
La negociación colectiva *in peius* en el Perú

Juan Carlos Cortés Carcelén

Abogado. Profesor de derecho laboral en la Pontificia

Universidad Católica del Perú.

Miembro del Comité Consultivo Nacional de *Ius et Veritas*.

1 Introducción.

A raíz de la promulgación del Decreto Ley No.25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT), en julio de 1992, se inició una discusión más amplia sobre la posibilidad de las partes en un convenio colectivo de pactar desmejorando beneficios establecidos en convenios colectivos vigentes. Incidieron en esta discusión el contenido del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas del Trabajo (Decreto Supremo No.011-92-TR) y las posteriores resoluciones judiciales que se pronunciaron sobre este tema.

El presente trabajo pretende plantear algunas interrogantes sobre la denominada negociación colectiva *in peius*, basados en la experiencia peruana en esta materia.

El tema ha sido y es bastante importante en el Perú, porque a raíz de la modificación sustancial de la legislación laboral peruana (a partir de 1990), tanto en su vertiente individual como en la colectiva, la negociación colectiva y el convenio colectivo han sido removidos en su estructura tradicional.

Uno de los aspectos más significativos en este proceso ha sido la imposición, en algunos casos, o la facultad, en otros, de revisar los convenios colectivos vigentes con una doble finalidad: reordenar la normativa convencional al interior de cada ámbito

negocial y, principalmente creemos, abrir la posibilidad de que se eliminen convenios colectivos vigentes, para lo cual se otorga un poder mayor a una de las partes en la negociación colectiva.

Ermida apuntaba que este tema del **alcance y eficacia de la autonomía colectiva**, cuando ésta es el instrumento de normas *in peius* y/o afectan derechos individuales de los trabajadores es uno de los problemas técnico-jurídicos de primera magnitud de la flexibilización de la legislación laboral⁽¹⁾, opinión con la que concordamos totalmente luego de iniciado el estudio del tema.

2 La negociación colectiva *in peius*: situaciones posibles.

Un punto de partida para analizar las posibles situaciones de negociación colectiva *in peius* es la distinción, a partir de la legislación peruana, entre la vigencia del convenio colectivo como instrumento y la vigencia de las cláusulas del convenio colectivo, en cuanto beneficios o regulaciones con cierta independencia del instrumento que las acoge.

En un modelo estático de negociación colectiva, como el peruano, la negociación colectiva se realiza en períodos predeterminados, siendo la vigencia de los convenios colectivos no menor de un año⁽²⁾ (lo que ha sido la práctica común en el país), pudiendo las partes

(1) ERMIDA URIARTE, Oscar. *La flexibilidad del derecho laboral en algunas experiencias comparadas*. En: *Ius et Veritas*. Lima, No.4, 1992. p.13.

(2) Consideramos que las partes, a pesar de la disposición normativa, podrían pactar convenios de duración menor, respetándose la autonomía colectiva. El plazo establecido en la ley impide más bien que una de las partes obligue a la otra a negociar colectivamente durante el plazo establecido.

establecer un período mayor.

La vigencia del convenio colectivo en su totalidad marca la fecha de inicio de la mayoría de beneficios contenidos en él (generalmente, esta fecha es anterior a la suscripción del convenio colectivo), no dejando vacíos entre la terminación de la vigencia del anterior y el inicio del nuevo convenio; y, principalmente, establece un período en el cual las partes no pueden plantear la discusión de un nuevo convenio colectivo que tenga efectos durante la vigencia del actual.

Situación diferente, que la misma legislación alienta, consiste en que las negociaciones para el nuevo convenio colectivo se inicien durante la vigencia del actual, a efectos de empatar la terminación de uno con el inicio del otro⁽³⁾.

Se establece un período de **deber de paz relativo**, en el cual las partes no pueden pretender modificar el convenio colectivo vigente antes de su terminación⁽⁴⁾.

Nuestra legislación, no de manera clara, señala la vigencia del convenio colectivo como instrumento en el artículo 43 c) del Decreto Ley No.25593, el cual prescribe: La convención colectiva de trabajo tiene las características siguientes: (...) c) Tendrá una duración no menor de un (01) año, pudiendo las partes establecer plazos mayores para la convención en su conjunto o para parte de la misma.

Las cláusulas del convenio colectivo pueden tener una duración diferente del mismo. Por ejemplo, se pueden plantear las siguientes opciones en cuanto a la vigencia de las cláusulas:

a) Cláusulas que tienen una duración menor a la vigencia del convenio colectivo, y que surten efectos después del inicio de la vigencia o vencen antes de la extinción del convenio colectivo.

b) Cláusulas que tienen la misma duración que el convenio colectivo, generalmente de un año, y que se extinguen al mismo tiempo que el convenio colectivo.

c) Cláusulas que tienen una duración mayor, ya

sea por su misma naturaleza o porque las partes así lo han señalado.

d) Cláusulas que tienen una vocación de permanencia, que son de duración indeterminada y que serán modificadas por las partes, como consecuencia de una negociación colectiva.

La legislación peruana hace referencia, principalmente a b) y d), en el artículo 43.d) del Decreto Ley No.25593, el cual dispone: La convención colectiva de trabajo tiene las características siguientes: (...) d) Caduca de modo automático al vencimiento de su plazo, salvo en aquello que se haya pactado con carácter permanente o cuando las partes acuerden expresamente su renovación o prórroga total o parcial.

Las cláusulas señaladas pueden ser indistintamente cláusulas normativas o cláusulas obligacionales, acuñando esta diferencia entre las cláusulas del convenio colectivo realizada por la doctrina mayoritaria, y que nuestra normativa acoge a efectos de señalar algunas características de las mismas (artículo 29 del Decreto Supremo No.011-92-TR, Reglamento del Decreto Ley No.25593).

A partir de estas consideraciones, podríamos señalar dos concepciones de la negociación colectiva *in peius*. Una amplia, en la que mediante un convenio colectivo se acuerdan menores beneficios (reducción o eliminación) que los vigentes, y otra estricta, en la cual la negociación colectiva *in peius* se restringe a aquella realizada por los mismos sujetos colectivos y en el mismo ámbito negocial, es decir, se trata de la sucesión normativa entre convenios colectivos del mismo nivel de negociación.

Nosotros nos inclinamos por la segunda acepción, en cuanto no basta que el convenio colectivo contenga menores beneficios que otra fuente normativa o no normativa, sino que debe tratarse de la misma fuente productora de la norma (fuentes en sentido propio) y del mismo tipo de norma (fuente en sentido traslativo).

(3) El artículo 52 del Decreto Ley No.25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, establece que el pliego de reclamos, documento sindical que contiene los pedidos colectivos y cuya presentación da inicio al procedimiento de negociación colectiva, debe ser presentado no antes de 60 días ni después de 30 días. El objetivo que subyace es que las partes puedan arribar a un acuerdo antes del inicio de vigencia del mismo, lo cual resulta significativo teniendo en cuenta que la regla general de vigencia de las cláusulas es la misma que el instrumento colectivo.

(4) Aun así, en los períodos de inflación alta, algunas organizaciones sindicales plantearon lo que se denominó **minipliegos**, cuyo contenido era básicamente económico, que se presentaban generalmente a la mitad de la vigencia del convenio colectivo y que duraba hasta la finalización del mismo. Los frutos de estos acuerdos son discutibles en cuanto a su naturaleza y a sus efectos.

Es entonces el mismo órgano productor mediante el mismo instrumento el que regula menores beneficios.

Durante este trabajo nosotros nos centramos en esta segunda acepción. Sin embargo, para tener una visión mayor del problema, consignamos los principales supuestos de negociación colectiva *in peius*, desde la óptica de la posición amplia.

a) La ya mencionada sucesión normativa de convenios colectivos del mismo nivel, mediante la cual, el convenio posterior deroga o sustituye al convenio anterior (o las cláusulas de un convenio derogan o sustituyen las cláusulas de un convenio anterior).

b) Un convenio colectivo posterior desmejora un beneficio contenido en una norma heterónoma. En términos generales, no es posible esta situación si se trata de una norma que establece derechos mínimos indisponibles (normas de derecho absoluto o de derecho necesario relativo); discutiéndose su validez si se presentara de manera excepcional y causada. En aquellos casos, el convenio colectivo sería nulo.

Así lo contempla la actual normativa actual en el caso de un laudo arbitral que establezca menores derechos a los contemplados por la Ley en favor de los trabajadores, el cual puede ser impugnado ante el Poder Judicial (artículo 66 de la LRCT). A pesar de la omisión de la actual legislación, consideramos que la solución es la misma para aquel convenio colectivo que establezca derechos menores que los establecidos en una ley, fruto de la sujeción del convenio colectivo a la ley.

Raso lo expresa en los siguientes términos: por lo tanto la renuncia de beneficios legales, aún acordada a través de las garantías de la negociación colectiva, será inválida: el carácter colectivo no altera el hecho que lo acordado viola imperatividad legal⁽⁵⁾.

Esta regla no es de aplicación a la relación entre una norma etática dispositiva y un convenio peyorativo, en tanto la primera permite, por su propia naturaleza, la negociación, desmejorando beneficios. Tampoco se da en el caso que la normativa estatal sea subsidiaria,

como por ejemplo, el artículo 32 de la LRCT referido a la licencia sindical.

c) Un convenio colectivo establece menores beneficios que los señalados en el contrato de trabajo o establecidos unilateralmente por el empleador. La doctrina es casi unánime en que esta es la situación por excelencia de aplicación del principio de condición más beneficiosa, mediante el cual, los trabajadores que gozaban de dicho beneficio, lo mantienen, a pesar que el convenio colectivo posterior lo desmejora.

A decir de Neves, lo que no podría hacer la autonomía colectiva, justamente en virtud de este último principio (el de condición más beneficiosa), es pasar por encima de derechos individuales de trabajadores, pero no nacidos de convenios colectivos, sino de concesiones unilaterales del empleador, acuerdos individuales entre las partes o consolidaciones por el transcurso del tiempo⁽⁶⁾.

El convenio colectivo, con su regulación peyorativa, se aplicaría a los trabajadores que ingresaran a laborar después del inicio de vigencia del convenio colectivo.

Sin embargo, quedaría pendiente la respuesta a la interrogante que plantea aquel convenio colectivo que señalara expresamente la modificación de los beneficios de todos los trabajadores, descartando la posibilidad de aplicar el principio de condición más beneficiosa. Inicialmente, el conflicto sería resuelto a favor del convenio colectivo, en tanto, los principios no operan contra normas jurídicas, de lo contrario, podría cuestionarse la naturaleza como tal del convenio colectivo.

d) Otro supuesto es aquel convenio colectivo que contiene beneficios *in peius* con respecto a beneficios establecidos en un convenio anterior pero de diferente nivel. Las posibilidades son muchas⁽⁷⁾. Basta señalar que puede tratarse de un convenio de ámbito mayor que contiene una regulación peyorativa con respecto al de ámbito menor, o viceversa.

Se trata pues de una concurrencia de convenios colectivos, es decir, la simultaneidad de regulaciones

(5) Aunque en estricto no se trate de una renuncia, sino de la imposibilidad que la norma autónoma vulnere a la norma heterónoma. Sin embargo, aceptamos lo discutible de este tema. RASO DELGUE, Juan. *El principio de la irrenunciabilidad y la negociación colectiva*. En: Varios Autores. *Veintitrés estudios sobre convenios colectivos*. Montevideo: FCU, 1988. p.296.

(6) NEVES MUJICA, Javier. *El principio de irrenunciabilidad de derechos*. En: *Asesoría Laboral*. No.32. Lima: agosto, 1993. p.24.

(7) Algunos ejemplos en PLA RODRÍGUEZ, Américo. *La revisión del convenio para disminuir los beneficios*. En: OJEDA AVILES, Antonio y ERMIDA URIARTE, Oscar (editores). *La negociación colectiva en América Latina*. Madrid: Trotta, 1993. pp.164-165.

autónomas de distinto ámbito de aplicación.

La solución a esta situación la otorga la normativa de cada país, y dependerá de los mecanismos adoptados, ya sea porque existe una articulación previa que ha sido vulnerada, o porque se aplican mecanismos de solución previamente determinados o establecidos posteriormente por el órgano competente.

Ciertamente, cabe la posibilidad que la solución pase por privilegiar a aquel convenio que tiene la regulación peyorativa. Por ejemplo, si el mecanismo de solución es el de jerarquía de ámbito mayor a menor, y el mayor que es posterior tiene una regulación peyorativa, o si la legislación opta por la especialidad, entendida como la mayor cercanía al trabajador, y el convenio de menor ámbito que es posterior es peyorativo. En ambos casos, los convenios más beneficiosos serían desplazados por los menos favorables⁽⁸⁾.

e) Un supuesto discutible es aquel que se da en los sistemas en los que los beneficios concretos de un convenio colectivo se extinguen o pierden su vigencia conjuntamente con el instrumento convenio colectivo (de acuerdo a la diferenciación realiza líneas arriba).

Estamos ante el caso de convenios colectivos sucesivos, correlativos, aunque desde nuestro punto de vista, no se trata de una sucesión normativa *in peius*, que implica una relación de derogación o sustitución del convenio anterior por el posterior.

Por ejemplo, un convenio establece un beneficio que se extingue dentro del plazo establecido de vigencia del convenio colectivo. El siguiente convenio regula ese mismo beneficio de manera peyorativa. En este caso, no nos encontramos ante una negociación colectiva *in peius*, porque no existe estrictamente una sucesión normativa. El primer convenio (la cláusula del primer convenio) feneció, y el punto de partida del segundo convenio no es el convenio anterior. El que sean sucesivos inmediatamente no significa que tengan una relación entre sí.

Este tema recién se plantea de manera general en

el Perú, a raíz de la preferencia de la legislación colectiva del trabajo, por la **caducidad** de las cláusulas del convenio colectivo en la misma oportunidad que **caduca** el instrumento (artículo 43.d). La mal llamada caducidad es en realidad el vencimiento temporal de la cláusula y la extinción de la misma.

De acuerdo a la posición de Neves, la expiración de una cláusula pactada como temporal ya no es un fenómeno que interese al principio de irrenunciabilidad ni al de condición más beneficiosa⁽⁹⁾, por cuanto la cláusula se extinguió.

Sin embargo, existen posiciones que señalan que se mantienen los beneficios establecidos en un convenio colectivo extinguido, aunque no exista convenio colectivo posterior, distinguiendo entre los trabajadores con contrato vigente y los que ingresen posteriormente a la extinción del convenio. Para los primeros no se eliminarían los beneficios por la teoría de la incorporación de los convenios colectivos al contrato de trabajo. Esta teoría proyecta importantes consecuencias en dos hipótesis: en la de **extinción** del convenio colectivo y en la **sustitución** de un convenio colectivo por otro⁽¹⁰⁾, aunque no es importante esta distinción para la aplicación de ese principio, desde su lógica.

A los nuevos también sería de aplicación dicho beneficio en función de la transformación de las disposiciones del convenio en uso profesional generalizado y además por el principio de igualdad, ya que no se podría plantear una relación desigual entre trabajadores antiguos y nuevos.

Al respecto, la aplicabilidad ulterior de las cláusulas normativas aún a las relaciones constituidas con posterioridad a la caducidad o extinción de la convención colectiva, es justificada por las siguientes afirmaciones: las disposiciones más beneficiosas acordadas en la convención colectiva, suelen transformarse en un uso profesional generalizado, en mérito a que el empleador sigue aplicando dichas disposiciones y los trabajadores reconociéndolas o

(8) En otros países que tienen una estructura negociada distinta, en la que se privilegia la negociación colectiva por rama, se ha regulado la posibilidad de que los ámbitos menores de negociación puedan producir una regulación convencional desmejorando la del ámbito mayor, a través de la figura del descuelgue.

(9) NEVES MUJICA, Javier. Op.cit.; p.24.

(10) FERREIRA, Tatiana. *Algunas reflexiones sobre los efectos del convenio colectivo en los contratos individuales*. En: Varios Autores. *Veintitrés estudios ...* Op.cit.; p.199.

exigiéndolas en su caso. Por esa vía, la fuerza de los hechos reiterados produce aquí una práctica que beneficia a todos porque da seguridad jurídica⁽¹¹⁾. Y el efecto ulterior de la convención colectiva que se proyecta a los contratos de trabajo celebrados antes de su extinción y en curso de ejecución, se extendería además a los concluidos posteriormente a su extinción ya que uno de los propósitos fundamentales del convenio colectivo es uniformizar las relaciones de trabajo impidiendo al empleador practicar discriminaciones o someter a condiciones diferentes la prestación laboral de sus trabajadores según la fecha de su contratación por lo cual el elemento normativo separado de la convención colectiva subsiste como, o en tanto que, derecho de una empresa⁽¹²⁾.

Consideramos que ambas justificaciones pecan de excesivas, y que no fundamentan adecuadamente la posibilidad de aplicar las condiciones más beneficiosas a los nuevos trabajadores. Sin ser exhaustivos en el análisis, podemos señalar que se discute la calidad de fuente de derecho de la costumbre (salvo la costumbre denominada llamada por una norma en la que adquiere ese carácter por la norma que la llama⁽¹³⁾) y de los usos profesionales generalizados (término aún más indeterminado), por lo que resulta compleja su aplicación a los nuevos trabajadores. Tampoco consideramos que pueda simplificarse la aplicación del principio de igualdad a la extensión de todos los beneficios adquiridos por los trabajadores antiguos a los que recién se incorporen en la empresa.

3 Validez de la negociación colectiva *in peius*.

La doctrina mayoritaria acepta la posibilidad que un convenio colectivo pueda desmejorar beneficios de un convenio colectivo anterior, por aplicación del principio de modernidad. La discusión se plantea más bien en cuanto al ámbito subjetivo de aplicación del

nuevo convenio (para todos los trabajadores o solamente para los que recién ingresen a laborar), y respecto de los límites de dicha negociación peyorativa.

La tesis de la irregresividad de la normativa laboral, que señala que el derecho laboral, incluidos los convenios colectivos, sólo tienen un carácter progresivo a favor de los trabajadores, no pudiendo establecerse menores beneficios para los trabajadores, es mayoritariamente rechazada.

Sin tomar en cuenta que la realidad de muchos países ha demostrado en los hechos lo contrario a dicha tesis, creemos que en el caso del convenio colectivo, podría ser una limitación excesiva a la propia autonomía colectiva.

Compartimos la opinión que señala que no hay, por otra parte, salvo los límites que constitucionalmente estructuran el Estado social y democrático de Derecho, ningún principio ni constitucional ni legal que mantenga la irregresividad del sistema normativo laboral⁽¹⁴⁾.

Los principales argumentos a favor de la posibilidad de negociar colectivamente *in peius* son los siguientes:

a) Los mismos sindicatos que fueron competentes para concertar un convenio colectivo son competentes para concertar otros convenios colectivos en otros momentos⁽¹⁵⁾. La facultad de negociar y de convenir no se agota en un sólo instrumento. A esto se añade que esta facultad no sólo es para mejorar los beneficios convenidos, sino que dicha facultad se extiende inclusive a reducir o a eliminar los beneficios que ella misma creó. Este argumento podría resumirse en que lo que la autonomía da, la autonomía puede eliminarlo.

Raso lo señala de la siguiente manera: las normas de un convenio colectivo se imponen a las partes no en virtud de la imperatividad u orden público legal, vigente por encima de las partes, sino en virtud de una imperatividad negocial, obligacional, derivada del contrato colectivo mismo. Nada impide por lo tanto

(11) GIUZIO, Graciela. *Ultractividad de los convenios colectivos de trabajo*. En: Varios Autores. *Veintitrés estudios ...* Op.cit.; p.218.

(12) CAGGIANI, Ruben. Citado por GIUZIO, Graciela. Op.cit.; p.218.

(13) Ver: NEVES MUJICA, Javier. *Fuentes y principios laborales en la Constitución*. En: NEVES MUJICA, Javier (director). *Trabajo y Constitución*. Lima: Cultural Cuzco, 1989. p.51.

(14) PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos y ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del trabajo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1999. p.360.

(15) PLA RODRIGUEZ, Américo. Op.cit.; p.165.

que lo que las partes hayan acordado, las mismas partes deshagan⁽¹⁶⁾.

b) La negociación colectiva *in peius* es posible porque las partes que la acuerdan se diferencian de la relación establecida entre un trabajador individual y su empleador. Ésta se caracteriza por una situación de desigualdad real, en cambio, en la relación organización sindical y el empleador (o empleadores) se ha compensado dicha desigualdad, por lo que existe libertad para poder estipular convenios peyorativos.

Desde esta posición, no existe un vicio del consentimiento, presumible en la relación individual trabajador-empleador, por lo que es totalmente posible convenir desmejorando beneficios. Debe señalarse además que en el caso de un sujeto autónomo colectivo desaparece la presunción del vicio del consentimiento, porque se considera (obviamente en un sistema de relaciones laborales en el que actúan sindicatos auténticos) que la voluntad colectiva gremialmente organizada no está condicionada por ese estado de subordinación jurídica que condiciona la voluntad individual⁽¹⁷⁾.

En principio, estamos de acuerdo con esta posición, sin embargo, la propia realidad se encarga de relativizarla. Por un lado, la situación actual de crisis de las organizaciones sindicales (no efectividad de la huelga, crisis de representatividad, etc.), salvo excepciones contadas, pone en duda la presunta igualdad. Por otro lado, la implementación de los propios sistemas de relaciones de trabajo pueden desmentir la afirmación igualitaria.

Por ejemplo, en el caso peruano, muchas de las modificaciones realizadas, y en especial, la obligación legal de revisar integralmente el convenio colectivo histórico y la modificación de la regla general de la vocación de permanencia de las cláusulas de un convenio colectivo por el de la **caducidad** de dichas cláusulas al vencimiento del mismo, establecidos por la LRCT, han otorgado un mayor poder al empleador, que se ha traducido en la desmejora sustancial de los beneficios convencionales.

c) Los dos anteriores argumentos parten desde el punto de vista del órgano productor de la norma, y especialmente de la capacidad del sindicato. Tan importante como esos aspectos es el análisis de la fuente en sentido traslativo.

El convenio colectivo, como fuente de derecho, afecta al contrato de trabajo desde fuera y, por lo tanto, podrá regularlo de diferentes maneras, inclusive de manera peyorativa. Si un convenio colectivo posterior no pudiera modificar uno anterior en cualquier sentido, se cuestionaría la naturaleza de fuente de derecho que le corresponde al convenio.

A este carácter normativo apuntan el inciso 2 del artículo 28 de la Constitución, que señala que la convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado, y el artículo 42 de la LRCT que dispone que la convención colectiva de trabajo tiene fuerza vinculante para las partes que la adoptaron⁽¹⁸⁾.

Entendemos que la fuerza vinculante es la atribución a los convenios colectivos de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo de aquéllos se impone a las relaciones individuales de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación de manera automática, sin precisar el complemento de voluntades individuales⁽¹⁹⁾.

4 Ámbito subjetivo de aplicación del convenio peyorativo.

Para analizar el ámbito subjetivo de aplicación del convenio peyorativo, se debe partir de tres situaciones cuyas consecuencias son diferentes:

a) El convenio colectivo posterior reconoce los derechos adquiridos o consagrados en el convenio que está siendo sustituido o derogado. En virtud de mandato expreso del convenio colectivo, los mayores beneficios seguirán aplicándose a los trabajadores con contrato vigente, y el convenio posterior se impondrá a los nuevos contratos que se generen a partir de la vigencia de la norma.

(16) RASO DELGUE, Juan. Op.cit.; p.296.

(17) Ibid.

(18) Sin embargo, el reglamento del decreto ley (artículo 28) confunde la fuerza vinculante con la eficacia del convenio colectivo.

(19) SALA FRANCO, Tomás. *La negociación colectiva y los convenios colectivos*. Bilbao: Deustuo. p.14.

En este caso no es de aplicación la condición más beneficiosa, sino la aplicación inmediata de la norma posterior, que ordena el mantenimiento de una determinada situación.

b) El convenio colectivo posterior niega los derechos adquiridos, y señala expresamente que los contratos de trabajo vigentes deben regularse por dicha norma.

En este caso, de acogerse la teoría de la incorporación, se plantearía el conflicto entre el principio de condición más beneficiosa y la expresa norma convencional que la prohíbe.

Lo referido, como bien lo señala Pla Rodríguez, nos pone en el dilema de escoger entre un principio no recogido por ninguna norma y una norma que lo niega, situación en la que no cabe sino optar por la segunda⁽²⁰⁾.

Si se optara, más bien, a favor de la condición más beneficiosa, podríamos estar ante una situación en la que se limitaría el carácter normativo del convenio colectivo.

En consecuencia, el convenio colectivo sería de aplicación a todos los trabajadores de la empresa con contrato vigente, y también para los nuevos.

En un caso distinto, si el principio estuviera recogido en una norma, el problema se plantea de manera diferente, en cuanto el conflicto sería entre aquella norma que recoge el principio y la norma convencional que pretende desconocerlo.

c) El tercer caso, que es el más problemático, se presenta ante el silencio del convenio colectivo sobre el tema, es decir, aquel que no señala expresamente si se mantienen los beneficios del anterior convenio colectivo o si se eliminan, adecuándose al nuevo convenio colectivo.

En esta situación se plantea la disyuntiva entre la teoría de los derechos adquiridos y la teoría de la modernidad. Mediante la primera, los trabajadores mantienen la condición más beneficiosa adquirida durante la vigencia de la norma derogada. Mientras que la segunda dispone que la norma es de aplicación inmediata a todas las situaciones que caen dentro de su ámbito de aplicación. Las teorías traen consigo una serie de problemas a discutir.

Neves lo expresa en los siguientes términos: el que un nuevo convenio colectivo elimine los beneficios originados en uno antiguo se vincula con el tema de la derogación y, por tanto, con el de la sucesión normativa. Pensamos que el acto mismo de la derogación es incuestionable, incluso con carácter peyorativo, y que lo discutible es si sus efectos se aplican sólo a los nuevos trabajadores o también a los antiguos, que serían los planteamientos de las teorías de los derechos adquiridos y de la modernidad, respectivamente⁽²¹⁾.

Al respecto existen, algunos temas que deben ser planteados:

i) La doctrina mayoritaria considera que el principio de condición más beneficiosa no se aplica en el caso de sucesión normativa. Sí tiene vigencia cuando el beneficio se origina en el contrato de trabajo o en la decisión unilateral del empleador.

(...) la posibilidad de pactar *in peius* se basa en la autonomía colectiva, en que el pacto no puede afectar derechos mínimos indisponibles y en que los trabajadores tengan la representación de los trabajadores (...)

Desde este punto de vista, para que un beneficio contenido en un convenio colectivo se mantenga inalterable, sólo se podría explicar a través de la teoría de la incorporación de las cláusulas del convenio colectivo al contrato de trabajo.

La teoría de la incorporación señala que cada cláusula normativa de un convenio colectivo se integra al contenido del contrato de trabajo. Como consecuencia de esta situación, en caso de derogación *in peius*, el beneficio se mantendrá en virtud del principio de condición más beneficiosa.

En efecto, las condiciones establecidas en el convenio colectivo caducado se mantienen no porque se produzca una especie de sobrevivencia de sus cláusulas normativas, sino porque los contratos individuales que reproducen dichas cláusulas continúan

(20) NEVES MUJICA, Javier. *Las reglas constitucionales para la aplicación de la normativa laboral*. Lima: Descó. p.18.

(21) NEVES MUJICA, Javier. *El principio de ...* Op.cit.; p.24.

en vigencia. Por tanto, la fuente de validez de las mismas no será el convenio colectivo -que por extinguido no puede tener efectos-, sino el aludido contrato de trabajo que se ha independizado de la convención y por tanto no es afectado por la caducidad de esta última⁽²²⁾.

Con respecto a este tema habría que responder por qué las cláusulas del contrato de trabajo reproducen las cláusulas de los convenios, o lo que es lo mismo, por qué las cláusulas de un convenio colectivo se incorporan al contrato de trabajo. Al respecto, hemos encontrado respuestas históricas, algunas desde concepciones civilistas que no concuerdan con la explicación vigente acerca de la naturaleza jurídica del convenio colectivo.

La incorporación no es necesaria, y consideramos que tampoco se produce. El convenio colectivo, al igual que la norma heterónoma, regula el contrato de trabajo externamente. No es característica de la fuerza normativa del convenio colectivo incorporarse a cada uno de los contratos de trabajo, sino reglamentarlos durante su vigencia.

La norma colectiva, como acto-regla que es, constituye una fuente objetiva de derecho que no puede transformarse en una cláusula contractual subjetiva (contrato individual de trabajo). Ese acto-regla no es una norma contractual individual inserta en el contrato de trabajo, sino que es un acto externo a las voluntades individuales de las partes, creado por una fuente forma de derecho, que se impone a esas voluntades individuales⁽²³⁾.

Adicionalmente, un sector de la doctrina considera que la teoría de la incorporación, por el contrario, atenta contra la autonomía colectiva y explícitamente contra la libertad negocial.

Si confrontamos la doctrina de la incorporación tanto en el plano teórico, como en el de sus proyecciones prácticas- con el principio de autonomía colectiva, concluimos que ambos son incompatibles, debiendo la primera ceder terreno al segundo, en el

estado actual de desarrollo del derecho colectivo, que tiende a la sustitución del garantismo legislativo por el garantismo colectivo o pactado⁽²⁴⁾.

La incorporación de las cláusulas de un convenio colectivo a los contratos de trabajo sólo se dará cuando un texto legal de manera expresa le otorgue tal característica, ya que no es un efecto intrínseco del convenio colectivo como fuente de derecho.

En el Perú, la discusión sobre este tema se planteó debido al artículo 29 del Decreto Supremo No.011-92-TR, Reglamento de la LRCT, el cual señala: en las convenciones colectivas son cláusulas normativas aquellas que se incorporan automáticamente a los contratos individuales de trabajo y los que aseguran o protegen su cumplimiento. Durante la vigencia se interpretan como normas jurídicas.

Boza ha señalado que el Reglamento ha introducido el tema de la incorporación, con lo cual, nuestro ordenamiento parece apostar, en definitiva, por la posición tradicional. Esto es, los beneficios establecidos en las cláusulas normativas se contractualizan pasando a formar parte del patrimonio laboral de cada trabajador (...), teniendo como consecuencia inmediata la teoría de la caducidad de los convenios colectivos, ya que sólo afectaría a las cláusulas obligacionales y delimitadoras de los mismos⁽²⁵⁾.

Queda claro que existe una incompatibilidad con la lógica del Decreto Ley, que apuesta por la caducidad de todos los efectos del convenio, y por la posibilidad de negociar *in peius*, lo que ha motivado que sea calificada la disposición del reglamento como error, porque contempla la teoría que constituye el sustento de los derechos adquiridos para un sector de la doctrina contraria al que justamente inspira la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo⁽²⁶⁾.

Una posición ha pretendido darle una interpretación diferente para salvar la aparente contradicción mencionando que el artículo del reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo no se refiere a la

(22) GIUZIO, Graciela. Op.cit.; p.217.

(23) RASO DELGUE, Juan. Op.cit.; p.297.

(24) FERREIRA, Tatiana. Op.cit.; pp.201-202.

(25) BOZA PRO, Guillermo. *Contenido negocial, titularidad del derecho de huelga y deber de paz en el ordenamiento laboral peruano*. Parte I. En: *Asesoría Laboral*. No.19. Lima: mayo, 1993. p.20.

(26) NEVES MUJICA, Javier. *Vigencia de las normas ...* Op.cit.; p.17.

incorporación al nexo contractual sino al principio de **automaticidad** que rige la aplicación de los convenios colectivos. (...) El reglamento, si quería adscribirse a la teoría de los derechos adquiridos, debió referirse a la **conservación de los derechos adquiridos** bajo un nuevo convenio colectivo. No lo hizo. No lo reguló de esta manera porque el reglamento aspiró a incorporar los efectos de convenio colectivo inmediatamente a los contratos individuales de trabajo, como concreción de lo establecido en el inciso a) del artículo 43 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo que habla de **adaptación automática** de los contratos individuales al convenio colectivo⁽²⁷⁾.

Consideramos que este esfuerzo de interpretación es discutible, en cuanto puede distinguirse claramente el efecto automático del convenio colectivo de la incorporación automática de sus cláusulas al convenio colectivo⁽²⁸⁾.

El reglamento cuestiona, pues, la caducidad de los convenios colectivos y el propio sistema contemplado en la ley.

Si bien es clara la incompatibilidad entre el reglamento y la ley, aquél sigue vigente mientras no sea eliminado del ordenamiento jurídico, pudiendo inaplicarse en el caso concreto por mandato judicial. Aunque en la práctica el artículo mencionado no es aplicado normalmente.

ii) Un segundo aspecto, relacionado con el anterior, está referido a la teoría que acoge la normativa laboral peruana.

El artículo III del Título Preliminar del Código Civil señala que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, acogiendo la aplicación inmediata de la norma, es decir, la teoría de la modernidad.

De ahí podría desprenderse la no aplicación del principio de condición más beneficiosa. Sin embargo, Neves, partiendo de que la normativa civil es supletoria

a todo el ordenamiento, salvo que no sea incompatible con su naturaleza, considera que precisamente este principio responde a una especialidad dentro del derecho laboral, por lo que sería de aplicación a las relaciones de trabajo. Por consiguiente, si la condición más beneficiosa sigue siendo un principio inferible de nuestro ordenamiento, cabría utilizarla para atemperar el rigor de la aplicación inmediata y sujetarla al mejoramiento o conservación de las ventajas⁽²⁹⁾, de tal manera que la aplicación inmediata sólo opera en caso de benignidad.

La nueva norma tendrá aplicación inmediata siempre que mantenga o mejore los derechos de los trabajadores; en caso contrario, cada uno de éstos le podría oponer el principio de condición más beneficiosa para conservar su ventaja⁽³⁰⁾.

El mismo Neves complementa su posición señalando que la verdad es que hasta antes de la reforma liberal ejecutada en estos últimos años, no podía negarse la existencia de este principio en nuestro medio, tanto en el caso de la sucesión de leyes como en el de la de convenios colectivos. Pero con la introducción de la nueva normativa las bases de apoyo del principio se resquebrajan seriamente (...) ⁽³¹⁾.

iii) Un tercer aspecto está referido al artículo 62 de la Constitución peruana que señala: la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Sobre la base de este artículo, la Constitución habría optado por la teoría de los derechos adquiridos, imposibilitando la modificación, mejorando o empeorando dicho derecho. El artículo ha sido cuestionado y se ha planteado que no se aplica a la Convención Colectiva porque este derecho se encuentra en un capítulo distinto y porque la norma se dirige, esencialmente, a los contratos financieros y de inversión extranjera⁽³²⁾.

(27) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge Luis. *Principio de condición más beneficiosa. Manifestaciones y límites en el ordenamiento peruano*. En: *Derecho y Sociedad*. No.7. Lima, 1993. pp.46-47.

(28) Contrariamente a lo expuesto, sectores que propugnan la teoría de la incorporación han señalado que ésta se deriva del carácter automático del convenio, lo cual nos parece erróneo.

(29) NEVES MUJICA, Javier. *Vigencia de las normas ...* Op.cit.; p.17.

(30) NEVES MUJICA, Javier. *Las reglas constitucionales ...* Op.cit.; p.20.

(31) NEVES MUJICA, Javier. *Vigencia de las normas ...* Op.cit.; p.17.

(32) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge Luis. *Facultades del empleador y convención colectiva. A propósito de la Directiva Nacional 001-93-DNRT*. En: *El Peruano*. Lima, martes 1 de febrero de 1994. p.B-11.

Si bien esa solución se puede imponer en la práctica, concordamos con Neves que jurídicamente los contratos de trabajo se encuentran afectos a esta disposición, pero esta regla no podría ser aplicable a los convenios colectivos, porque vaciaría de contenido el derecho a la negociación colectiva reconocido por la propia Constitución al constreñir los alcances de los convenios colectivos a los trabajadores que ingresen durante su vigencia. El artículo 62, sin embargo, alude a la modificación de leyes u otras disposiciones de cualquier clase, fórmula lo bastante amplia como para cobijar también a los convenios colectivos. En esta hipótesis, la colisión entre el artículo 28.2 y el artículo 62 sería manifiesta⁽³³⁾, debiendo resolverse dicha colisión, a nuestro entender, a favor del artículo que reconoce el derecho a la negociación colectiva, en tanto se trata de un derecho fundamental y porque la otra opción, como se ha mencionado, significaría la ineficacia casi total de dicho derecho, lo cual, por coherencia constitucional, resulta inaceptable.

5 El principio de irrenunciabilidad y la negociación colectiva *in peius*.

Líneas arriba se han realizado algunos comentarios con respecto a este tema, vinculados a la capacidad de los sujetos a negociar colectivamente desmejorando beneficios.

Consideramos que no se puede relacionar la negociación colectiva *in peius* con la renuncia, en tanto el sujeto colectivo no dispone de su patrimonio, sino que regula las relaciones colectivas de trabajo. La creación de una norma jurídica no es para el productor de la misma una renuncia, sino una nueva regulación. Por lo que no podríamos señalar que se produce una renuncia por la autonomía colectiva en sentido estricto, por lo menos, en lo que se refiere a las cláusulas normativas.

De la Villa sostiene que todos los supuestos de disposición de derechos a través de convenios

colectivos no son, en sentido jurídico, supuestos de renuncia de derechos. En un plano colectivo, por tanto, el problema que debe importar es el de la renuncia de derechos (individuales o colectivos) por acto colectivo unilateral de la categoría profesional⁽³⁴⁾.

Situación distinta se puede plantear con respecto a las cláusulas obligacionales. En tanto son compromisos y obligaciones de las partes negociadoras, éstas podrían disponer o renunciar a determinados derechos nacidos del convenio colectivo. Así, por ejemplo, una asignación por local sindical o las propias licencias sindicales podrían ser materia de dicha disposición.

Dicha renuncia tiene límites, básicamente determinados por la legislación ética. Una renuncia de los derechos básicos de la categoría profesional - por ejemplo, abandono del derecho de autonormarse (...) por tratarse de un derecho de función, resultaría atentatorio contra el orden público. Es pensable, no obstante, la validez de renunciaciones que no supongan lesión del orden público ni perjuicio de tercero y que afecten en tal sentido a derechos no básicos o primarios de la categoría⁽³⁵⁾.

Neves, para estos efectos, distingue entre derechos centrales y derechos periféricos, los primeros no pueden ser objeto de renuncia, y los segundos, sí. En nuestro concepto, los derechos reconocidos a las organizaciones sindicales por el ordenamiento, tales como los contenidos en la llamada libertad sindical colectiva (la libertad de reglamentación, representación, gestión, federación y disolución) y la negociación colectiva, consagrados todos ellos por la Constitución y la LRCT, son irrenunciables. Por el contrario, otros derechos nacidos de normas estatales, como los de integrar ciertos órganos o comisiones, y **sobre todo los originados en las cláusulas obligacionales de los convenios colectivos, sí serían renunciables**⁽³⁶⁾.

Se podría renunciar en tanto no se afectaría los dos fundamentos sobre los que se basa el principio de irrenunciabilidad⁽³⁷⁾: la imperatividad de la ley laboral

(33) NEVES MUJICA, Javier. *La negociación y el convenio colectivo en las Constituciones de 1979 y 1993*. En: *Asesoría Laboral*. No.37. Lima: enero, 1994. p.29.

(34) DE LA VILLA, Luis Enrique. *El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales*. En: *Revista de política social*. 1970. p.49.

(35) *Ibid.*; pp.49-50.

(36) NEVES MUJICA, Javier. *El principio de ...* Op.cit.; p.23.

(37) RASO DELGUE, Juan. Op.cit.; p.290.

(respeto de las normas mínimas: de derecho absoluto y de derecho necesario relativo) y la presunción del consentimiento viciado, en tanto están en igualdad de condiciones, no así la relación individual trabajador-empleador.

Sin embargo, tal como lo hiciéramos en su oportunidad, puede relativizarse la presunción de igualdad de condiciones, debido a factores externos e internos a las organizaciones sindicales. Así, Grzetich afirma lo siguiente con respecto a la realidad uruguaya, pero que es de aplicación a la peruana: el argumento de la existencia de un consentimiento totalmente libre, sólo sería admisible en una hipótesis de libertad sindical perfecta (que incluyera un amplio derecho de información, fuero sindical, etc.) que está muy lejos de existir en la realidad uruguaya. Otra cosa sería sostener que el sindicato puede reducir determinados beneficios del grupo profesional en función de datos de la realidad que lo hagan inevitable, pero dentro de un contexto global que compense las rebajas aceptadas, lo que, en definitiva supondría un mantenimiento o superación por vías diferentes, del nivel de beneficios alcanzados anteriormente⁽³⁸⁾.

Como ejemplo de esta situación, se podría analizar las cláusulas sobre licencias y permisos sindicales, luego del proceso de revisión integral de los convenios colectivos vigentes, ordenado por la LRCT. En términos generales, se visualiza que, en un número significativo de convenios colectivos, las horas o días por licencia sindical se han reducido al mínimo legal (artículo 32 de la LRCT), ya sea porque expresamente así lo señalan o porque dicho artículo opera ante el silencio del convenio colectivo.

De acuerdo a los criterios señalados, estas renunciaciones o disposiciones son válidas jurídicamente. Sin embargo, nos queda la duda sobre la validez de las presunciones sobre las que se basa esa posible renuncia, en tanto el poder negociador del empleador ha sido, en estos procesos, mayor que el de su contraparte, estableciéndose una relación real de desigualdad.

6 La negociación colectiva *in peius* en la normativa.

Presentamos a continuación las principales normas peruanas que han sido emitidas en los últimos años, que posibilitan ya sea expresa o tácitamente la revisión de los convenios colectivos y su posible regulación autónoma *in peius*, para luego reflexionar brevemente sobre ellas. En ellas estamos considerando normas actualmente vigentes como normas que han sido derogadas, precisión que realizamos en cada oportunidad.

a) El segundo párrafo del artículo 57 de la LRCT, faculta al empleador o empleadores a proponer cláusulas nuevas o **sustitutorias** de las establecidas en las convenciones anteriores (el resaltado es nuestro). Esta facultad la tiene el empleador dentro del procedimiento regulado de negociación colectiva, ya iniciado éste mediante el pliego de reclamos o proyecto de convención colectiva presentado por la o las organizaciones sindicales.

El artículo 43 del Decreto Supremo No.011-92-TR dispone que las cláusulas nuevas o sustitutorias que plantee el empleador o empleadores conforme al segundo párrafo del artículo 57 de la Ley deberán integrarse armónicamente dentro de un solo proyecto de convención colectiva, situación que en la realidad no se ha plasmado generalmente, presentándose más bien el llamado contrapliego empresarial de manera informal.

b) La cuarta disposición transitoria de la LRCT establece que en la negociación colectiva en trámite, al momento de la dación de la norma (julio de 1992) o la primera negociación que se entablará después de iniciada la vigencia de la norma, se deberá incluir la revisión integral de todos los pactos y convenios colectivos vigentes sobre condiciones de trabajo y remuneraciones. A falta de acuerdo se procederá conforme a las normas establecidas en el presente Decreto Ley.

El artículo 30 del Decreto Supremo No.011-92-TR precisó que la caducidad a que se refiere el inciso d)

(38) GRZETICH, Antonio. *Cláusulas normativas y obligacionales*. En: Varios Autores. *Veintitrés estudios ...* Op.cit.; p.110. Sobre este punto se debe precisar que Raso habla de sindicatos auténticos en RASO DELGUE, Juan. Op.cit.; p.296.

del artículo 43 de la Ley se aplica a las convenciones colectivas celebradas antes de la entrada en vigencia de la Ley si como resultado de la revisión que se efectúe en virtud de la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Ley, tal caducidad es acordada por las partes o establecida en el laudo arbitral, sin perjuicio de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 57 de la misma.

c) El artículo 48 del Decreto Supremo No.003-97-TR, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, regula las causas objetivas para la terminación del contrato (despidos colectivos⁽³⁹⁾). Estos casos son el caso fortuito y la fuerza mayor; los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos; la disolución y liquidación de la empresa; la quiebra y la reestructuración patrimonial sujeta al Decreto Legislativo No.845.

La norma establece un procedimiento especial en el cual la empresa con el sindicato o con los representantes de los trabajadores a falta de éste, entablarán negociaciones para acordar las condiciones del cese colectivo o medidas que puedan adoptarse para evitar o limitar el cese del personal. Entre tales medidas pueden estar la suspensión temporal de las labores en forma total o parcial; disminución de turnos, días u horas de trabajo; **la modificación de las condiciones de trabajo; la revisión de las convenciones colectivas vigentes;** y cualesquiera otras que puedan coadyuvar a la continuidad de las actividades del centro laboral. El acuerdo que adopten obliga a las partes involucradas.

d) El Decreto Ley No.25921 (diciembre de 1992), denominado (en forma inadecuada) Ley de Facultades del Empleador -norma ya derogada-, estableció el procedimiento al que se debía someter la iniciativa del empleador para, entre otros, modificar turnos, días u horas de trabajo y **modificar, suspender, sustituir prestaciones de orden económico y condiciones de trabajo.**

El procedimiento establecía que la empresa citaba a los trabajadores a trato directo a través del sindicato, o directamente a todos los trabajadores afectados, en caso de no existir organización sindical que los represente, indicando en el mismo documento las modificaciones propuestas y las causas justificativas de la misma, así como las medidas alternativas, si fuera el caso, que coadyuven a enervar las causas que motiven la modificación. Si los trabajadores o la organización no se presentaban o no llegaban a un acuerdo, el empleador podía presentar su solicitud ante la autoridad administrativa de trabajo, a la cual se le daba un plazo para pronunciarse favorable o desfavorablemente. Si la autoridad no se pronunciaba en el plazo establecido, la solicitud del empleador se daba por aprobada. Con respecto a esta norma, se discutió arduamente si era posible modificar convenios colectivos o no, estando la opinión dividida.

Por un lado, hay quienes sostuvieron que sí era posible modificar convenios colectivos. Así, Herrera señalaba: pero, en virtud a la facultad antes mencionada, el empleador podrá dejar sin efecto una prestación de orden económico pactada convencionalmente, inclusive durante la vigencia del convenio colectivo y así hubiera sido acordada con carácter permanente⁽⁴⁰⁾.

Posteriormente, el autor citado complementó dicha afirmación señalando consideramos factible afectar derechos convencionales, pero sólo en circunstancias absolutamente extraordinarias e imprevisibles, que cuestionen seriamente la continuidad de las actividades de la empresa, por lo que deben ser atendidas urgentemente⁽⁴¹⁾. En este último sentido ha opinado Toyama, pero sólo mencionando el caso de suspensión, más no el de modificación o sustitución⁽⁴²⁾.

Apuntalaba esta posición la Directiva Nacional No.001-94-DNRT (Directiva del Ministerio de Trabajo) y el Texto Único de Procedimientos Administrativos del Ministerio de Trabajo y Promoción

(39) La legislación y parte de los autores peruanos tratan de no denominar a esta extinción del contrato de trabajo como despidos, desde nuestro punto de vista erróneamente, en tanto no distinguen la causa que habilita la extinción, de la voluntad que efectiviza la misma, en estos casos, la voluntad unilateral del empleador.

(40) HERRERA VASQUEZ, Ricardo. *Ley de facultades del empleador y respecto a los derechos adquiridos*. En: *Gestión*. Lima, viernes 18 de diciembre de 1992. p.13.

(41) HERRERA VASQUEZ, Ricardo. *Norman facultades del empleador*. En: *Gestión*. Lima, viernes 17 de diciembre de 1994. p.22.

(42) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Facultades del empleador ...* Op.cit.; p.B-11.

Social vigente en esa época, ya que ambos señalaban que era requisito para la presentación de la solicitud (si fuera el caso), los convenios colectivos que se pretendían modificar.

La otra posición la sostuvo Blancas, quien señaló que no cabe, por tanto, -ni puede entenderse que tal sea el sentido del Decreto Ley No.25921- la derogación o modificación ni tampoco la suspensión, por acto unilateral de una de las partes -en este caso, el empleador- de las prestaciones económicas y condiciones de trabajo estipuladas en la convención colectiva. Esta sólo puede ser modificada o alterada por las partes que la celebraron o, si fuere el caso, por la autoridad arbitral a que éstas sometan su diferendo. Es obvio que el Decreto Ley No.25921 no puede concederle al empleador una facultad que deviene incompatible con normas internacionales obligatorias en el país, que tienen rango constitucional, así como normas constitucionales expresas y con la propia legislación laboral sobre la materia⁽⁴³⁾.

Del mismo modo opinó Pasco: yo considero que esta facultad excepcional de cambio de condiciones de trabajo sólo podría referirse a aquéllas establecidas unilateralmente por el empleador para que él mismo las revoque o aquéllas establecidas simplemente por la costumbre, pero que en ningún caso podría permitirle al empleador, por su sola decisión, modificar convenios⁽⁴⁴⁾. Herrera Gonzales-Pratto se pronunció en igual sentido⁽⁴⁵⁾.

Nosotros nos adscribimos a esta posición. Sin embargo, de lo señalado consideramos que era posible teóricamente que las partes, dentro del procedimiento especial, establezcan un acuerdo mediante el cual modifiquen o sustituyan un convenio colectivo vigente. Si bien esto es discutible, el acuerdo podría suceder dentro o fuera de este procedimiento, y con mayor validez si se trata de solucionar una circunstancia extraordinaria.

e) El Decreto Legislativo No.757 (diciembre 1991),

denominado Ley Marco de la Inversión Privada, en su segunda disposición complementaria señaló que los pactos o convenios colectivos de trabajo no podrán contener sistemas de reajuste automático de remuneraciones fijados en función a índices de variación de precios, o ser pactados o referidos a moneda extranjera. Conforme al artículo 1355 del Código Civil, las empresas y los trabajadores del régimen de la actividad privada que se rijan total o parcialmente por normas, pactos o cláusulas de dicha índole, **lo sustituirán** por sistemas de fijación de remuneraciones que atiendan al incremento de la producción y la productividad de cada empresa (el resaltado es nuestro).

Esta norma fue reglamentada por el Decreto Supremo No.040-92-TR (abril 1992), en el cual se establecía que los empleadores y trabajadores que a la fecha de vigencia del Decreto Legislativo No.757 tenían pactados sistemas automáticos de reajuste de remuneraciones, deberán acordar dentro de los seis meses siguientes a la vigencia del Decreto Legislativo No.757, la sustitución del anterior sistema por otros que atiendan al incremento de la productividad y producción de cada centro de trabajo.

Esta norma dejaba la iniciativa para solicitar la sustitución a cualquiera de las partes, aplicándose por analogía (desde un concepto errado de la institución) el procedimiento de negociación colectiva vigente en la época. Si las partes no llegaban a un acuerdo, la autoridad de trabajo lo resolvía, lo cual era lo común en dicho procedimiento de negociación colectiva.

Este Decreto fue dos meses después derogado por el Decreto Ley No.25541 (junio 1992) y su aplicación no sólo fue escasa, sino nula.

f) El Decreto Supremo No.028-92-TR (febrero 1992) declaró en estado de emergencia la actividad minera, prorrogó las convenciones colectivas y le dio un plazo mínimo mayor a las que se negociarían después de la entrada en vigencia de la norma.

(43) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *La facultad del empleador para modificar y suspender el contrato de trabajo (D.L. 25921)*. En: *Asesoría Laboral*. No.25. Lima: enero, 1993. p.11.

(44) PASCO COSMOPOLIS, Mario. *Diálogo entre laboristas. La reforma laboral en debate (Entrevista)*. En: *Cuadernos Laborales*. No.100. Lima: mayo, 1994. p.52.

(45) HERRERA GONZALES-PRATTO, Isabel. *Comentarios a la denominada Ley de procedimiento de facultades del empleador, Decreto Ley N° 25921*. En: *Asesoría Laboral*. No.25. Lima: enero, 1993. p.13. Los argumentos de esta posición se señalan en los artículos mencionados de Blancas y de Gonzales-Pratto. Ver además, CORTES CARCELEN, Juan Carlos. *El D.L. 25921 y los convenios colectivos*. En: *Coyuntura Laboral*. No.80. Lima: junio, 1993. pp.19-20.

El artículo 7 señalaba que durante el período de emergencia, las empresas mineras convocarán al sindicato o a los representantes de los trabajadores, a falta de éste, para proponer y acordar con ellos las medidas que permitan superar dicho estado, **entre las cuales pueden estar la modificación de las condiciones de trabajo y/o la revisión de las cláusulas de los convenios colectivos vigentes**, de forma tal que coadyuven a la continuidad de las actividades del centro laboral mientras se supera dicho estado.

De la legislación peruana reseñada podemos sacar algunas conclusiones aplicables a la regulación que en esta materia se ha efectuado durante la última década:

- La legislación cubre casi totalmente todos los espacios mediante los cuales se podría plantear una negociación *in peius*, por lo que las situaciones en las que se proponga, al margen de la ley, son muy escasas. Esto refleja, quizás como la conclusión más importante, el grado de intervencionismo estatal, lo que tiene como resultado preguntarse si es que en el régimen peruano puede hablarse de una amplia autonomía en la negociación *in peius*.

- Se puede distinguir entre aquellas normas heterónomas que obligan a una revisión de los convenios colectivos (la cuarta disposición transitoria de la LRCT y el Decreto Legislativo No.757) de las que facultan a las partes a realizarla y, por ende, a negociar *in peius*.

- La revisión que se estableció normativamente no tiene como consecuencia necesaria la negociación o el acuerdo peyorativo, ya que podría simplemente revisarse sin modificar, e inclusive podría tener como resultado un acuerdo mejorativo. Sin embargo, en todos los casos, la lógica de la revisión trae consigo la búsqueda de un resultado peyorativo de beneficios.

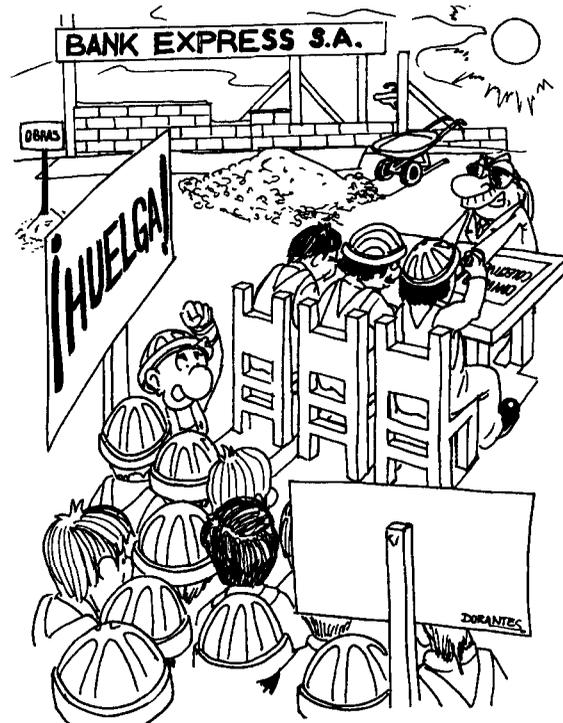
- Es posible distinguir entre aquellas normas que abarcan una revisión general de los convenios colectivos, de aquellas que pretenden la sustitución o modificación de una materia concreta (por ejemplo, el Decreto Legislativo No.757).

- Algunas de las normas están referidas de manera amplia a cualquier sector laboral, y a cualquier nivel de la negociación, mientras otras normas abarcan

algunos sectores productivos, o algún nivel específico de negociación.

- También es posible distinguir entre aquellas normas con carácter transitorio, de aquellas normas que tienen una vocación de permanencia.

- En lo que se refiere a la iniciativa negocial, la mayoría le otorga esta facultad al empleador. No es impensable que puedan plantearla los trabajadores, sobre todo en situaciones extremas, sacrificando un bien para proteger uno mayor o que se justifique en el juego de las concesiones. Sin embargo, la lógica de las normas es otorgarle dicha facultad al empleador.



Este es un cambio importante en la normativa peruana, en cuanto, hasta la reforma laboral realizada en los últimos años, salvo casos excepcionales vinculados a procedimientos de despido colectivo, la iniciativa negocial, considerada como la posibilidad de empezar un procedimiento de negociación colectiva, estaba reservada a los trabajadores. Igualmente, la iniciativa en el contenido negocial también correspondía en exclusividad a los mismos.

Actualmente, de manera general, en la LRCT, los trabajadores mantienen la iniciativa en comenzar la negociación colectiva, pero comparten con el empleador la iniciativa en el contenido de la

negociación, pudiendo ser ésta para desmejorar convenios colectivos.

En las otras situaciones, la iniciativa para empezar la negociación la tiene el empleador y también es, en buena cuenta, el que determina el contenido de la misma, aunque no necesariamente de manera excluyente.

Al respecto Boza, comentando el Decreto Supremo No.040-92-TR, señalaba que en teoría, dentro de un sistema de autonomía colectiva real, en el que los sujetos laborales tengan plenamente garantizados sus derechos de orden colectivo de autoorganización, autorregulación y auto-tutela, nada impediría que cualquiera de las partes pueda invitar a la otra a negociar colectivamente. Sin embargo, nuestro sistema de relaciones de trabajo, flexible y permisivo en lo individual y restrictivo en lo colectivo, se encuentra lejos de cumplir con este requisito mínimo⁽⁴⁶⁾.

- De manera general no se exige una causalidad. De manera específica sí se la exige, distinguiéndose entre aquellas en las que se trata de salvar algunas situaciones excepcionales (emergencia minera, despido colectivo), de aquellas que puede usarse cualquier justificación.

- Hay una distinción en cuanto al procedimiento establecido. En algunos casos, se recurre a un procedimiento especial, que algunos llegan a cuestionar que se trate efectivamente de una negociación colectiva y que el resultado del mismo sea un convenio colectivo, debido a que la eficacia del acuerdo puede resultar diferente, posición que no compartimos, por lo menos en lo que se trata de un convenio colectivo. Dicho procedimiento especial no cuenta generalmente con suficientes garantías que promuevan la negociación en sí, salvo la mención a la entrega de la información, señalada en términos muy generales.

En otros casos, se utiliza el procedimiento habitual de la negociación colectiva, o se plantean en el mismo procedimiento.

- Las consecuencias del desacuerdo de las partes son diferentes en los procedimientos. En un caso no se plantea ningún procedimiento y, por lo tanto, ninguna solución frente al desacuerdo. Si se planteara

el desacuerdo en el procedimiento habitual (LRCT), aquel conlleva escoger alternativamente entre la huelga y el arbitraje, y, en casos excepcionales, a que el conflicto quede abierto.

En algunos procedimientos especiales, el desacuerdo conlleva pasar a una etapa en la que la autoridad de trabajo, de manera expresa o ficta, lo resuelva. Este último caso tiene especial relevancia porque no se configura una verdadera libertad negocial, dado que se sabe de antemano que la búsqueda del consenso mediante la negociación no pasa de ser una formalidad no importante para el empleador, en cuanto presume una solución más favorable si el proceso pasa a ser resuelto por la autoridad administrativa. Se podría concluir que hay grandes posibilidades que los procedimientos se configuren como una presión abusiva sobre los trabajadores.

- En la práctica se ha constatado que, en algunos casos, el procedimiento de cese colectivo se ha utilizado para lograr la reducción o modificación de beneficios convencionales.

7 Las resoluciones judiciales y la posición de los magistrados judiciales.

En términos generales, se reconoce la facultad de las partes de negociar colectivamente *in peius*, sin embargo, en algunos aspectos no hay una única posición.

En las aulas universitarias se discutió mucho alrededor de varias sentencias de la Corte Superior de Lima que expidieron resoluciones judiciales en los procesos iniciados por varios trabajadores contra una empresa en la que se había pactado un convenio colectivo *in peius*. Dichas resoluciones señalaban que si era posible negociar *in peius* por respeto a la autonomía colectiva y por no afectar el principio de irrenunciabilidad.

Posteriormente, el Pleno Jurisdiccional Laboral de 1997, evento que agrupa a magistrados de las diferentes Cortes Superiores del país que resuelven en materia laboral, llegó a un acuerdo vinculado a esta materia.

El acuerdo por unanimidad establece: en la

aplicación de un convenio colectivo de trabajo en el que se haya pactado un beneficio menor al vigente establecido por convenio colectivo anterior, el Juez podrá observar que no se vulnere los mínimos indisponibles por la normativa estatal, y que en tal acuerdo los trabajadores hayan sido representados de conformidad con el artículo 49 del Decreto Ley No.25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, o su normativa sustitutoria.

Este acuerdo señala, en primer lugar, la posibilidad de pactar *in peius*, basado en la autonomía colectiva, en segundo lugar, que el pacto no puede afectar derechos mínimos indisponibles establecidos en la legislación estatal, y en tercer lugar, que los trabajadores tengan la representación de los trabajadores de acuerdo al artículo 49 de la LRCT⁽⁴⁷⁾.

Este punto resulta muy importante ya que se discute quién tendría la legitimidad para negociar colectivamente *in peius*: la comisión negociadora, la Junta Directiva del sindicato, o si se requiere que los trabajadores le otorguen una especial facultad de representación a los trabajadores que negocien.

La posición que asume el Pleno Jurisdiccional es esta última. Compartimos esta posición porque, de un lado, la legitimidad de la comisión negociadora culmina con el término de la negociación colectiva cualquiera fuera la vía (suscripción del convenio colectivo de manera directa o asistida por un conciliador o mediador, por la emisión de un laudo arbitral) necesitando nuevamente que se le otorgue las facultades suficientes para modificar dicho convenio, y de otro lado, si bien en principio la Junta Directiva de una organización sindical no necesitaría que se le otorgue facultades, la opción legislativa ha sido la contraria, es decir, la necesidad del expreso otorgamiento de facultades. Además, que si para la negociación colectiva formal establecida en la ley se requiere dicho otorgamiento, con más razón se necesita si se pretende modificar justamente el convenio

colectivo o laudo arbitral que resulta de una negociación formal.

Recientemente se han publicado en el diario oficial resoluciones judiciales de la Corte Suprema de Justicia, específicamente la Sala Constitucional y Social, en materia de casación, que establecen la posibilidad de las partes de modificar un laudo arbitral desmejorándolo⁽⁴⁸⁾.

Sobre estas sentencias nos importa relevar dos aspectos. El primero es que la Sala Constitucional y Social señala que es posible la negociación colectiva *in peius* si media la voluntad plena de las partes ante la existencia de una causa de fuerza mayor o caso fortuito.

Al respecto, debemos manifestar, en primer lugar, que nos parece un límite demasiado restrictivo, ya que podrían darse otras causas, como la económica o la financiera, que justifiquen una negociación colectiva *in peius*, como la propia legislación reconoce en el proceso de cese colectivo por causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas (inciso b. del artículo 48 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral). En segundo lugar, en el caso concreto en el que se pronuncian, existe un error conceptual en las sentencias, ya que la fuerza mayor o el caso fortuito se presentan cuando el hecho invocado tiene carácter inevitable, imprevisible e irresistible (artículo 21 del Decreto Supremo No.001-96-TR, Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo), lo que al parecer no se cumplió en este caso, ya que se trataba más bien de una causa económica de la empresa y no de un caso fortuito o fuerza mayor. De lo anterior, no queda claro si la posición de la Corte Suprema a futuro será la de permitir también la negociación colectiva *in peius* en el supuesto de crisis económica de la empresa.

Cabe señalar que la posición de la Corte Suprema es distinta que la de los vocales de las Cortes Superiores, en donde la negociación colectiva *in peius*

(47) Artículo 49.- La designación de los representantes de los trabajadores constará en el pliego que presenten conforme al artículo 51, la de los empleadores, en cualquiera de las formas permitidas para el otorgamiento de poderes.

En ambos casos, deberá estipularse expresamente las facultades de participar en la negociación y conciliación, practicar todos los actos procesales propios de éstas, suscribir cualquier acuerdo y, llegado el caso, la convención colectiva de trabajo. No es admisible la impugnación de un acuerdo por exceso en el uso de las atribuciones otorgadas, salvo que se demuestre la mala fe.

Todos los miembros de la comisión gozan del amparo reconocido por las disposiciones legales vigentes a los dirigentes sindicales, desde el inicio de la negociación y hasta tres meses (03) de concluida ésta.

(48) Casos de la Empresa Siderúrgica del Perú.

no necesita una justificación para que proceda.

En segundo lugar, la Corte Suprema, de manera implícita, estaría reconociendo la posibilidad de negociar colectivamente durante la vigencia de un convenio y sustituirlo a pesar de haberse extinguido, respetando de esa manera, desde nuestro punto de vista, la autonomía de las partes.

8 Otros aspectos importantes referidos a la negociación colectiva *in peius*.

En este punto planteamos algunas aspectos importantes conexos a la materia tratada. Los puntos son los siguientes:

a) En primer lugar, se reitera que los procesos de revisión, sobre todo los no causados, otorgan un mayor poder a los empleadores en la negociación, siendo en algunas casos totalmente injustificables. Por ejemplo, la cuarta disposición transitoria de la LRCT resulta totalmente innecesaria si el empleador podría hacer uso de la facultad otorgada por el artículo 57, segundo párrafo, y pretender sustituir convenios colectivos vigentes.

b) Se discute si la negociación colectiva *in peius* puede plantearse sobre todos los temas o si existen algunos que están excluidos. Por ejemplo, si la negociación colectiva puede afectar la remuneración básica del trabajador hasta el mínimo legal o no puede afectarla por su carácter alimentario.

Si este fuera el límite, sería inmodificable *in peius* en cualquier caso, o podría reducirse en caso de situaciones excepcionales en las que se pretenda salvar bienes jurídicos considerados como relevantes.

Refiriéndose a un tema conexo, pero aplicable a esta situación, Neves señala que la caducidad no podrá comprender las cláusulas relativas a remuneraciones, que tendrán que permanecer en tanto no sean mejoradas por el siguiente convenio colectivo, ya que se trata de un elemento esencial del contrato de trabajo, sino sólo las referentes a condiciones de trabajo⁽⁴⁹⁾.

Podrá crearse cierto consenso sobre la

indisponibilidad de los beneficios económicos, principalmente aquellos que cubren lo básico indispensable, sin embargo, sobre dicho nivel, aun en lo que se refiere a lo remunerativo, podría estar sujeto a negociación colectiva *in peius*.

El límite principal se encontrará en la legislación heterónoma imperativa, estando prohibido a la autonomía colectiva vulnerar dicho límite.

c) Un aspecto interesante a preguntarse es cuándo se inicia la aplicación de un convenio colectivo peyorativo. Partiendo del hecho que los convenios colectivos se acuerdan generalmente después de la entrada en vigencia de los mismos, el convenio peyorativo es retroactivo a la fecha de inicio de vigencia del convenio colectivo o se aplica a partir de la suscripción.

Un laudo arbitral abordó este tema señalando que no estableciendo la ley de relaciones colectivas de trabajo en su cuarta disposición transitoria y final la caducidad automática o inmediata de los pactos y convenios colectivos celebradas antes de su entrada en vigencia, sino la revisión de éstas en el marco de la siguiente negociación, la caducidad de beneficios otorgados por aquéllas que acuerde el Tribunal no puede tener efectos retroactivos, debiendo regir únicamente la fecha de vigencia del laudo arbitral⁽⁵⁰⁾.

La retroactividad de las normas laborales en el país estuvo sujeta a su benignidad y a cumplir los requisitos para su aplicación (expresa); sin embargo, esa posibilidad ha sido restringida en el caso de las normas heterónomas (artículo 103 de la Constitución), pudiendo las partes establecer en cada convenio colectivo su retroactividad, pero siempre y cuando dicha norma autónoma no sea perjudicial para los trabajadores (y siempre que se aplique por la teoría asumida con respecto al ámbito de aplicación del convenio peyorativo).

d) En un comentario analizamos las revisiones integrales de los convenios colectivos realizadas por tribunales arbitrales, a falta de acuerdo de las partes, en el cumplimiento de la cuarta disposición transitoria del Decreto Ley No.25593⁽⁵¹⁾.

(49) NEVES MUJICA, Javier. *El convenio colectivo como norma*. En: *Asesoría Laboral*. No.20. Lima: agosto, 1992. p.15.

(50) COPYLSA, 22 de noviembre de 1993.

(51) CORTES CARCELEN, Juan Carlos. *Revisión del convenio colectivo histórico y arbitraje*. En: *Coyuntura Laboral*. No.91. Lima: agosto, 1994.

En ella destacábamos que en la mayoría de casos, la solución arbitral ha significado una pérdida sustancial de beneficios de los trabajadores que se explica por la diferencia entre los convenios colectivos vigentes y la propuesta final presentada a los árbitros (buscando que sea escogida en este sistema de última propuesta y adopción integral de una de ellas), y además porque hay una diferencia entre la propuesta final y el laudo, generalmente atenuado en sus beneficios. Esto en el caso que la opción escogida fuera la sindical, en caso contrario, si la propuesta escogida fuera la empresarial, dicha reducción fue aún mayor.

Para la mayoría de organizaciones sindicales, la revisión ha significado una pérdida con respecto a la situación anterior, lo que no necesariamente se traduce en una mejora de la situación de la empresa. Sin embargo, a pesar que los laudos arbitrales han significado una reducción, han sido, en algunos casos, la única solución, en tanto han otorgado una mejor situación que la propuesta por la empresa⁽⁵²⁾.

9 A manera de conclusión general.

El tema de la negociación colectiva *in peius*, de acuerdo a lo tratado, puede ser visto desde dos ópticas. Una estrictamente de técnica jurídica, en la que consideramos es posible la negociación colectiva *in peius* con los efectos desarrollados, y otra, desde un punto de vista más cercano con la realidad, en la que la negociación colectiva *in peius* resulta ser no el desarrollo lógico de la autonomía colectiva, sino un mayor poder para el empleador en la negociación colectiva, creando una desigualdad real entre los sujetos sociales.

El equilibrio entre estos dos puntos de vista, que signifiquen principalmente el establecimiento de garantías suficientes para una correcta aplicación de la negociación colectiva *in peius* y no oculte una situación de desigualdad, es lo que consideramos debe ser la búsqueda de cada sistema de relaciones colectivas de trabajo⁽⁵³⁾. \overline{AIE}

(52) *Ibid.*; p.4.

(53) Sobre el tema tratado se puede consultar asimismo: BOZA PRO, Guillermo. *Nueva regulación de las Relaciones Colectivas de Trabajo*. En: *Asesoría Laboral*. No.19. Lima: julio, 1992.; CORTES CARCELEN, Juan Carlos. *Reglamentación de la Ley de Relaciones Colectivas*. En: *Asesoría Laboral*. No.23. Lima: noviembre, 1992; DIESTE, Juan Francisco. *La doctrina de la incorporación de los convenios colectivos en los contratos individuales de trabajo: situación actual y examen crítico*. En: *Derecho Laboral*. No.190. abril-junio; NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: Ara Editores, 1997; NEVES MUJICA, Javier y BOZA PRO, Guillermo. *Derecho Laboral. Materiales de enseñanza*. Lima: PUC, 1991.