reflexiones anteriormente hechas 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 de 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 Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) resuelve los entrampamientos posibles con el concurso de un órgano independiente, razón adicional para cuestionar la norma analizada.

3.4. 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 que se refieran a condiciones de trabajo propias y exclusivas de la empresa” (artículo 45 de la LRCT).

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 hace 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). Con 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 éstos 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; lo que 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.

3.5. 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 de la LRCT dispone que “se aplicará la convención más favorable, confrontadas en su integridad”.

Atomización y disfuncionalidad de la tutela colectiva en el Perú

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 aquél 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.

4. La estructura negocial peruana en la realidad

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

4.1. 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 entre el 6% y el 8%, respectivamente, en 2009; debiendo señalarse que ambas tasas están referidas a los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada⁽¹³⁾ y que evidencian una reducción drástica de ambos conceptos, que a mediados de los años ochenta

fluctuaban por encima del 50%. Con ello, queda claro que en el Perú, tras el proceso de desregulación legal vivido en los años 90 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 le declara ilegales todas sus huelgas, aunque cumplan con los exigentes requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico.

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.

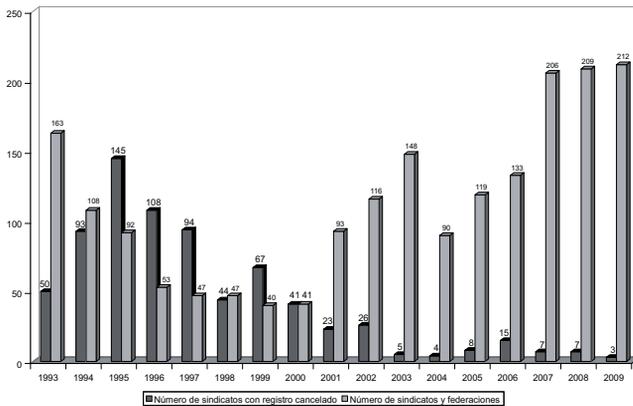
Al respecto, hay que comenzar señalando que la diferencia entre pliegos presentados y convenios registrados muestra los casos en

(13) 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.



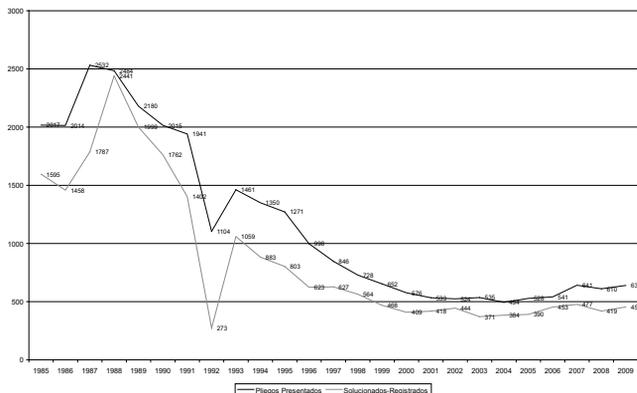
Alfredo Villavicencio Ríos

EVOLUCIÓN DE LOS REGISTROS SINDICALES A NIVEL NACIONAL 1993 - 2009



Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción Del Empleo. Direcciones regionales / zonas de trabajo. Elaboración: Oficina de Estadística e Informática / Oficina de Estadística.

NIVEL NACIONAL PLIEGOS DE RECLAMOS PRESENTADOS Y CONVENIOS COLECTIVOS REGISTRADOS POR AÑOS 1985 - 2009



Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción Del Empleo. Direcciones regionales / zonas de trabajo. Elaboración: Oficina de Estadística e Informática / Oficina de Estadística.

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.

A continuación, hay que indicar que la caída observada, digna de la montaña rusa más reputada, ha llevado a que los 419 convenios colectivos celebrados el 2008 sean tan sólo el 17% de los 2,441 suscritos el 1988.

La caída radical, que tiene su punto máximo el año 1992, que fue cuando se aprobó la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo vigente, pero no se puede cuantificar totalmente porque los datos oficiales para tal año en el cuadro anterior corresponden sólo a Lima Metropolitana. De todos modos, viendo la relación entre Lima y el resto del país en este rubro, en el mejor de los casos podría estar alrededor de los 350 convenios.

En tal norma, también es bueno recordarlo, se buscó poner punto final a la negociación colectiva sectorial, que se reflejaba en ocho convenios sectoriales, puesto que trajo una Disposición Transitoria y Final que señalaba que en los siguientes 90 días las partes de todos los convenios colectivos revisarían el nivel de negociación y si no se ponían de acuerdo 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.

Todo ello nos deja una imagen clara de la peor década no sólo para la democracia

Atomización y disfuncionalidad de la tutela colectiva en el Perú

política y los derechos fundamentales sino también para la libertad sindical y la tutela colectiva, como no podría ser de otra manera, dada la interdependencia entre los derechos civiles, políticos y laborales.

4.2. 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:

**REGISTROS SINDICALES 1993 - 2009
NIVEL NACIONAL**

Años	Registros Sindicales			
	Delegados	Sindicatos	Federaciones	Confederaciones
1993	80	160	3	-
1994	89	100	8	-
1995	46	87	5	-
1996	72	52	1	-
1997	67	47	-	-
1998	79	47	-	-
1999	68	37	3	-
2000	85	38	3	-
2001	80	89	4	-
2002	91	114	2	-
2003	95	147	1	-
2004	72	86	4	-
2005	121	118	1	-
2006	106	123	10	2
2007	158	196	10	-
2008	219	203	6	1
2009	299	202	10	-

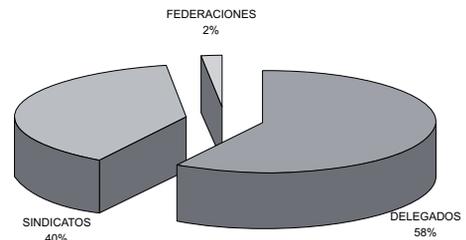
Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción Del Empleo.
Direcciones regionales / zonas de trabajo.
Elaboración: Oficina de Estadística e Informática / Oficina de Estadística.

El cuadro anterior muestra con claridad que el peso estructural recae sobre organizaciones que, como máximo,

tienen un ámbito empresarial; y si a ello sumamos el crecimiento de los delegados de personal, la conclusión que cae por su propio peso está referida al excesivo grado de descentralización del sindicalismo peruano. Más aún, la presencia cada vez mayor de la representación no institucional a nivel empresarial e infraempresarial viene fortaleciéndose de manera consistente, por lo que no sólo estamos hablando de un nivel de descentralización muy agudo, sino que en nuestro sistema de relaciones laborales se comienza a confirmar la tendencia en la que los delegados de personal están superando en número a los sindicatos, lo que no trae consigo buenas noticias para el procesamiento más racional y eficiente del conflicto laboral.

La imagen de lo acontecido en 2009 confirma claramente lo aquí dicho.

REGISTROS SINDICALES DURANTE 2009



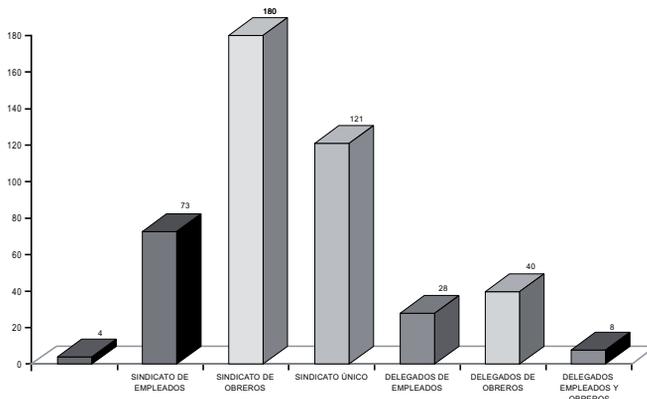
Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción Del Empleo.
Direcciones regionales / zonas de trabajo.
Elaboración: Oficina de Estadística e Informática / Oficina de Estadística.

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



Alfredo Villavicencio Ríos

CONVENIOS COLECTIVOS REGISTRADOS, SEGÚN ORGANIZACIÓN SINDICAL, NIVEL NACIONAL 2009



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 son los ámbitos infraempresariales; y decimos ello porque tan sólo tienen ámbito empresarial 129 convenios: los 121 suscritos por sindicatos únicos y los ocho celebrados por delegados de obreros y empleados. El resto (con la excepción de los cuatro convenios suscritos por federaciones, de los que hablaremos posteriormente), es decir 321 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 28.4% de convenios, en tanto que el 70.7% se refiere a un nivel infraempresarial (en 2008 esta cifra fue 80%).

El 0.9% restante lo dan los cuatro convenios suscritos por federaciones de los cuales sólo uno es de rama (construcción civil), en tanto que los tres restantes corresponden a negociaciones de empresa que son llevadas a cabo por una federación (en el sector de telecomunicaciones). Sobre este particular, incluso hubo que librarse una ardua batalla legal para que el Ministerio de Trabajo aceptara una cuestión tan sencilla si la vemos con ojos de respetar mínimamente 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, en la medida en que si sólo se tiene un convenio colectivo sectorial 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.

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

Como reza la teoría más conocida y generalizada, los trabajadores se organizan para defender y promover sus derechos, lo que pasa necesariamente por la búsqueda de mejores remuneraciones. Aunque 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 que se encuentran los trabajadores que fijan sus condiciones de trabajo vía convenio colectivo que la de los que no lo hacen. Los dos gráficos siguientes nos ilustran con claridad sobre este tema en el caso de empleados y obreros:

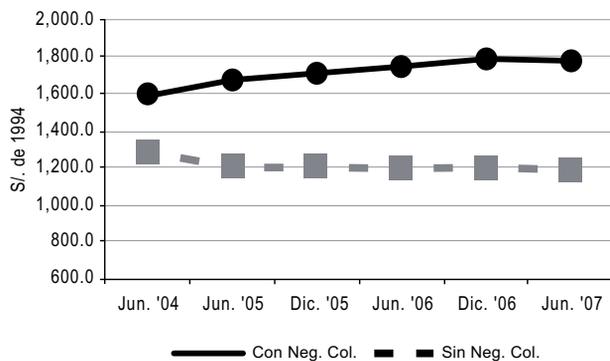
Esta información es claramente consistente con informes más recientes que indican lo siguiente:

REMUNERACIONES NOMINALES (ABRIL 2009, LIMA METROPOLITANA)

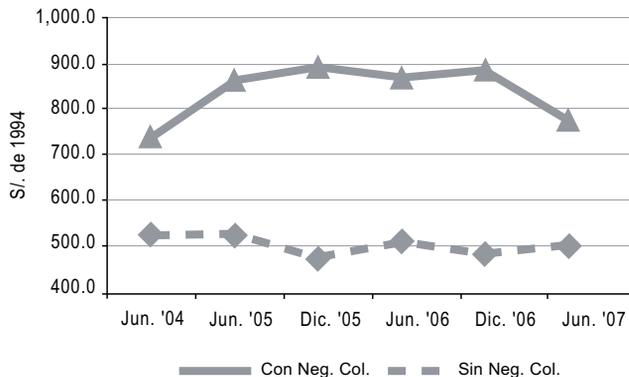
	Con negociación	Sin negociación
Ejecutivo	20,399	14,346
Empleado	3,336	2,396
Obrero	1,412	1.035

Atomización y disfuncionalidad de la tutela colectiva en el Perú

PERÚ URBANO: EVOLUCIÓN DE LAS REMUNERACIONES BRUTAS REALES DE EMPLEADOS SEGÚN COBERTURA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA 2004-2007



PERÚ URBANO: EVOLUCIÓN DE LAS REMUNERACIONES BRUTAS REALES DE OBREROS SEGÚN COBERTURA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA 2004-2007

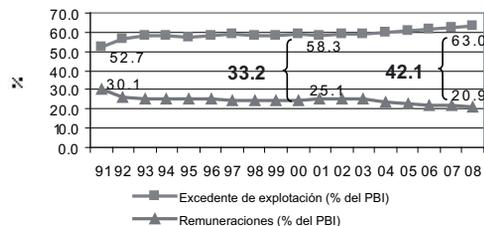


Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción de Empleo – DNEFP Encuesta Nacional de sueldos y salarios. Varios años.

Los datos, por cierto, son elocuentes por cierto y no hacen más que confirmar la teoría; aunque 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 100,000 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.

PERÚ: EVOLUCIÓN DE LA PARTICIPACIÓN EN EL PBI SEGÚN TIPO DE INGRESO 2004-2007



Fuente: Banco Central de Reserva. Cuentas Nacionales. Varios años.

¿Y cómo puede explicarse esta situación en los dorados años del crecimiento económico? Sin duda alguna, por la debilidad del único mecanismo institucional que se puede utilizar actualmente para conseguir mejoras en las remuneraciones, habida cuenta 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



Alfredo Villavicencio Ríos

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 las remuneraciones de sólo 100,000 trabajadores obtienen los beneficios de la tutela colectiva, los restantes 4 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.

5. 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 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 100,000 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 en el PBI se evidencie que en los últimos 20 años el peso de las remuneraciones ha perdido 10 puntos frente al excedente de explotación, dando como resultado que la desigualdad social se incremente al no contar con mecanismos que le 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), 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.