https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202401.005

La eficacia personal del convenio colectivo de trabajo: Idas y venidas sobre la extensión unilateral del convenio colectivo a los trabajadores no sindicalizados(*)

The personal effectiveness of the collective agreement: Comings and goings on the unilateral extension of the collective agreement

Guillermo Boza Pró(**)
Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Joaquín Briones Zegarra(***)
Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

Resumen: La extensión unilateral del convenio colectivo es un tema que ha sido ampliamente tratado por la doctrina y jurisprudencia peruana desde hace más de una década. Al margen de ello, mantiene su vigencia en la medida que aún existe una contraposición de posturas entre dos órganos resolutivos del ordenamiento jurídico laboral peruano. El presente artículo aborda el tema con el objetivo de sentar postura sobre el debate, desarrollando su análisis en tres secciones. En primer lugar, se repasan cuestiones básicas referidas al convenio colectivo como producto negocial, su eficacia jurídica y su eficacia personal relacionada con el criterio de mayor representatividad. En segundo lugar, se detalla la evolución jurisprudencial que el tema ha tenido en las decisiones de la Corte Suprema, como en las del Tribunal de Fiscalización Laboral de la SUNAFIL, de forma tal que los autores marcan su posición sobre los argumentos esbozados en cada caso. Seguidamente, se aborda una arista del tema no tan desarrollada, esto es, la posibilidad de que los trabajadores no sindicalizados conserven los beneficios extendidos unilateralmente por el empleador. Finaliza el artículo con unas breves conclusiones sobre lo reflexionado.

Palabras clave: Extensión unilateral del convenio colectivo - Libertad sindical - Principio de igualdad - Representación sindical - Corte Suprema - Tribunal de Fiscalización Laboral de la SUNAFIL

Abstract: The unilateral extension of the collective agreement has been widely discussed by Peruvian doctrine and jurisprudence for more than a decade. Aside from this, it maintains its validity to the extent that there is still a contrast in positions between two decision-making bodies of the Peruvian labor legal system. This article

(*) Nota del Equipo Editorial: Este artículo fue recibido el 6 de septiembre de 2024 y su publicación fue aprobada el 8 de noviembre de 2024.

(**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla. Profesor principal de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-3741-9062. Correo electrónico: boza.g@pucp.edu.pe.

(***) Abogado egresado y con Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). **Miembro extraordinario de la Asociación Civil IUS ET VERITAS**. Jefe de Prácticas en la Pontificia Universidad Católica del Perú. ORCID: https://orcid.org/0009-0002-5678-9808. Correo electrónico: joaquin.briones@pucp.pe.

addresses the topic with the purpose of establishing a position on the debate, developing its analysis in three sections. Firstly, basic issues relating to the collective agreement as a bargaining product, its legal effectiveness and its personal effectiveness related to the criterion of greater representativeness are reviewed. Secondly, the jurisprudential evolution that the topic has had in the decisions of the Supreme Court, such as those of the Labour Inspection Court of the National Superintendence of Labour Inspection, is detailed; in such a way that the authors mark their position on the arguments outlined in each case. Next, a rarely touched upon aspect of the theme is developed; that is, the possibility for non-unionized workers to retain the benefits unilaterally extended by the employer. The article ends with some brief conclusions on what has been reflected.

Keywords: Unilateral extension of collective agreement - Freedom of association - Principle of equal treatment - Union representation - Supreme Court - Labour Inspection Court of the National Superintendence of Labour Inspection

1. Introducción: la crónica de un debate (aparentemente) no agotado

Desde hace varios años, se mantiene en nuestro país un debate (que parece no haber terminado), originado en sede judicial, respecto a la eficacia personal del convenio colectivo de trabajo. Desde la entrada en vigor en 1992 del Decreto Ley 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante, LRCT), parecía no haber duda del alcance subjetivo del convenio colectivo, ligado directamente al grado de representación que ostenta el sujeto sindical que negocia y suscribe el respectivo acuerdo. Partiendo de la regla básica de que cada organización representa a sus propios miembros, esto se traduce, en el ámbito de la negociación colectiva, en que el convenio colectivo suscrito por un sindicato con la parte empleadora alcanza únicamente a los trabajadores afiliados a la organización pactante. Esto es lo que se conoce como convenio de eficacia limitada.

No obstante, la LRCT, de modo similar a lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, y como se analizará más adelante, otorga a ciertos sindicatos una representación mayor a la que inicialmente poseen. Esto siempre que, de forma individual o en coalición con otras organizaciones sindicales, logren afiliar a más del cincuenta por ciento de los trabajadores de la unidad de negociación correspondiente[(1)]. En tal caso, el legislador utiliza el criterio numérico como parámetro de representatividad para reconocer a dicho sujeto colectivo como mayoritario y más representativo. Este sindicato queda legitimado para negociar en nombre de todos los trabajadores de la unidad correspondiente, excluyendo, en principio, a las organizaciones sindicales minoritarias. El convenio colectivo resultante se aplica a todos los trabajadores, excepto al personal de dirección y confianza, independientemente de si están sindicalizados o no. Este tipo de acuerdo se denomina convenio colectivo de eficacia general o *erga omnes*.

En síntesis, la fórmula de la LRCT, aplicable al sector privado, es la siguiente: un convenio colectivo celebrado por un sindicato mayoritario o una coalición sindical mayoritaria posee eficacia general. En cambio, el convenio colectivo al que arribe un sindicato minoritario goza de eficacia limitada y se circunscribe a los afiliados a la organización pactante.

A fines de la primera década del siglo en curso, algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia[(2)] acogieron el pedido de trabajadores no sindicalizados que solicitaban la aplicación de los convenios colectivos celebrados en sus empresas por sindicatos minoritarios. Así, en sede judicial, se ordenó a los empleadores concernidos extender los efectos limitados de dichos convenios a los trabajadores demandantes, a pesar de no encontrarse afiliados al sindicato, con el argumento de que, en caso contrario, se estaría vulnerando principios como el de igualdad o el de solidaridad. En los hechos, esto supuso otorgarles a los convenios colectivos en cuestión una eficacia personal mayor a la legalmente establecida sin que importase, en cada caso, el grado

(1) El primer párrafo del artículo 9 del TUO de la LRCT, aprobado por Decreto Supremo 010-2003-TR, establece que: "En materia de negociación colectiva, el sindicato que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito asume la representación de la totalidad de los mismos, aunque no se encuentren afiliados". Por su parte, el segundo párrafo del citado artículo señala lo siguiente: "De existir varios sindicatos dentro de un mismo ámbito, podrán ejercer conjuntamente la representación de la totalidad de los trabajadores los sindicatos que afilien en conjunto a más de la mitad de ellos".

(2) Al respecto, *véanse* las siguientes casaciones laborales: Casación No. 2864-2009-Lima, Casación No. 602-2010-Lima, Casación No. 10766-2013-Moquegua, Casación No. 11477-2013-Callao, Casación No. 4115-2015-Lima y Casación No. 12597-2014-Cusco.

de representación que ostentaba el sindicato que lo negoció y pactó.

Luego, vinieron resoluciones judiciales de signo contrario. Abandonando la tesis de la igualdad y la solidaridad como sustento de la extensión, estas sentencias entendieron, más bien, que la ampliación de los efectos limitados de un convenio colectivo a los trabajadores no sindicalizados supone una violación del derecho de libertad sindical. Ello, en la medida de que dicho acto puede verse como un claro desincentivo para la afiliación de los trabajadores que no forman parte de la organización sindical, ya que estos "preferirían no afiliarse al sindicato pactante, pues de igual modo gozarán de los beneficios pactados en los convenios colectivos que celebre dicho sindicato"[3]. Esto incide de manera directa, en una decisión (afiliarse, no afiliarse o desafiliarse) que los trabajadores deben tomar libremente. Esta segunda posición parecía haber encarrilado el tema en la dirección correcta, pero, en realidad, la primera postura ya había abierto una ventana que facilitó a los empleadores (y muchos de ellos lo hicieron) extender unilateralmente el alcance de los convenios colectivos suscritos con sindicatos minoritarios al resto de trabajadores de sus empresas.

Desde entonces, y hasta la fecha, se sucedieron una serie de sentencias, algunas negando la extensión y otras permitiéndola. En este último caso, se utilizaron fundamentos diversos, bien sea apelando nuevamente al principio de igualdad, a la inexistencia de norma expresa en nuestro ordenamiento que impida el acto empresarial de extensión[4], o al inverosímil argumento de que la no extensión supondría un atentado contra la libertad sindical negativa de los no afiliados[5].

En medio de este contexto se llevó a cabo el VIII Pleno Jurisdiccional laboral y previsional del 2019, en el que la judicatura asume, en apariencia, una postura ecléctica, pero que, en rigor, es cercana a la primera posición jurisprudencial que hemos señalado antes. En efecto, si bien el acuerdo adoptado en el Pleno prohíbe "extender los efectos del convenio colectivo suscrito por un sindicato minoritario a aquellos trabajadores que no estén afiliados al mismo", a renglón seguido permite la extensión cuando "el propio convenio, por acuerdo entre las partes, señale lo contrario en forma expresa o el empleador decida unilateralmente extender los efectos del convenio a los demás trabajadores, siempre y cuando se refieran solamente a los beneficios laborales más favorables para el trabajador". Es curiosa y contradictoria la fórmula adoptada por el Pleno, pues carece de sentido establecer una prohibición que puede ser fácilmente dejada sin efecto por la sola voluntad del empleador, poniendo en manos de este una poderosa herramienta de desarme sindical. Estamos, en buena cuenta, ante una prohibición vacía de contenido.

Además, el hecho de que la extensión del convenio colectivo se limite a los mayores beneficios para los trabajadores no sindicalizados, excluyendo las desventajas o cargas, no justifica, en nuestra opinión, la situación descrita. Precisamente, este doble privilegio o trato favorable hacia los trabajadores no sindicalizados es lo que hace cuestionable la extensión: por un lado, se les otorga a estos trabajadores determinadas ventajas establecidas convencionalmente, a pesar de no estar sindicalizados o de no encontrarse dentro del ámbito de aplicación del convenio; y por otro lado, se les exime de las cargas propias de la militancia sindical o de una negociación colectiva, como el pago de la cuota sindical o el canon por negociación, que sí asumen los trabajadores sindicalizados. Esto genera, a nuestro juicio, un tratamiento desigual entre ambas categorías de trabajadores y un desincentivo para la afiliación sindical.

En cualquier caso, nos queda claro que el Pleno en cuestión, lejos de zanjar la discusión, la ha avivado, de forma que hoy el debate enfrenta nuevos escenarios.

El primero de ellos lo encontramos en sede administrativa, concretamente, en la jurisprudencia que sobre el particular ha generado el Tribunal de Fiscalización Laboral de la SUNAFIL (en adelante, TFL), y que se contrapone a la posición mayoritaria de la Corte Suprema a favor de la extensión unilateral de los convenios colectivos. Si bien, en un primer momento, el TFL consideró factible la extensión unilateral del convenio colectivo respecto de aquellos beneficios

(3) Casación 12901-2014-Callao. Este criterio fue declarado principio jurisprudencial de obligatorio cumplimiento para las instancias judiciales inferiores. En el mismo sentido, *véanse* las siguientes casaciones laborales: Casación No. 4255-2017-Lima, Casación No. 3676-2015-Callao y Casación 12885-2014-Callao.

(4) Al respecto, *véase* Casación No. 22865-2021-Lima, al igual que la Casación No. 25309-2019-Lima.

(5) Para mayor información, *véanse* las siguientes casaciones laborales: Casación No. 20956-2017-Lima, Casación No. 16403-2019-Lima, Casación No. 22237-2018- Del Santa y Casación No. 1283-2020-Sullana.

que "sean susceptibles de aplicación universal", rápidamente matizó esta posición y de manera reiterada viene rechazando la extensión del convenio por decisión del empleador, calificándola y sancionándola como una práctica antisindical. Incluso ha rebatido, de manera expresa, la postura del VIII Pleno Jurisdiccional laboral[(6)] dejando sentado tal criterio como precedente de observancia obligatoria[(7)].

El segundo escenario es de orden normativo. El Decreto Supremo 014-2022-TR modificó diversos artículos del reglamento de la LRCT (en adelante, RLRCT), entre ellos, el artículo 28 de la citada norma reglamentaria. Este precepto establece ahora, de manera expresa, la prohibición del empleador de extender, de manera unilateral, los alcances del convenio colectivo a los trabajadores no comprendidos en su ámbito de aplicación, aunque parece dejar abierta la posibilidad de que ello ocurra por acuerdo de partes[(8)]. Somos de la opinión de que lo que ha hecho la nueva versión del artículo 28 del RLRCT es explicitar el impedimento de extensión unilateral del convenio colectivo de eficacia limitada que comprendía desde un inicio el artículo 9 de la LRCT. En tal sentido, no se trata de que recién a partir del Decreto Supremo 014-2022-TR existe un impedimento para extender unilateralmente los beneficios de un convenio de eficacia limitada, sino que, en todo caso, ya no podrá sostenerse que "no existe en la legislación peruana norma alguna que impida al empleador otorgar derechos similares a los contenidos en un convenio" a los trabajadores que no fueron parte del mismo[(9)].

Como se aprecia en esta breve presentación, el tema de la extensión de los efectos limitados del convenio colectivo a los trabajadores no sindicalizados ha transitado en nuestro país por un camino azaroso, de marchas y contramarchas, con posiciones encontradas tanto en sede administrativa como judicial, e incluso en el ámbito doctrinal. La mencionada reforma normativa tampoco significa el fin del debate, porque la norma en cuestión ha sido impugnada judicialmente mediante un proceso de acción popular impulsado por el sector empresarial y, a la fecha, el tema no ha quedado resuelto.

En esa medida, la finalidad del presente artículo es analizar distintos aspectos jurídicos vinculados a la eficacia personal o subjetiva del convenio colectivo, así como la posible afectación de los principios-derechos de igualdad y libertad sindical que pudiera causar la ampliación de sus efectos, por decisión unilateral del empleador, a trabajadores no comprendidos inicialmente en su ámbito de aplicación. Es importante destacar que nuestro objetivo en esta oportunidad se circunscribe únicamente a la extensión unilateral del convenio colectivo y no a otros supuestos en los que la eficacia personal de la norma convencional puede verse modificada.

Con tal propósito, nuestro análisis se divide en tres secciones. En la primera de ellas repasaremos algunas nociones básicas relativas al convenio colectivo como producto negocial, su eficacia jurídica y su eficacia personal relacionada con el criterio de mayor representatividad. En la segunda sección, que consideramos es el eje central del presente artículo, haremos una sistematización de la evolución jurisprudencial que el tema de la extensión unilateral del convenio colectivo de eficacia limitada ha tenido en nuestro país, tanto en las decisiones de la Corte Suprema, como en las del TFL. No se trata de un análisis pormenorizado de cada una de las sentencias judiciales o resoluciones administrativas que sobre el particular se han expedido, sino de señalar las principales líneas de tendencia que en ellas hemos encontrado y, sobre esa base, centrarnos en dos aspectos cruciales de la discusión y fijar nuestra posición sobre ellos, como son los referidos a la vulneración del principio-derecho de igualdad y no discriminación, y del derecho de libertad sindical, que la medida empresarial ocasiona. Seguidamente, sentaremos nuestra postura sobre una arista del debate que no ha sido desarrollada, pero que consideramos relevante mencionar, esto es, la posibilidad de que los trabajadores

(6) La Resolución 394-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, del 12 de octubre de 2021, dejó abierta la posibilidad de la extensión unilateral del convenio. Sin embargo, con menos de una semana de diferencia, el TFL emitió la Resolución 434-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, del 18.10.2021, en la que rectifica su posición inicial y rechaza de manera categórica la extensión unilateral del convenio colectivo. Posteriormente, la Resolución 640-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, del 13 de diciembre de 2021 se confirma esta postura y en ella el TFL se aparta de la posición establecida en el VIII Pleno Jurisdiccional laboral.

(7) Al respecto, *véase* la Resolución de Sala Plena 009-2022-SUNAFIL/TFL.

(8) El texto vigente del artículo 28 del RLRCT dispone lo siguiente: "En la convención colectiva las partes podrán establecer el alcance, las limitaciones o exclusiones que acuerden siempre que las mismas no establezcan diferencias injustificadas entre los/as trabajadores/as del ámbito o sean contrarias al ordenamiento jurídico. El empleador no puede extender, de forma unilateral, los alcances de la convención colectiva a los trabajadores/as no comprendidos en su ámbito de aplicación".

(9) Casación No. 22865-2021-Lima.

no sindicalizados conserven los beneficios extendidos unilateralmente por el empleador. Finalizamos el artículo con unas breves conclusiones sobre los temas analizados.

2. Cuestiones preliminares

Consideramos necesario refrescar algunos conceptos para entender cabalmente cuándo encaramos un caso de extensión unilateral del convenio colectivo de trabajo.

2.1. Eficacia jurídica y eficacia personal del convenio colectivo

Una primera cuestión consiste en distinguir entre la eficacia jurídica y la eficacia personal del convenio colectivo. Empecemos señalando que el convenio colectivo es el fruto de la negociación llevada a cabo por los representantes de los trabajadores y la contraparte empresarial, dirigido a regular los intereses comunes y contrapuestos de ambas partes. Esta facultad normativa reside en el artículo 28 de la Constitución, que reconoce a los trabajadores el derecho a la negociación colectiva, establece el fomento de la misma y otorga fuerza vinculante a los convenios colectivos de trabajo.

Precisamente, desde nuestro punto de vista, la expresión "fuerza vinculante" se refiere no solo a su exigibilidad o carácter obligatorio, sino también a la eficacia jurídica, preponderantemente normativa (Boza, 2024, p. 298) que hoy en día gran parte de los ordenamientos jurídicos le atribuye al convenio colectivo de trabajo; esto es, entenderlo como "una norma creadora de derecho objetivo para los trabajadores y empresarios individuales, al igual que sucede con las normas legales o reglamentarias" (Sala & Albiol, 1989, p. 363). En consecuencia, la eficacia jurídica alude a la calidad de fuente de derecho que posee el convenio colectivo, a su capacidad de establecer reglas generales y abstractas para los trabajadores y empleadores que se encuentren dentro de su ámbito de aplicación y, como tal, aplicarse de manera automática, imperativa e inderogable sobre las relaciones individuales de trabajo sobre las que incide, según establece el artículo 43, inciso 1 de la LRCT.

Lo anterior resalta la esencia normativa del convenio colectivo, pero no supone desconocer su naturaleza dual o híbrida. Después de todo, por su origen, estamos ante una norma convencional, pues es producto de un acuerdo de voluntades de sujetos colectivos que regula los intereses de quienes estos representan, pero también los intereses de las propias partes contratantes; en este último caso, normalmente, de cara a garantizar el cumplimiento de lo acordado. Por eso, en un convenio colectivo, es posible encontrar cláusulas normativas y obligacionales: las primeras destinadas a regular las relaciones individuales de trabajo, mientras que las segundas se aplican a los sujetos colectivos respecto de los compromisos que estos han asumido entre ellos.

Por su parte, la eficacia personal indica el alcance subjetivo del pacto colectivo, determinado en función de la representación que ostenten los sujetos contratantes. Así, existen dos posibilidades o tipos de eficacia personal: (i) la limitada, cuando el convenio colectivo se circunscribe a los afiliados a la organización pactante, y (ii) la general (*erga omnes*), cuando el convenio colectivo se aplica a todos los trabajadores de la correspondiente unidad de negociación, independientemente de que estén o no sindicalizados. Se sabe, además, que la LRCT opta por un criterio numérico de representatividad para establecer la eficacia personal del convenio. De esta manera, cuando el sindicato que negocie sea el mayoritario, porque afilia a la mayoría absoluta de trabajadores del ámbito, el convenio que se celebre tendrá eficacia general. En contraposición, tratándose de sindicatos minoritarios, el convenio suscrito por dichas organizaciones solo se aplica a sus afiliados, es decir, tiene una eficacia limitada.

Esta distinción entre eficacia jurídica y eficacia personal es relevante, porque, cuando nos referimos a la extensión unilateral del convenio, lo hacemos, específicamente, respecto a la extensión de su eficacia personal, es decir, a la ampliación del alcance subjetivo (por defecto, limitado) de un convenio celebrado por un sindicato minoritario.

2.2. Extensión unilateral y extensión acordada del convenio colectivo

Una segunda cuestión radica en diferenciar la extensión unilateral de lo que podría catalogarse como una extensión acordada del convenio. Para nuestro análisis, entendemos que la extensión consiste en un acto derivado de la voluntad de los sujetos colectivos, que amplía la eficacia personal limitada del convenio.

En este orden de ideas, es posible distinguir dos modalidades de extensión. En primer lugar, la unilateral, en la que es el propio empleador quien decide extender los beneficios logrados mediante negociación colectiva con el sindicato minoritario a los trabajadores no afiliados. En segundo

lugar, la extensión pactada, en la que son ambas partes, sindicato minoritario y empleador, las que acuerdan ampliar el alcance de los beneficios consagrados en el convenio que, en principio, solo resultarían aplicables a los afiliados a la organización pactante, para incluir también a los trabajadores no sindicalizados. Es evidente que, en ambos casos, estamos ante actos de la autonomía privada (individual o colectiva, según corresponda) que terminan alterando las reglas de representación y el alcance subjetivo de los convenios colectivos, previamente establecidas por disposición legal.

Como hemos adelantado, nuestro propósito en esta ocasión se limita a analizar la extensión unilateral, en la medida que nuestra legislación vigente contiene una prohibición expresa de la extensión unilateral por parte del empleador, pero parece permitirla cuando el acto de extensión cuenta con el consentimiento de la organización sindical. Esto no significa que la extensión pactada sea una modalidad libre de controversia, incluso considerando la vocación de homogenización de las remuneraciones y condiciones de trabajo que posee un convenio colectivo y el interés que tienen las organizaciones sindicales de "abarcar y representar a todos los trabajadores" en su respectivo ámbito (Raso & Castello, 2024, p. 402), que parecerían justificarla; pero, por cuestiones de espacio, dejaremos el análisis de esta problemática para otra oportunidad.

No obstante, es oportuno precisar cuándo, desde nuestro punto de vista, estamos ante extensiones aparentemente pactadas, pero que en estricto no lo son. La jurisprudencia, en este caso administrativa, evidencia supuestos en los que, mediante una redacción artificiosa, se introducen cláusulas en los convenios colectivos que pretenden disfrazar una extensión unilateral bajo el rótulo de una extensión acordada. Para demostrar ello, presentamos un ejemplo. En la Resolución de Sala Plena 004-2023, el TFL analizó la siguiente cláusula del convenio suscrito entre la empresa Ripley y uno de sus sindicatos minoritarios:

> EL SINDICATO reconoce que es facultad de LA EMPRESA ejecutar a través de lineamientos y políticas acciones que tengan por finalidad mantener la equidad interna en las compensaciones entre todos sus trabajadores. Con lo cual, LA EMPRESA se reserva el derecho [énfasis agregado] de aplicar los beneficios que considere pertinentes a los trabajadores no afiliados a EL SINDICATO, estén contenidos estos en el presente documento o en las políticas de LA EMPRESA.

Coincidimos con lo resuelto por el TFL, en el sentido que semejantes cláusulas no constituyen un supuesto de extensión pactada, sino que pretenden justificar, ilegalmente, una facultad del empleador para extender a su sola voluntad, o cuando lo estime conveniente, los beneficios logrados por convenio colectivo con el sindicato minoritario. A nuestro entender, tales casos corresponden ser tratados como lo que son: supuestos de extensión unilateral.

2.3. Sobre el término "extensión"

La tercera cuestión o precisión que queremos realizar es de carácter terminológico. Y es que, en el derecho comparado, la expresión "extensión" del convenio colectivo no posee necesariamente un mismo significado o se entiende siempre en términos idénticos a los antes detallados. Más bien, en ciertos ordenamientos jurídicos, la figura de la extensión se usa para ampliar la cobertura del convenio colectivo a sujetos colectivos que tienen dificultades para acceder a la negociación colectiva y no han podido participar en ella, aplicándolo mediante un acto de la autoridad pública (Hayter & Visser, 2018, p. 2).

Tal vez, el ejemplo más conocido lo encontramos en el ordenamiento español, donde la extensión del convenio es concebida como un procedimiento administrativo que se inicia a solicitud de parte y sujeto a requisitos específicos. Como ilustra Ojeda para tal caso, "la extensión va a consistir en la aplicación a otro sector o empresa en virtud a una resolución administrativa" (2017, p. 458). Claro está que dicha concepción de "extensión" no es la que han venido empleando la jurisprudencia y doctrina nacional desde hace más de una década, ni es tampoco a la que nos referimos en el presente trabajo.

2.4. Beneficios de alcance universal

La última cuestión preliminar radica en la existencia de determinados beneficios que, por su propia naturaleza, resultan aplicables a la universalidad de trabajadores del ámbito de negociación, estén o no sindicalizados. Piénsese, por ejemplo, que mediante convenio colectivo el empleador se comprometa a mejorar el área de recreación o de descanso del centro de trabajo, la cual es utilizada por todos los trabajadores, estén afiliados o no al sindicato. Incluso, en algunos casos, estos beneficios pueden responder a una naturaleza preventiva en materia de seguridad y salud en el trabajo, por ejemplo, la ampliación de un tópico de salud, por lo que, evidentemente, son aplicables a todos los trabajadores independientemente de su afiliación sindical.

Se ha dicho, con acierto, que en tales casos es la propia naturaleza del beneficio,

que no resulta individualizable para cada trabajador, lo que genera que del mismo se beneficien tanto trabajadores sindicalizados como no sindicalizados (Monteblanco, 2016, p. 263). Sin embargo, algún sector considera que tales cláusulas consistirían en supuestos excepcionales de extensión del convenio (Chinchay, 2023, p. 20). No compartimos tal criterio. El concepto de extensión unilateral implica un acto del empleador para ampliar el alcance subjetivo del convenio. Tratándose de beneficios como los antes descritos, la voluntad del empleador e incluso la del propio sindicato pactante resultan irrelevantes, pues no es el acto de extensión en sí mismo lo que determina el alcance subjetivo de dichos beneficios, sino la esencia del propio beneficio lo que acarrea que sea disfrutado por la generalidad de trabajadores. Por ello, en nuestra opinión, la consagración de esta clase de beneficios universalizables en el convenio colectivo no configura un supuesto de extensión unilateral.

3. El debate aún vigente: posturas antagónicas a nivel administrativo y judicial

Como advertimos en la introducción, sobre el tema expuesto existe a la fecha una contraposición de posturas por parte de dos órganos resolutivos de los conflictos jurídico laborales en el país. A nivel judicial, la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema valida la extensión unilateral del convenio sobre la base de argumentos tan antiguos como equivocados, haciendo referencia al principio de igualdad o la tutela de la libertad sindical negativa. Por el contrario, el TFL ha sentado postura, consagrada a nivel de precedente administrativo de observancia obligatoria, en la que descarta los argumentos usados a nivel judicial y, más bien, considera que la extensión unilateral "afecta, per se, la libertad sindical"[10]. Para ilustrar mejor este contraste de criterios, en este apartado, repasamos brevemente la evolución jurisprudencial de ambos órganos.

3.1. Corte Suprema

Podemos identificar tres etapas en la jurisprudencia de la Corte Suprema emitida desde el año 2010 hasta la fecha. En la primera, se justifica la extensión unilateral sobre una interpretación, a nuestro juicio, errada, del principio de igualdad y, posteriormente, del llamado principio de solidaridad[11]. En la segunda, se cambia de criterio y se rechaza esta práctica empresarial, en la medida que "permitirlo desincentivaría la afiliación, en tanto los trabajadores preferirían no afiliarse a la misma [organización sindical], pues de igual modo gozarán de los beneficios pactados en los convenios colectivos que celebre dicho sindicato"[12]. Incluso, este criterio fue reconocido como un principio jurisprudencial de aplicación obligatoria por las instancias inferiores del Poder Judicial[13]. Cabe mencionar que, durante esta segunda etapa, también se emitieron algunas resoluciones que parecen introducir algunas excepciones a la eficacia personal limitada del convenio. Así, la Corte, a través de la Casación No. 16995-2016-Lima, afirmó lo siguiente:

> Cuando el convenio colectivo ha sido celebrado por una organización sindical de representaci**ón** limitada, que no goza de la representatividad de la mayoría de los trabajadores, no pueden extenderse los efectos del convenio colectivo de este sindicato a los no afiliados, salvo [énfasis agregado] disposición en contrario expresa en el propio convenio colectivo, o cuando limite al trabajador su ejercicio del derecho constitucional a la libertad sindical individual positiva, respecto a la facultad de afiliarse a un sindicato (Corte Suprema de Justicia, 2017)[14].

Sobre estas excepciones, debemos precisar lo siguiente. La primera de ellas, esto es, que la extensión se dé por disposición expresa del convenio colectivo, refiere a un supuesto distinto a la extensión unilateral. Aquí, la ampliación del alcance subjetivo del convenio no deriva de una decisión o práctica empresarial, sino de un acuerdo entre ambos sujetos pactantes, sindicato y empleador. La validez de este acuerdo, así como los escenarios y límites que eventualmente deberían respetarse, merecen un análisis más profundo que; por lo demás, escapa del objetivo de este artículo. No obstante, vale destacar que esta excepción no debe equipararse al reconocimiento de una facultad discrecional del empleador para extender el alcance del convenio colectivo, pues, como mencionamos previamente, tal "reconocimiento", al dejar en manos del empleador la decisión, realmente pretende encubrir una extensión unilateral del convenio.

Por otro lado, la segunda excepción establecida por la Corte Suprema está

(10) Resolución de Sala Plena 009-2022-SUNAFIL/TFL, considerando 6.29.
(11) Al respecto, *véase* Casación No. 11477-2013-Callao.
(12) Casación No. 12885-2014-Callao; siendo que tal criterio se repite en posteriores resoluciones durante esta segunda etapa.
(13) Casación No. 12901-2014-Callao.
(14) Este criterio se repite de forma textual en posteriores pronunciamientos. A mayor detalle, *véase* las resoluciones identificadas en la Tabla 1, como "No, salvo excepciones".

Tabla 1
Jurisprudencia de la Corte Suprema sobre la extensión de Convenio Colectivo

Etapa	Procede la extensión		Casación	Fecha
1	SI		2864-2009-LIMA	28/04/2010
			602-2010-LIMA	08/04/2011
			10766-2013-MOQUEGUA	07/05/2014
			11477-2013-CALLAO	12/05/2014
			8796-2013-MOQUEGUA	26/05/2014
			4115-2015-LIMA	19/03/2016
			12597-2014-CUSCO	26/05/2016
2	NO	NO	12885-2014-CALLAO	03/08/2016
			3676-2015-CALLAO	29/03/2017
			12901-2014-CALLAO	26/04/2017
			4255-2017 LIMA	19/06/2017
		NO, salvo excepciones	17246-2016 LIMA	17/05/2017
			16995-2016-LIMA	24/10/2017
			117-2017-LIMA	18/07/2018
			662-2017-CUSCO	26/03/2019
			4009-2017 LIMA	16/04/2019
			10724-2017-LIMA	03/07/2019
			19568-2018-LIMA	31/07/2019
			23175-2017-LIMA	02/10/2019
			18013-2018-LIMA	15/10/2019
			1227-2018-LIMA	05/12/2019
			5448-2017-LIMA	08/01/2020
			28009-2017-LA LIBERTAD	09/01/2020
			17974-2018-LIMA NORTE	05/03/2020
			105-2018-LIMA	22/09/2020
			11878-2018-LIMA	07/04/2021
			10540-2018-LIMA	07/04/2021
			3910-2020-LAMBAYEQUE	21/06/2022
			4172-2020-DEL SANTA	28/06/2022
			14491-2019-LIMA	19/07/2022
			4908-2020-LIMA	21/07/2022
3	SÍ, NUEVAMENTE		20956-2017-LIMA	13/12/2018
			VIII Pleno	06/08/2019
			16403-2019-LIMA	06/04/2021
			22237-2018-DEL SANTA	03/08/2021
			24304-2019-LIMA	18/01/2022
			25309-2019-LIMA	14/07/2022
			1283-2020-SULLANA	14/03/2023
			3182-2021-LIMA	09/08/2023
			22865-2021-LIMA	05/12/2023

Nota. Actualizado a partir de Briones (2022).

referida al caso de un falso locador, es decir, a la de un trabajador que formalmente no fue reconocido como tal por su empleador y, por tanto, no pudo afiliarse al sindicato pactante. A nuestro criterio, tal supuesto no configura una excepción a la eficacia personal limitada del convenio, toda vez que, en estricto, no se produce una ampliación de los efectos de la norma convencional. En otras palabras, no encaramos un acto que por decisión del empleador o por acuerdo de partes extienda la eficacia personal limitada del convenio, sino que se trata de la consecuencia de una conducta fraudulenta del empleador (Briones, 2022, p. 2), que evita que el trabajador goce de los derechos que como tal le corresponderían, entre ellos, la posibilidad de afiliarse a un sindicato y que se le aplique el respectivo convenio colectivo.

Al margen de tales "excepciones", debe destacarse que, durante esta segunda etapa, la Corte se apartó abiertamente de sus pronunciamientos iniciales, ratificando así que el empleador no puede unilateralmente extender los alcances de un convenio celebrado por un sindicato minoritario. No obstante, lejos de continuar con esta línea jurisprudencial, en años recientes, la jurisprudencia judicial ha retrocedido nuevamente a su postura original. Así, en casos en los que se analizaba la extensión de un bono por cierre de pliego a los trabajadores no afiliados, y pese a reconocer expresamente que los pagos "se realizaron en la misma oportunidad y por los mismos montos establecidos en los pactos colectivos suscritos entre la empresa y el sindicato", la Corte ha validado esta conducta del empresario[15]. Para ilustrar mejor este vaivén de etapas y criterios, véase la Tabla 1.

La vigente posición de la Corte Suprema merece algunos comentarios. En primer lugar, cabe destacar que las resoluciones posteriores a la vigencia del Decreto Supremo 014-2022-TR no hayan hecho mención alguna al mismo. Cierto es que los hechos materia de discusión en tales procesos son anteriores a dicha norma; sin embargo, sorprende como incluso luego de haberse incorporado la prohibición expresa en el RLRCT de extender unilateralmente los alcances del convenio, el Colegiado Supremo continúe afirmando que "no existe en la legislación peruana norma alguna que impida al empleador otorgar derechos similares a los contenidos en un convenio colectivo a terceros, como un acto derivado de la voluntad unilateral del empleador"[16]. Por otro lado, asombra también que la Corte justifica su vigente posición en base a argumentos ya superados, como lo son la aplicación del principio de igualdad o la presunta necesidad de tutelar la libertad sindical negativa de los no afiliados. Sobre ello retornaremos más adelante.

3.2. Tribunal de Fiscalización Laboral (TFL)

A diferencia de la Corte Suprema, el TFL ha mantenido una postura uniforme mediante la cual rechaza y sanciona la extensión unilateral del convenio. Si bien es posible encontrar dos resoluciones en la incipiente jurisprudencia del TFL en las que se transcribe de forma literal que "es válido que los empleadores extiendan los efectos de los convenios colectivos minoritarios a trabajadores no sindicalizados en pro de su libertad sindical negativa, con el fin de acceder a mejoras remunerativas"[17]; semejante criterio fue rápidamente corregido, al punto de que existe un precedente de observancia obligatoria que descarta tal argumento y, más bien, sanciona los casos de extensión unilateral por considerar que esta práctica empresarial constituye una vulneración a la libertad sindical. Nuevamente, para ilustrar mejor la jurisprudencia del TFL sobre el particular, véase la Tabla 2.

Tabla 2
Jurisprudencia del Tribunal de Fiscalización Laboral sobre la extensión de Convenio Colectivo

Fecha	Resolución	¿Procede Extensión?
12/10/2021	394-2021	SI
18/10/2021	434-2021	NO
13.12.2021	640-2021	NO
21.02.2022	167-2022	SI
28.03.2022	313-2022	NO
30.05.2022	513-2022	NO
02.08.2022	742-2022	NO
04.10.2022	Resolución de Sala Plena 009-2022-SUNAFIL/TFL	NO
30.02.2023	Resolución de Sala Plena 004-2023-SUNAFIL/TFL	NO
24.08.2023	814-2023	NO
28.09.2023	944-2023	NO
26.01.2024	083-2024	NO

(15) Casación No. 1283-2020-Sullana.
(16) Casación No. 25309-2019-Lima, Casación No. 22865-2021-Lima.
(17) Resolución 394-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala, y Resolución 167-2022-SUNAFIL/TFL-Primera Sala.

4. El respeto del principio de igualdad y no discriminación, y del derecho de libertad sindical como fundamento de ambas posturas.

Llegados a este punto, conviene reflexionar sobre los fundamentos empleados tanto por la judicatura laboral para validar la extensión, como por el TFL para rechazarla. Es curioso, pero a pesar de encontrarnos ante posturas de signo contrario, en ambos casos son los mismos derechos (la igualdad y no discriminación, y la libertad sindical) los que sirven de fundamento de la posición asumida. Esto solo puede deberse a que una de ellas tiene una lectura incorrecta de cómo operan los derechos concernidos al caso analizado. Desde nuestro punto de vista, es la Corte Suprema la que incurre en un grueso error.

Como se ha desarrollado, la posición de la Corte Suprema no ha tenido un derrotero único; más bien, ha sido cambiante, y no con pocas contradicciones, a lo largo de los años. En su etapa más reciente, el alto tribunal regresa al criterio primigenio, admitiendo nuevamente la posibilidad de extender unilateralmente los beneficios contemplados en un convenio de eficacia limitada. Merece la pena, no obstante, analizar los fundamentos que inicialmente se esgrimieron para aceptar la ampliación de la eficacia personal de los convenios colectivos, porque nos permitirá establecer la relación que existe entre representación sindical y eficacia personal del convenio colectivo, y su relación con el principio de igualdad.

Al respecto, la Corte parte de una interpretación del artículo 9 de la LRCT, que disocia la representación de la que goza la organización sindical pactante de los efectos del acuerdo que aquella ha alcanzado con la contraparte empresarial. En efecto, la posición del Colegiado Supremo inicia por considerar que el citado artículo "únicamente regula los supuestos de representación del Sindicato dentro del proceso de negociación colectiva, no así los efectos del Convenio Colectivo, aspecto reservado al artículo 42 de la citada Ley, y al artículo 28 de su Reglamento, cuya interpretación, a la luz del principio de igualdad, no admite limitación por razón de la representación sindical"[(18)], lo que "permite extender el pago de los beneficios económicos otorgados por convenciones colectivas de trabajo llevados a cabo por el único sindicato –minoritario– a los trabajadores no sindicalizados"[(19)].

Esta interpretación pierde de vista que el artículo 9 de la LRCT es una norma especial, en materia de representación sindical, para el caso específico de negociación colectiva, pues es el artículo 8 de la propia LRCT el que establece las pautas generales de representación de los sindicatos, tanto en el ámbito colectivo como individual, de los trabajadores afiliados[(20)]. En ese sentido, el citado artículo 9 precisa que el sindicato que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores (más de la mitad, es decir: 50%+1) representa a todos los trabajadores del ámbito respectivo, incluso a los no sindicalizados. Si esto es así, y los convenios colectivos son un producto de la negociación llevada a cabo por los sujetos colectivos, no hay forma de desligar, al menos en el esquema legal establecido por la LRCT, la representación del alcance subjetivo del producto negocial. Por su parte, el artículo 42 alude a la vinculatoriedad o carácter obligatorio que el convenio colectivo tiene para las partes que lo suscribieron y para los sujetos que estas "representen", como expresamente señala dicha norma. En consecuencia, este artículo contiene también una referencia a la representación de los sujetos contratantes y no puede ser leída y aplicada de manera aislada del artículo 9.

Asimismo, el artículo 28 del RLRCT, al que también alude la jurisprudencia citada, debe ser aplicado teniendo en cuenta lo que es: una norma reglamentaria cuya finalidad es desarrollar o complementar, pero no contravenir lo establecido legalmente, como expresamente manda el artículo 118, inciso 8 de la Constitución. Vale la pena recordar que el propio artículo 28 del RLRCT señala que "el alcance, las limitaciones o exclusiones" que las partes puedan establecer, deben realizarse "con arreglo a ley", es decir, respetando el marco constitucional y el diseño de representación y eficacia personal de los convenios colectivos establecido en la LRCT. Con buen criterio, el Decreto Supremo 014-2022-TR ha añadido un párrafo al artículo en cuestión, precisando que el empleador está impedido de "extender, de forma unilateral, los alcances de la convención colectiva a los trabajadores no comprendidos en su ámbito de aplicación".

(18) Casación Laboral 2864-2009-Lima.
(19) Casación Laboral 4115-2015-Lima.
(20) Como precisa Pasco Lizárraga (2023) "El artículo 9° de la LRCT no puede leerse partiendo de que el Sindicato tiene la representación de la totalidad de los trabajadores, pues no la tiene. La norma le confiere esa representación en un caso especial: el de la mayoría absoluta" (p. 281).

En consecuencia, una lectura sistemática de todas las normas mencionadas, especialmente tras la reforma reglamentaria, permite confirmar que es la organización sindical mayoritaria o (en su caso) la colación mayoritaria, en tanto afilia a la mayoría absoluta de los trabajadores del respectivo ámbito, la que posee la representación general de dichos trabajadores, siendo también generales o *erga omnes* los efectos del convenio que suscriba. Por el contrario, si el sindicato es minoritario, la eficacia del acuerdo será limitada.

De otro lado, un argumento que llama poderosamente la atención es el del tratamiento igualitario que la judicatura reclama para los trabajadores sindicalizados y los que no lo están, al amparo, precisamente, del principio de igualdad, y que, de no hacerse, significaría la vulneración de dicho principio. Habría que señalar, no obstante, que la aplicación del principio de igualdad "supone un acto de comparación entre dos o más personas que enfrentan una determinada situación", a fin de establecer si el tratamiento que deben recibir todas ellas es el mismo o no (Boza, 2020, pp. 120-121). Así, el principio de igualdad no exige necesariamente un trato uniforme para todos los sujetos comparados, toda vez que su aplicación, como señala el conocido aforismo de "tratar igual a los que son iguales" y "distinto a los que son distintos", no excluye o impide un trato desigual, como ha tenido oportunidad de precisar el Tribunal Constitucional(21).

En este orden de ideas, es posible concluir que no todo trato desigual será discriminatorio ni supondrá necesariamente una vulneración del principio de igualdad; esto solo ocurrirá cuando la desigualdad "carezca de una justificación objetiva y razonable"(22), en cuyo caso enfrentaríamos un acto no tolerable constitucionalmente(23). Además, será igualmente intolerable y rechazada por nuestro ordenamiento constitucional y legal, la situación contraria, es decir, el comportamiento que dispense un trato igual a sujetos que no lo son.

Cabe entonces preguntarse si son iguales los trabajadores sindicalizados y los no sindicalizados. La respuesta, evidentemente, es negativa. El mismo hecho de la sindicación es un dato lo suficientemente objetivo para diferenciar a aquellos que optaron por sindicalizarse de los que decidieron libremente no hacerlo. De esta manera, ambas categorías de trabajadores no se encuentran en la misma situación. Paredes lo ilustra con mucha claridad:

> Mientras que unos han decidido pertenecer a un sindicato para ejercer, de ese modo, un aspecto de la vida en democracia, los otros no. Mientras unos proponen y luchan conjuntamente en la defensa de sus intereses laborales, los otros no. Mientras unos consiguen, con su participación democrática, mejoras en las condiciones remunerativas y de trabajo, los otros no. Mientras unos aportan a sus organizaciones sindicales, los otros no. Por tanto, los unos y los otros no se encuentran en las mismas condiciones o situaciones (2011, p.198).

En definitiva, cuando los trabajadores deciden constituir una organización representativa de sus intereses o incorporarse a una ya existente, están optando por dedicar parte de su tiempo de vida en acciones diversas y propias de la militancia sindical: (i) participan en asambleas y reuniones de distinto tipo, (ii) forman parte de órganos de gestión y comisiones de trabajo, (iii) financian con su salario las actividades y funcionamiento del sindicato, a través del pago de cuotas ordinarias y extraordinarias, (iv) solventan el costo de la negociación colectiva con el pago del canon correspondiente, (v) integran, cuando corresponde, los piquetes de huelga, (vi) son pasibles de actos antisindicales, entre otros. Existe, por tanto, una gran diferencia entre los trabajadores sindicalizados y los no sindicalizados: estos últimos han decidido, de manera libre y consciente, no formar parte del sindicato, y no afrontar así los costos y riesgos de la militancia sindical(24). En consecuencia, la igualdad no puede ser un fundamento para justificar la extensión unilateral del convenio colectivo a los no sindicalizados que, por los demás, asumen solo los beneficios y no las cargas del convenio. Defender lo contrario sería admitir una forma de inequidad.

Precisamente, esta diferencia objetiva es la que justifica que los trabajadores afiliados al sindicato minoritario pactante se beneficien del convenio colectivo; y no en cambio, los no afiliados. Incluso a nivel legislativo, el artículo 6 del Reglamento de la Ley 30709(25) reconoce que la negociación colectiva es un criterio objetivo que justifica las diferencias

(21) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 0001/003-2003-AI/TC (fundamento 11).
(22) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 02476-2010-PA/TC (fundamento 7).
(23) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 02974-2010-PA/TC (2011).
(24) De la misma opinión es Cornejo, quien concluye que, si los trabajadores sindicalizados y los nos sindicalizados no son iguales, estos últimos "no pueden reclamar el mismo trato" (2023, p. 260).
(25) Aprobado por Decreto Supremo 002-2018-TR.

salariales entre trabajadores. Pretender "equiparar" ambos grupos, otorgando a los no afiliados los beneficios logrados mediante negociación colectiva, constituye un proceder que desconoce esta diferencia objetiva y, como tal, vulnera el principio-derecho a la igualdad.

Pero la extensión unilateral no sólo contraviene el derecho a la igualdad, sino que además vulnera la libertad sindical del sindicato pactante y de sus afiliados, toda vez que esta práctica empresarial desincentiva la afiliación sindical y promueve la desafiliación de los afiliados. No se trata de un descubrimiento de la jurisprudencia del TFL, sino de un hecho que desde hace más de una década la doctrina mayoritaria reconoce (Neves entrevistado por De Lama, 2011, p. 93; Paredes, 2011, p. 199; Navarrete, 2015, p. 70; entre otros), siendo también admitido por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (Informe 039-2012-MTPE/2/14) y también, durante una etapa de lucidez, por la Corte Suprema.

Por lo anterior, sorprende cómo la vigente postura del máximo órgano del Poder Judicial haya cambiado de criterio y justifique ahora la extensión unilateral, al igual que un sector minoritario de la doctrina, en base a la presunta necesidad de tutelar la libertad sindical negativa de los trabajadores no afiliados (Toyama y Torres, 2017; Lora, 2018).

Somos enfáticos en señalar que el "argumento" sobre la tutela de la libertad sindical negativa constituye una falacia. Nos explicamos. Quienes defienden esta postura afirman lo siguiente:

> [N]o puede prohibirse esta libertad de extensión en desmedro de la libertad sindical negativa. Si se impide la extensión de un convenio colectivo de un sindicato minoritario, el resto de trabajadores no tendría la posibilidad de recibir incrementos o beneficios unilaterales del empleador (Toyama & Torres 2017, p. 301).

A nuestro entender, este argumento introduce un falso dilema por, al menos, tres razones[(26)]. Primero, nótese que el razonamiento parte de una premisa errada, porque asume que los trabajadores afiliados y los no afiliados se encuentran en una misma situación, lo cual conllevaría a que deban recibir los mismos beneficios. No volveremos sobre la incorrección de este argumento, que ya hemos explicado anteriormente.

En segundo lugar, la eficacia limitada del convenio no es un obstáculo para que el empleador otorgue aumentos o beneficios a sus trabajadores; empero, sí constituye un límite para los presuntos actos de generosidad empresarial que en, la práctica, desincentivan la afiliación sindical (Paredes, 2011, p. 199). En otras palabras, no se prohíbe que un trabajador, en función a su desempeño, capacidades o características particulares, reciba reconocimientos u otros provechos por parte de su empleador, pero deben tratarse de beneficios diferentes a los establecidos en el convenio colectivo, fijados en base a criterios que permitan una cuantificación objetiva de los mismos, como "la antigüedad, experiencia, productividad, entre otros" (Cornejo, 2023, p. 264). Cabe enfatizar que esta facultad empresarial no puede ser ejercida en fraude a la ley, a fin de extender beneficios alcanzados a través de una negociación colectiva hacia sujetos que no participaron ni estaban representados en dicha negociación. Permitirlo equivaldría a habilitar una conducta empresarial disuasiva de la afiliación sindical.

Por último, la eficacia limitada del convenio tampoco impide que los trabajadores no afiliados accedan a los beneficios derivados de la negociación colectiva, pero, para que ello ocurra, tendrán que afiliarse al sindicato[(27)]. Todos los trabajadores, "sin distinción alguna", como establece el artículo 2 del convenio 87 de la OIT, ostentan el derecho de afiliarse a un sindicato. Si deciden ejercer ese derecho (libertad sindical individual positiva), tal acto genera unas determinadas consecuencias, entre ellas, la de beneficiarse del convenio colectivo suscrito por la organización sindical de la que forman parte. En cambio, si deciden no ejercerlo (libertad sindical individual negativa), dicha situación también genera consecuencias concretas, en particular, que no se les aplique el convenio colectivo suscrito por un sindicato del que han decidido no formar parte. Se trata de una consecuencia natural que no puede asumirse como una coerción hacia los no afiliados para que opten por la sindicación, ni como una vulneración a su libertad sindical negativa. Y es que tanto la afiliación, como la no afiliación y la desafiliación son, en última instancia, producto de una libre decisión que, como todo ejercicio de libertad supone la elección entre al menos dos posibilidades igualmente válidas.

Resulta inconsecuente optar por un camino esperando obtener el resultado que se sabe corresponde a otro. Es decir, es ilógico pretender beneficiarse de un convenio

(26) Para más información, *véase* Briones (2022, pp. 16-17).
(27) En sentido similar, *véase* Pasco Lizárraga (2023, pp. 281-282).

colectivo negociado por un sindicato minoritario, si es que previamente se ha elegido no ser parte del mismo y mantenerse fuera de las actividades de dicha organización, entre las que la negociación colectiva resulta tener un papel protagónico. Por ello, sostenemos que el argumento de esta postura plantea un falso dilema, porque presenta "un problema respecto a la necesidad de tutela de los trabajadores que ejercen su libertad sindical negativa, cuando el ejercicio de este derecho trae como efecto natural el quedar excluido del procedimiento de negociación y del eventual convenio" (Briones, 2022, p. 17).

Por otro lado, no deja de llamar la atención esa suerte de ensalzamiento que hacen algunos autores sobre la libertad sindical negativa(28), con ánimo de que sea protegida a toda costa, y que se alega como justificante del acto de extensión del convenio colectivo a los trabajadores no sindicalizados. Y es que, en rigor, la libertad sindical negativa no merece una tutela o protección especial; lo que corresponde proteger es la libertad sindical positiva, porque supone el ejercicio propio del derecho, y porque son los trabajadores que deciden constituir sindicatos, afiliarse a ellos y realizar actividad sindical, los que son pasibles de actos antisindicales y tratos discriminatorios. Repárese en que la libertad sindical negativa no se consagra de manera expresa en el convenio 87 de la OIT, porque como señalaba con acierto Ermida, en el caso de la libertad sindical, como ocurre con el reconocimiento de todo derecho, esto "supone la posibilidad de no ejercerlo, sin que nadie se preocupe de así aclararlo expresamente" (2012, p. 51).

Por lo anterior debemos ratificarnos en que la extensión unilateral es una práctica inconstitucional e ilegal, y, por tanto, prohibida en nuestro ordenamiento. De la misma forma, debemos insistir en que no se trata de una prohibición que dependa de la modificación que en su momento introdujo el Decreto Supremo 014-2022-TR, sino que ya se desprendía de lo dispuesto por el artículo 9 de la LRCT, leído en consonancia con la Constitución y los convenios internacionales de la OIT que reconocen los derechos a la igualdad y a la libertad sindical. Lamentamos que la Corte Suprema haya retrocedido en su jurisprudencia hacia una postura que parecía superada, pero esperamos que, al igual que ocurrió en años pasados, la pueda corregir prontamente(29).

5. Conservación de los beneficios extendidos

La negociación colectiva es un derecho dinámico y nada impide que, en negociaciones ulteriores, los sujetos colectivos decidan derogar o modificar los convenios colectivos que el empleador extendió a los trabajadores no sindicalizados. Cabe preguntarse, en este escenario, si el empleador debe mantener los beneficios que ya venía otorgando a dichos trabajadores, a pesar de haber sido eliminados, o si se encuentra obligado a continuar extendiendo, como venía haciendo, los beneficios pactados con el sindicato. ¿Se habría generado, al respecto, una costumbre o una suerte de consolidación de derechos por el transcurso del tiempo para los trabajadores no sindicalizados?

La postura de la Corte Suprema es que la decisión empresarial de extender los efectos del convenio supone una obligación unilateral de pago a favor de todos los trabajadores no sindicalizados, y que los beneficios que fueron extendidos deberán continuarse otorgando aun cuando ya no exista convenio colectivo que los regule(30). No obstante, este criterio judicial no analiza ni detalla las razones por las cuales dichos trabajadores, no representados en la negociación, deben seguir percibiendo tales beneficios, a pesar de haber sido modificados o derogados. Desde nuestro punto de vista, para responder adecuadamente a las interrogantes formuladas, es necesario indagar por el origen de los beneficios que son extendidos por el empleador.

5.1. ¿Origen normativo o contractual del acto de extensión?

Lo primero que podemos advertir es que los beneficios o condiciones que los trabajadores

(28) Con la agudeza que lo caracterizaba, Ermida se preguntaba por la velada intención que había en la excesiva preocupación de gran parte de las legislaciones latinoamericanas, entre ellas la peruana, de afirmar la libertad sindical negativa con el mismo ímpetu, o incluso mayor, que la libertad sindical positiva: "¿qué tiene el derecho de sindicación, para que en él sí se establezca expresamente, con iguales o mayores garantías, la posibilidad de no ejercerlo?", a lo que respondió: "Obviamente, un claro prejuicio y la voluntad —si no expresa, por lo menos inocultable y mal disimulada— de propender a que no sea ejercido" (2012, p. 51).

(29) En esa línea, destaca el voto singular del magistrado Yangali en la Casación Laboral No. 22865-2021-Lima. Si bien en tal caso la decisión en mayoría del Colegiado convalidó la extensión unilateral del convenio, el voto del citado magistrado optó, por el contrario, por rechazar esta conducta empresarial en la medida que contraviene el principio-derecho a la igualdad, consagrado en la normativa internacional y nacional en materia de derechos humanos.

(30) Al respecto, *véase* Casación Laboral 24304-2019-Lima.

no sindicalizados pretenderían mantener no son de origen convencional; lo que no significa, necesariamente, que no tengan carácter normativo, como veremos seguidamente. No cabe duda de que tales beneficios sí tienen naturaleza convencional y normativa para los trabajadores sindicalizados, pues la fuente de regulación es el propio convenio colectivo, y dichos trabajadores (los sindicalizados) han estado directamente representados en la correspondiente negociación. En esa medida, el convenio colectivo es el que modula sus contratos de trabajo, según lo establecido en el artículo 43.1 de la LRCT y el artículo 29 del RLRCT, disposiciones legales que, como se vio anteriormente, reconocen la eficacia jurídica normativa de los pactos colectivos de trabajo.

No ocurre lo mismo en el caso de los trabajadores no sindicalizados, porque estos trabajadores no están representados en la negociación ni los beneficios obtenidos proceden de un acuerdo celebrado por los sujetos colectivos. A todas luces, es claro que la extensión unilateral del convenio colectivo es un acto que procede de la exclusiva voluntad empresarial: es el empleador, *motu proprio*, el que decide extender el alcance subjetivo de un convenio colectivo de eficacia limitada (suscrito con el sindicato minoritario) al resto de trabajadores.

Ahora bien, que la decisión de extensión del convenio resida en la voluntad empresarial, no implica atribuir naturaleza contractual a los beneficios percibidos por los trabajadores no sindicalizados. En efecto, debemos reparar que lo que lleva a cabo el empleador, en buena cuenta, es ampliar el alcance personal o subjetivo del convenio, no de manera singular a ciertos trabajadores, sino al conjunto o colectivo de trabajadores no afiliados al sindicato pactante. Es decir, el empleador no otorga los beneficios en cuestión de manera individualizada a cada relación individual de trabajo, sino que lo hace de manera general a los trabajadores no sindicalizados. Desde nuestra perspectiva, esa vocación plural o totalizadora de la medida empresarial, asemeja la extensión a un acto general e impersonal que es propio de las normas jurídicas, como si de un reglamento de trabajo o política empresarial se tratase, lo que nos lleva a afirmar la naturaleza normativa del acto de extensión.

5.2. Sobre la viabilidad de que se haya generado una costumbre o que resulte oponible la condición más beneficiosa

Lo segundo que queremos tratar son los argumentos que comúnmente se alegan para que se produzca la conservación de los beneficios extendidos unilateralmente por el empleador. Hemos podido identificar dos: el primero de ellos plantea que la conducta empresarial reiterada genera una costumbre laboral, mientas que el segundo argumento o alternativa esgrimida es que dicha práctica permite la aplicación del principio de condición más beneficiosa. En ambos casos, se sostiene que los beneficios extendidos por el empleador, al representar una ventaja significativa para los trabajadores, no pueden ser retirados unilateralmente por este.

No obstante, estimamos que ninguna de estas opciones habilita la conservación de los beneficios extendidos, habida cuenta de que el acto de extensión transgrede nuestro ordenamiento constitucional, al contradecir de manera manifiesta derechos fundamentales como la libertad sindical y el principio-derecho de igualdad. Incluso, si se aceptase que la conducta empresarial cumple con los elementos configurativos de una costumbre, estaríamos frente a una práctica *contra legem* que, como tal, no puede tener eficacia jurídica (Arce, 2013, p. 158; Boza, 2020, p. 91), por contravenir un "mandato normativo superior" (Ulloa, 2011, p. 101). Por ello, no es suficiente que se trate de un uso extendido en el tiempo y en un ámbito determinado, ni que exista una presunta consciencia de obligatoriedad por parte del empleador y de los trabajadores involucrados, toda vez que dicha conducta resulta contraria al ordenamiento jurídico, como es el caso analizado.

Repárese en que la práctica empresarial de extender los beneficios de un convenio de eficacia limitada, equiparando a los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados, ignorando sus diferencias y generando así incentivos para la desafiliación sindical, resulta antisindical y contraria al principio de igualdad, conforme hemos desarrollado líneas arriba. Por consiguiente, dicho comportamiento no resulta convalidable como una costumbre, porque se trataría de una práctica consuetudinaria que se opone a la ley.

Por otro lado, tampoco cabría aplicar el principio de condición más beneficiosa para conservar los beneficios extendidos. Al respecto, es necesario recordar que este principio, que no goza de reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento jurídico, pero que no necesita tenerlo para que sea aplicable, opera para la conservación de los beneficios derivados de un acto o hecho de origen contractual o no normativo (Boza, 2020, pp. 170-174). El propósito de su aplicación es mantener las ventajas obtenidas por el trabajador, "incluso si se produce la ulterior aprobación de una norma que,

con carácter de generalidad, establezca condiciones menos favorables que las disfrutadas a título individual" (Montoya, 2020, p. 236).

Como indicamos en el acápite anterior, la extensión del convenio colectivo a los trabajadores no sindicalizados deriva de la voluntad empresarial, pero con una clara intención de generalidad, lo que hace que en ese caso estemos ante una fuente de origen normativo y no ante un acto de naturaleza contractual. Al ser esto así, el acto de extensión queda fuera del ámbito objetivo de aplicación del principio en cuestión, pues este se aplica a los beneficios o ventajas expresamente pactadas entre los sujetos del contrato individual de trabajo y a las concesiones unilaterales del empleador de carácter singular(31). Además, al igual que en el caso de la costumbre, un principio del derecho no puede utilizarse para convalidar un comportamiento contrario a la legalidad. Es importante recordar que los principios son también normas jurídicas (Arce, 2013, p. 168); por ello, reiteramos, su aplicación no puede menoscabar derechos fundamentales como lo son la igualdad y la libertad sindical. Permitir lo contrario implicaría permitir un ejercicio abusivo del derecho, lo cual se encuentra proscrito expresamente en el artículo 103 del texto constitucional.

6. Conclusiones

- La extensión unilateral del convenio colectivo es una práctica ilegal y, como tal, prohibida por nuestro ordenamiento jurídico. Al margen de que actualmente su proscripción se encuentre de forma expresa en el RLRCT, dicha conclusión deriva, incluso antes de la vigencia del Decreto Supremo 014-2022-TR, de una lectura integral del artículo 9 de la LRCT a la luz de los principios-derechos fundamentales de libertad sindical e igualdad.
- La reciente jurisprudencia, tanto judicial como administrativa, revela la importancia de recordar que el empleador no puede extender unilateralmente los beneficios logrados por convenio colectivo con el sindicato minoritario, situación que toma un nuevo rumbo a partir de la modificación del RLRCT. Las últimas decisiones de la Corte Suprema hacen necesario que este órgano corrija nuevamente su postura y rechace la extensión unilateral del convenio.
- La aplicación del principio de igualdad o la pretendida tutela de la libertad sindical negativa no son argumentos válidos que justifiquen la extensión unilateral del convenio de eficacia limitada; antes bien, son fundamentos de la ilegal e inconstitucional medida empresarial. Si bien ello ya ha quedado sentado en la jurisprudencia administrativa del TFL, consideramos necesario que la Corte Suprema haga lo propio.
- No es posible sostener que los trabajadores no sindicalizados que han recibido beneficios del convenio colectivo en virtud a la extensión unilateral realizada por el empleador poseen derecho a mantenerlos en caso el convenio colectivo extendido sea derogado o modificado. Al constituir el acto de extensión una práctica empresarial contraria a las reglas de nuestro ordenamiento jurídico, no se ha generado una costumbre, ni tampoco una consolidación individual de beneficios por aplicación del principio de condición más beneficiosa que permita conservarlos.

Referencias bibliográficas

Arce, E. (2013). *Teoría del derecho* (1.ª ed.). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Boza, G. (2020). *Derecho del trabajo*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Briones, J. (2022). *Un paso hacia adelante y dos para atrás: Informe sobre la Casación Laboral 24304-2019-Lima* [Trabajo de suficiencia profesional para optar el título profesional de abogado]. Repositorio Digital de Tesis y Trabajos de Investigación PUCP. http://hdl.handle.net/20.500.12404/22942

Casación No. 2864-2009-Lima (2010, 28 de abril). Corte Suprema de Justicia de la República.

Casación No. 11477-2013-Callao (2014, 12 de mayo). Corte Suprema de Justicia de la República.

Casación No. 4115-2015-Lima (2016, 19 de marzo). Corte Suprema de Justicia de la República.

Casación No. 12885-2014-Callao (2016, 3 de agosto). Corte Suprema de Justicia de la República.

Casación No. 12901-2014-Callao (2017, 26 de abril). Corte Suprema de Justicia de la República.

(31) Esta posición fue recogida en la propuesta de Ley General del Trabajo, recogiendo el consenso que, sobre el particular, existía en ese momento: "La condición más beneficiosa opera para conservar las ventajas alcanzadas a partir de (i) contratos de trabajo, (ii) concesiones unilaterales no normativas del empleador o (iii) consolidación por el transcurso del tiempo, frente a nuevas normas que las supriman o rebajen. Solo pueden ser dejadas sin efecto por acuerdo de partes (art. 9.4 del Título Preliminar)" (Boza, 2022, pp. 170-171).

Casación No. 16995-2016-Lima (2017, 24 de octubre). Corte Suprema de Justicia de la República.

Casación No. 25309-2019-Lima (2022, 14 de julio). Corte Suprema de Justicia de la República.

Casación No. 1283-2020-Sullana (2023, 14 de mayo). Corte Suprema de Justicia de la República.

Casación No. 22865-2021-Lima (2023, 5 de diciembre). Corte Suprema de Justicia de la República.

Chinchay, E. (2023). *Extensión de los convenios colectivos de sindicatos minoritarios a trabajadores no afiliados a este, ¿afectación a la sindicación?* [Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social]. Repositorio Digital de Tesis y Trabajos de Investigación PUCP. http://hdl.handle.net/20.500.12404/27484

Constitución Política del Perú [Const.]. 29 de diciembre de 1993 (Perú).

Convenio 87 (OIT), el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (San Francisco, 9 de julio de 1948).

Cornejo, C. (2023). Trabajadores sindicalizados y no sindicalizados: ¿Buscando o eludiendo la igualdad? *Laborem*, 20(27), 245-267. https://doi.org/10.56932/laborem.20.27.11

Cruz, J. (2023). *Compendio de derecho del trabajo* (12.ª ed.). Tecnos.

Decreto Supremo 002-2018-TR [Poder Ejecutivo]. Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley 30709, ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres. 8 de marzo de 2018.

Decreto Supremo 010-2003-TR [Poder Ejecutivo]. Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. 5 de octubre de 2003.

Decreto Supremo 014-2022-TR [Poder Ejecutivo]. Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. 24 de julio de 2022.

De Lama, M. (2011). "Trabajadores no afiliados a un sindicato minoritario también se benefician del Convenio Colectivo". *Soluciones Laborales*, (40), 91-95.

Ermida, O. (2012). Crítica de la libertad sindical. *Derecho PUCP*, (68), 33-61. https://doi.org/10.18800/derechopucp.201201.001

Hayter, S. & Visser, J. (2018). The application and extension of collective agreements: Enhancing the inclusiveness of labour protection. En S. Hayter & J. Visser (Eds.), *Collective agreements: Extending labour protection* (pp. 1-27). Organización Internacional del Trabajo.

Lora, G. (2018, 29 de agosto). *¿Cómo aumentamos sueldos?* El Comercio. https://elcomercio.pe/economia/opinion/aumentamos-sueldos-german-lora-noticia-551725-noticia/?ref=ecr

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2012). *Informe N.º 039-2012-MTPE/2/14.* https://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/DGT/opinion/informe_39_2012.pdf

Monteblanco, A. (2016). La extensión de los convenios colectivos dentro de la negociación colectiva a nivel de empresa. *Derecho & Sociedad*, (46), 259-265.

Montoya, A. (2020). *Derecho del trabajo* (41.ª ed.). Tecnos.

Navarrete, A. (2015). La extensión del producto de una negociación colectiva de un sindicato minoritario a los trabajadores no afiliados: ¿Igualdad o desincentivo a la sindicalización? *Soluciones Laborales, 8* (95), 62-70.

Neves, J. (2016). *Introducción al derecho del trabajo* (3.ª ed.). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ojeda, A. (2017). *Compendio de derecho sindical* (3.ª ed.). Tecnos.

Paredes, P. (2011). Cuando la generosidad del empleador viola la libertad sindical: Un caso de discriminación laboral por acción indirecta. *Derecho & Sociedad*, (37), 196-199.

Pasco Lizárraga, M. (2023). La libertad sindical negativa puesta en cuestión por SUNAFIL. *Laborem, 20*(27), 269-288. https://doi.org/10.56932/laborem.20.27.12

VIII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional (2019, 6 de agosto). Corte Suprema.

Raso, J. & Castello, A. (2024). *Derecho del trabajo* (2.ª ed., Tomo IV). Fundación de Cultura Universitaria.

Resolución 394-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala (2021, 12 de octubre). Tribunal de Fiscalización Laboral de la SUNAFIL.

Resolución 640-2021-SUNAFIL/TFL-Primera Sala (2021, 13 de diciembre). Tribunal de Fiscalización Laboral de la SUNAFIL.

Resolución 167-2022-SUNAFIL (2022, 18 de marzo). Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral de la SUNAFIL.

Resolución 009-2022-SUNAFIL/TFL-Sala Plena (2022, 4 de octubre). Tribunal de Fiscalización Laboral de la SUNAFIL.

Resolución 004-2023-SUNAFIL/TFL-Sala Plena (2023, 30 de enero). Tribunal de Fiscalización Laboral de la SUNAFIL.

Sala, T. & Albiol, I. (1989). *Derecho sindical*. Editorial Tirant Lo Blanch.

Sentencia recaída en el Expediente 0001/003-2003-AI (2003, 4 de julio). Tribunal Constitucional del Perú.

Sentencia recaída en el Expediente 02974-2010-PA (2011, 24 de octubre). Tribunal Constitucional del Perú.

Sentencia recaída en el Expediente 02476-2010-PA (2011, 2 de noviembre). Tribunal Constitucional del Perú.

Toyama, J. & Torres, A. (2017). Extensión de los convenios colectivos de trabajo y sindicatos minoritarios. *IUS ET* VERITAS, (55), 284-302. https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201703.017

Ulloa, D. (2011). La costumbre como fuente en el derecho laboral. *Derecho & Sociedad,* (37), 101-106.