

gremiales y por ello, operan claramente como organizaciones sindicales aunque no tengan a un empleador como contraparte.

Determinar que estos no son sindicatos porque no tienen empleadores, negarles el derecho a la sindicación, a la negociación colectiva, a la huelga y proscribir sus actividades sería interpretar restrictivamente el sentido de la Libertad Sindical. Las organizaciones sindicales principalmente procuran proteger intereses profesionales y ello puede hacerse frente a empleadores, al Estado o ante cualquiera que intente vulnerarlos o amenazarlos.

Por ello, consideramos que la actividad de los Colegios Profesionales por ejemplo, constituye también otra manifestación válida del derecho fundamental a la Libertad Sindical porque se trata de una asociación creada para la defensa de los intereses profesionales de sus agremiados. Así entonces, el concepto de Libertad Sindical ha evolucionado de tal manera que el esquema clásico ha quedado desfasado, comprendiendo ahora a trabajadores independientes, profesionales, etc.

#### 4. La Libertad Sindical hoy

Consideramos que la Libertad Sindical entonces, debe entenderse, tanto en nuestra legislación como en su aplicación práctica, desde su sentido más amplio y que toda interpretación debe fundarse principalmente en el contenido de los Convenios 87 y 98 de la OIT para una mejor y adecuada utilización de esta institución.

#### V. A MANERA DE CONCLUSIÓN:

El fenómeno sindical se originó en el mundo hace dos siglos atrás, tiempo más que suficiente para plantearnos seriamente la obligación de reformular sus conceptos, repensar fronteras, actualizar sus contenidos y proyectarlo hacia el futuro. Lo que antes funcionó, puede que ahora no funcione adecuadamente y si queremos que esta institución perdure debemos trabajar en ella, no siendo esta tarea exclusiva de los sindicatos y empleadores sino también del Estado y por supuesto, de la sociedad en su conjunto.

El día que se dejen de lado los intereses personales o partidarios y que se entienda a las organizaciones sindicales en su real dimensión, como sujetos colectivos de cambio social, veremos cuan útiles son estas para la vida en sociedad. Mientras tanto, seguiremos esperando.

## HACIA UNA REFORMULACIÓN DEL DERECHO DE CONSTITUIR SINDICATOS –Y DE PROMOVERLOS– EN TIEMPOS ACTUALES<sup>(1)</sup>

JOEL CÁCERES PAREDES<sup>(2)</sup>

### 1. INTRODUCCIÓN

A pesar del reconocimiento constitucional y supranacional del derecho fundamental de sindicalización de los trabajadores, sabido es que en nuestra realidad nacional la libertad sindical de la clase trabajadora sigue siendo menoscabada o, en todo caso, abrumada por los poderes públicos y los de contenido empresarial. Y es que no solo basta el reconocimiento y literalidad de los textos para fomentar o, de acuerdo al mandato constitucional (artículo 26°), garantizar la libertad sindical; es necesario además que se preserven mecanismos de tutela efectiva en salvaguarda del ejercicio de dicha libertad; y con mayor razón si de un tiempo a esta parte nos encontramos en presencia de nuevas estructuras y sistemas de organización del trabajo que embisten, al igual que a las relaciones individuales, a las de carácter colectivo.

En este orden, el presente trabajo pretende analizar algunas de los fenómenos empresariales, específicamente el grupo de empresa y la descentralización productiva, que arremeten contra el derecho de constituir organizaciones sindicales. Todo ello como esquema para esbozar algunos puntos elementales sobre los problemas y retos de los propios agentes laborales, así como las autoridades públicas para la mejora de nuestras relaciones colectivas de trabajo.

- (1) Estas palabras, parafraseando a Oquendo de Amat, inseguras como mi primer cantar se las dedico a mi madre Danila.
- (2) Bachiller de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de cátedra del Curso de Derecho Individual del Trabajo. Miembro del Taller de Estudios Laborales y de la Seguridad Social Jean-Claude Javillier.

## 2. ALCANCE CONCEPTUAL DE LA LIBERTAD SINDICAL

Siendo que el derecho de libertad sindical consiste, precisamente y como su propio nombre lo indica, en el libre desarrollo y ejercicio de una libertad –salvo las limitaciones que pueden establecerse por la afectación y ponderación con otros derechos–, este se instituye por el reconocimiento y garantía de varios derechos directamente relacionados, y que a su vez se sintetizan en el libre desarrollo de todos los aspectos de la sindicalización (desde el momento de la constitución-afiliación hasta la libre disolución de la organización sindical).

La libertad sindical, en ese sentido, consiste “en la facultad de asociarse a una organización sindical y de practicar todos los actos inherentes a ella”<sup>(3)</sup> o, según el propio Tribunal Constitucional (en adelante TC), en la capacidad autodeterminativa para participar en la constitución y desarrollo de la actividad sindical<sup>(4)</sup>. Se trata pues de un derecho complejo que, conforme a las definiciones citadas, puede determinarse desde el plano *orgánico*, como en la constitución de organizaciones sindicales y la afiliación a estas; o desde el plano de *actividad*, mediante el cual se plasma el ejercicio de la actividad sindical<sup>(5)</sup>.

La libertad sindical, asimismo, puede analizarse partiendo de la titularidad del derecho que le corresponde a los sujetos intervinientes. Así, podemos hablar de libertad sindical colectiva y de libertad sindical individual. En efecto, mientras el ejercicio y titularidad del derecho de libertad sindical colectiva corresponde a la organización sindical como sujeto colectivo; en la libertad individual, esta le corresponde al trabajador individualmente considerado.

En relación a la libertad sindical individual, según el TC –que la ha denominado *intuitio personae*– esta abarca el aspecto negativo y el positivo, es decir, el derecho de constituir-afiliarse o no constituir-desafilarse a determinada organización sindical, respectivamente.

La libertad sindical colectiva, por otro lado, –llamada por el TC libertad sindical plural–, según el supremo interprete de la constitución se manifiesta en tres aspectos, a saber a) ante el Estado, que comprende la autonomía sindical, la personalidad jurídica y la diversidad sindical; b) ante los empleadores, del cual abarca el fuero sindical y la proscripción de prácticas desleales; y, c) ante las otras organizaciones sindicales, mediante la cual se incluyen la diversidad sindical, la proscripción de las cláusulas sindicales<sup>(6)</sup>, etc.

- (3) RENDÓN VASQUEZ, Jorge, *Derecho del Trabajo Colectivo*, 6ª ed., Edial, Lima, 2004, p. 34.
- (4) Fundamento 26 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 008-2005-PI/TC.
- (5) Sobre el contenido y titularidad del Derecho de libertad sindical, vide VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, *La libertad sindical en el Perú*, Oficina Internacional del Trabajo, Lima, 1999; MURCIA NEVES, Javier, “Derecho Colectivo de Trabajo”, en VV. AA., *Derecho laboral general*, PUCP, Lima, 2005, p. 124 y ss; BOZA PRO, Guillermo, “La protección constitucional de la libertad sindical”, en *Trabajo y Seguridad Social. Estudios jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez*, Grijley, Lima, 2008, pp. 333-360; UGAZ OLIVARES, Mauro, “Derechos laborales colectivos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Derechos Laborales, Derechos Pensionarios y Justicia Constitucional*, SPDTSS, Arequipa, 2006, pp. 393-408.
- (6) Es este supuesto es importante señalar que el TC se equivoca al mencionar que la libertad sindical colectiva comprende la prohibición de cláusulas sindicales, esto es, las llamadas cláusulas de seguridad sindical o las cláusulas de exclusión. Y decimos que se equivoca porque si bien es cierto nuestro ordenamiento puede adherirse a la corriente de prohibir dichas cláusulas, la libertad sindical de titularidad colectiva no fundamenta dicha prohibición, sino la de carácter individual. Como veremos más adelante, es la libertad sindical colectiva, precisamente, la que cimienta y justifica las cláusulas de seguridad sindical.

Finalmente, en relación al derecho de libertad sindical se ha expresado que esta “tiene un rostro activo que exige la disposición de los derechos aludidos. Pero tiene también un rostro defensivo pasivo que requiere protección y defensas contra la agresión de la personalidad física y moral del que ejercita la libertad sindical”<sup>(7)</sup>. No se trata pues de un contenido de la libertad sindical, sino de la trascendente necesidad de cautelar y garantizar su ejercicio, toda vez que su consagración constitucional implica una garantía negativa y otra positiva: “la primera dirigida a remover todos los obstáculos que pueden impedir o enervar su ejercicio, limitando la actuación estatal en el terreno de la imposición de restricciones. En el segundo caso, estamos ante un conjunto de garantías frente al empleador, que conllevan el establecimiento de reglas, procedimientos, medios de reparación, sanciones y facilidades para su ejercicio dirigidas a asegurar la efectividad del derecho y promover su desarrollo”<sup>(8)</sup>.

## 3. EL DERECHO DE CONSTITUIR SINDICATOS (LIBERTAD SINDICAL DE ORGANIZACIÓN)

El Derecho de libertad sindical en el aspecto organizativo implica tanto la afiliación y la constitución a una determinada organización sindical. A pesar de formar parte del contenido estático del derecho, este se instituye en uno de los más importantes planos de la sindicalización, dado que quizá es allí donde más afectaciones se pudieren ocasionar al ejercicio de esta libertad; ofreciéndose, por tal, la mayor tutela sindical para este supuesto. Adviértase, por ejemplo, que el único caso donde el fuero sindical protege a todo y cada uno de los trabajadores afiliados al sindicato es cuando este se encuentra en la etapa de constitución.

Ahora bien, uno de los mayores problemas relativos al contenido de organización sindical –y que en definitiva constituye un problema de la propia definición de libertad sindical– es el de determinar quiénes son los sujetos titulares del derecho. Al respecto los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos hacen mención del derecho de “todos” a constituir las organizaciones sindicales que estimen convenientes<sup>(9)</sup>. Especifica en el mismo sentido el artículo 2º del Convenio 87 de OIT que los sujetos titulares de este derecho son tanto los “trabajadores como los empleadores”<sup>(10)</sup>.

El problema radica en esclarecer si son solo los trabajadores asalariados<sup>(11)</sup> los titular del derecho, o si también comprende a otros sujetos, como los trabajadores autónomos –y ahora los autónomos propiamente dichos o los autónomos económicamente dependientes–,

- (7) SARTHOU, Helios, “Rasgos ontológicos de la libertad sindical”, en *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, De Buen, Néstor y Morgado, Emilio (coords.), AIADTSS-UNAM, México, 1997, p. 183.
- (8) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, “La crisis del sindicalismo y la necesidad de promoción de la libertad sindical como expresión del interés público”, en *Ius et veritas*, N° 24, Lima, 2002, p. 225.
- (9) Tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 23º.4), en el pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 22º) y en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y culturales (artículo 8º) emplean esta expresión.
- (10) También utiliza el término específico de “los trabajadores” el protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales –“protocolo de san salvador”.
- (11) Como menciona Montoya Melgar analizando la normativa española sobre el tema, la denominación de “trabajado” se emplea reprochablemente en sentido atécnica, dado que esta expresión se desnaturaliza de inmediato para extenderse a quienes prestan servicios no en una relación estricta de trabajo asalariado (MONTAYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del trabajo*, 24ª Ed., Tecnos, Madrid, 2003, pp. 130 y 133).

o aquellos excluidas de la égida del Derecho del trabajo (beneficiarios de una modalidad formativa laboral, "contrato administrativo de servicios", por ejemplo), u otros sujetos exceptuados.

Como quiera que la libertad sindical es un derecho fundamental proveniente del bloque de derechos y libertades sociales reconocidas por los diferentes Textos Constitucionales y Tratados Internacionales sobre Derechos humanos, este debe interpretarse de la forma más inclusiva posible. Dicho de otro modo, las exclusiones que se establezcan en la titularidad de este derecho deberán ser descifradas restrictivamente. Y es que la titularidad del derecho de libertad sindical "no puede entenderse en el sentido de una arquetípica relación contractual de trabajo, sino que debe interpretarse desde un punto de vista sociológico como personas que viven habitualmente de su trabajo"<sup>(12)</sup>.

En efecto, somos de la opinión que la lógica va por la de permitir la sindicalización y ejercicio de libertad sindical a aquellos sujetos que necesitan un contrapoder para materializar y promover sus interés grupales y profesionales. Por ello, siguiendo esta línea, no existirían mayores inconvenientes en incluir con el ámbito de aplicación del Derecho de libertad sindical a aquellos sujetos excluidos legalmente de una relación laboral<sup>(13)</sup> o a los trabajadores autónomos<sup>(14)</sup> o a los funcionarios públicos, entre otros supuestos.

Finalmente, de acuerdo a nuestro Texto Constitucional quedan excluidos de la titularidad del Derecho de libertad sindical los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional (artículo 42º), los jueces y fiscales (artículo 153º) y los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñen cargos de confianza o de dirección (artículo 42º).

Respecto a los primeros, dicha exclusión se encuentra acorde con el convenio N° 87 de OIT, dado que este permite a la legislación interna de cada Estado miembro determinar "hasta qué punto se aplican a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas en el convenio" (artículo 9º.1). El comité de libertad sindical de OIT ha mencionado, en tal sentido, que dicha disposición debe interpretarse restrictivamente. Bajo esta lógica, por ejemplo, los

(12) VIDA SORIA, José y SALA FRANCO, Tomas, "Informe acerca de los derechos de libertad sindical y de representación de los funcionarios públicos", *Documentación Administrativa*, N° 204, 1985, p. 217.

(13) Hablamos específicamente de dos supuestos: a) los beneficiarios de una modalidad formativa, no solo los regulador por la Ley N° 28518, sino también aquellos convenios de formación, como los practicantes del Servicio Nacional de Adiestramiento Industrial (Senati) o los programas del servicio civil de graduados (Sesigra); y, b) aquellos contratados mediante el contrato administrativo de servicios, cuya labor, a decir del Decreto Legislativo N° 1057, "constituye una modalidad especial 'propia del derecho administrativo'".

(14) La LRC determina la aplicación supletoria de sus disposiciones a la sindicalización de trabajadores autónomos. Ahora bien, nos parece que no habría muchos inconvenientes en determinar la aplicación del derecho de sindicalización a los autónomos económicamente dependientes o semiautónomos; mientras que, por otro lado, el panorama no es muy claro respecto a los otros autónomos (autónomos propiamente dicho). No obstante, dado el reconocimiento y atracción de la libertad sindical a otros sujetos, esta también puede aplicarse cualquier tipo de trabajador autónomo. En efecto, como señala Ojeda Aviles, existirán por lo menos "dos objetivos que puede cumplir satisfactoriamente el sindicalismo, y por los cuales sería conveniente otorgar mayores facilidades a la sindicalización de autónomos: a) voz y respuesta colectiva y b) integración social y gobernabilidad" (OJEDA AVILÉS, Antonio, "La sindicación de los trabajadores autónomos y semiautónomos" en *Sindicatos y cambios económicos y sociales*, Sanguinetti Raymond, Wilfredo y García Laso, Agustín, (coords.), Salamanca, 2002.

trabajadores civiles de los establecimientos manufactureros de las fuerzas armadas tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes<sup>(15)</sup>.

En relación a la segunda exclusión, esto es, a los jueces y fiscales, el mandato constitucional es claro al determinar que dichos sujetos no serán titulares del Derecho de libertad sindical. Las razones sobre las cuales se funda esta exclusión radica, entre otras, en la especial posición jurídica de los miembros de este colectivo (los fiscales representan a la sociedad en los procesos, mientras que los jueces son los máximos interpretadores de las normas jurídicas), la autoridad en el ejercicio de su función, además de la soberanía e independencia especial que ostentan en el ejercicio de sus funciones. Todo ello hace que estos sujetos adquieren "una posición autónoma en el ejercicio de sus funciones, muy similares a la de un alto cargo, que se traduce en actuaciones como 'cuasiempleadores' de cara al personal empleador en sus respectivas sede"<sup>(16)</sup>.

Como en el caso de las fuerzas armadas y policías, consideramos que la exclusión de la titularidad del Derecho de libertad sindical a los jueces y fiscales operará de forma restrictiva. Debe permitirse, por tal, y como imprecisamente señala el TC<sup>(17)</sup>, la constitución de organizaciones sindicales a los miembros del Poder Judicial y Ministerio Público que no tengan los cargos de jueces y fiscales, respectivamente.

Finalmente, nuestra Carta Política excluye de la titularidad del derecho de libre sindicalización a los funcionarios con poder de decisión y aquellos que desempeñen cargos de confianza o de dirección. En primer lugar, nos parece que la denominación "funcionario con poder de dirección" ya está incorporada en la frase "cargos de dirección o de confianza".

La exclusión de estos colectivos radica, básicamente, en los intereses que representan aquellos cargos de dirección o de confianza que existen en la administración pública (léase funcionarios públicos). En efecto, se parte del supuesto de representatividad que por el cargo ejercido ostentan estas personas en la administración pública. Piénsese por ejemplo, en los cargos políticos o los elegidos con votación popular.

En efecto, dado el cargo público, directivo o de confianza que se ostenta, se ha preferido excluir de forma definitiva a estos colectivos, no permitiéndose, como sucede en las relaciones de la actividad privada (artículo 12º.b de la LRCT), la autonomía colectiva para determinar la afiliación sindical de estos empleados públicos.

#### 4. REPERCUSIONES DE ALGUNOS FENÓMENOS EMPRESARIALES EN EL DERECHO DE CONSTITUCIÓN SINDICAL

Con fenómenos empresariales nos referimos específicamente en el presente trabajo a la descentralización productiva y los grupos de empresas. Y es que ambos fenómenos no

(15) OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La libertad sindical*, 4ª ed., Ginebra, 1996, pp. 50 y 51.

(16) AVILÉS OJEDA, Antonio, "Límites constitucionales al Derecho de huelga de jueces, magistrados y fiscales", en *Jueces para la democracia*, N° 16-17, 1992, p. 136.

(17) En la Sentencia recaída en el expediente N° 008-2005-PI/TC (fundamento 26) el TC no precisa que, en virtud del artículo 153º de la Constitución Política, las únicas personas excluidas del ejercicio de la libertad sindical son los jueces y fiscales; solo menciona de forma genérica que esta exclusión opera a "los miembros del Ministerio Público y del Órgano Judicial".

pasarían de ser de actuaciones inter empresariales de contenido y regulación mercantil, de especialización flexible y colaboración entre empresas, si es que no repercutiesen de forma intensa en el seno de las relaciones laborales, tanto en las de carácter individual como en las relaciones colectivas.

Ahora bien, considerando que la normativa de relaciones colectivas de trabajo aún guarda muchos preceptos del primigenio Decreto Ley N<sup>o</sup> 25593 que se promulgo a inicios de la pasada década, muchas de sus disposiciones no hallan respuestas ante la presencia de los fenómenos empresariales descritos: a) la descentralización productiva, por una parte, con la fragmentación de la empresa tradicional y todos los efectos en el ámbito de los derechos colectivos; y, b) el grupo de empresa, con la dificultad de encontrar, canalizar y contraponer la dirección unitaria de quien dirige la actividad empresarial.

### 1. Efectos en la descentralización productiva

La descentralización productiva puede definirse como aquella forma de organización empresarial donde una “empresa no realiza directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando en su lugar por desplazarlas a otra empresa o personas individuales con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo”<sup>(18)</sup>.

Se aprecia, en tal sentido, que el rasgo más importante y que repercute más en el seno de las relaciones colectivas de trabajo es la fragmentación de la empresa —llamada principal— y la colaboración de aquellas otras (naturales o jurídicas) que desarrollarán dichas actividades.

En este orden, la descentralización productiva debilita el derecho de constitución de sindicatos en una lógica muy simple: mientras más se externalicen los servicios, obras o fases de la producción de una empresa, mayor será la fragmentación de los trabajadores que laboren para dichas unidades. En tal caso, la organización sindical que se pudiere formar, o que se encuentra formada, se aminorará sustancialmente ante esta nueva forma de organización empresarial.

Por otro lado, y como quiera que la carencia de estabilidad en el empleo merma la acción sindical —y por tal, su componente originario, esto es, la fundación de la organización—; la descentralización productiva vulnera el derecho de constituir sindicatos, dado que la contratación de los trabajadores en las empresas auxiliares o contratadas, depende del encargo empresarial entre la empresa principal y la auxiliar. Esto supone que “a través del recurso de la externalización, no sujeto en principio a ningún tipo de exigencia causal, es posible sustentar la conversión de puestos de trabajo permanentes en temporales”<sup>(19)</sup>. De acuerdo con esta lógica, la colocación del puesto de trabajo, dependerá de la duración de los acuerdos de colaboración que se suscriben entre ambas empresas<sup>(20)</sup>.

(18) CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Outsourcing. Contratas y subcontratas”, en *La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo*, Asociación española de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 1999, p. 251.

(19) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo “La ‘tercerización’ de actividades productivas: ¿una estrategia para la puesta entre paréntesis de los principios tutelares del derecho del trabajo?”, cit., p. 120, en prensa.

(20) Al respecto, vide SÁNCHEZ TORRES, Esther, “Los efectos de la descentralización productiva sobre el ámbito temporal y subjetivo del contrato de trabajo”, en *Descentralización productiva y relaciones laborales: problemática jurídica actual*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 117-160.

Finalmente, un tercer aspecto que repercute en el derecho de organización sindical —y que de forma genérica produce la descentralización productiva—, es la secuela de precarización en la mano de obra de las empresas descentralizadas. Dicha precariedad, además de los dos supuestos mencionados, recae principalmente en el establecimiento de vinculaciones laborales cada vez más plurales “donde se incrementa la extensión de las ‘zonas grises’ (aumenta la dificultad en muchos supuestos de deslindar las actividades sometidas a la legislación laboral de aquellas otras que no lo están) debido al resurgimiento o aparición de diversas modalidades de trabajo, como el trabajo a domicilio, el incremento de las formas de trabajo parasubordinado, etc”<sup>(21)</sup>.

Resumiendo, a nuestro parecer genéricamente se puede mencionar a estas tres consecuencias como las más severas que produce la descentralización productiva en el Derecho de los trabajadores de constituir organizaciones sindicales: externalización de los trabajadores en nuevas empresas; contratos temporales, donde se merma el principio causalidad en la contratación; y, aumento de las, así llamadas, zonas grises en la separación del contrato de trabajo y el contrato de locación de servicios. Siendo, bajo este orden, que la más gravitante consecuencia que puede apreciarse —y por donde hay que apuntalar el Derecho de organización sindical— es en la presencia sindical en la fragmentación y división de los trabajadores de las nuevas empresas tercerizadoras.

### 2. Efectos en el grupo de empresa

Dado el decaimiento del sistema de producción fordista, con las nuevas formas de organización empresarial y sistemas de producción, ya no es posible equiparar en la actualidad —a diferencia de lo que ocurría antes— la definición del sujeto empleador con el concepto tradicional de empresa. La concepción de empleador, en ese sentido, se ha difuminado entre las más distintas formas de colaboración que enmarcan las diversas formas de organización empresarial<sup>(22)</sup>.

Bajo esta línea, el grupo de empresa como una de las figuras típicas de las nuevas formas de estructuración empresarial, se le puede definir como la actuación de varias jurídicas que actúan en una supuesta independencia, “sometidas a una estrategia general común”<sup>(23)</sup>.

Como apunta el proyecto de Ley General del Trabajo —y únicamente de forma ilustrativa— existe grupo de empresa cuando varias empresas jurídicamente independientes constituyen o actúan como unidad económica y productiva de carácter permanente. Dos son los rasgos, bajo esta perspectiva, que caracterizan al grupo de empresa, el mantenimiento de la personalidad jurídica de las empresas agrupadas y la existencia de una dirección unitaria en el grupo<sup>(24)</sup>.

(21) MONEREO PÉREZ, José Luis, *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del trabajo*, Civitas, Madrid, 1999, p. 82.

(22) Al respecto, vide SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Las transformaciones del empleador y el futuro del Derecho del trabajo”.

(23) ARCE ORTIZ, Elmer, “El concepto jurídico de grupo de empresas en el Derecho del trabajo. Aspectos individuales de la cuestión”, en *Asesoría laboral*, Abril, 2003, p. 13.

(24) FALCONI CANEPA, Julio, *Responsabilidad en los grupos de sociedad y tutela de acreedores sociales*, Grijley, Lima, 2005, p. 3.

Ahora bien, coincidimos cuando se afirma que si es el grupo el que actúa como sujeto empleador, dada la dirección empresarial –poder de dirección– que repercute con sus decisiones de forma directa e influyente en la prestación de los servicios de los trabajadores, se le deberá imputar a este la responsabilidad de contenido laboral que pudieren generarse. Dicho de otro modo, en la figura del grupo de empresa “será el empleador quien ostente la facultad de dirigir y organizar la prestación de trabajo según sus objetivos económicos propios. Es decir, quien sea capaz de decidir sobre el sentido económico de la prestación del trabajador”<sup>(25)</sup>. Piénsese, por ejemplo, que en un grupo empresarial la empresa matriz decide inmotivadamente no contar con la prestación de servicios del trabajador; la empresa filial no tendría más opción que acatar dicha decisión desplazando al trabajador a otro centro de trabajo, configurándose con ello algunos actos de hostilización (movilidad geográfica). En este caso, quien debería responder laboralmente (cobro de indemnización o cese de hostilidad) tendría que ser la empresa matriz; a pesar de ser la empresa filial la persona jurídica que figura en el contrato de trabajo.

Ahora bien, para lo que en nuestro trabajo importa, el grupo de empresa como fenómeno empresarial repercute en materia colectiva, y específicamente en el derecho de constituir organizaciones sindicales, dada la imposibilidad de conformar trabajadores a este nivel. Ello, básicamente por dos razones: la dificultad en encontrar la presencia de las decisiones unitarias que enmarcan la presencia de un grupo empresarial; y, como veremos más adelante, la tipología cerrada de organizaciones sindicales que pueden existir según la LRCT.

En ese sentido, dichas dificultades impedirán a los trabajadores que laboran dentro de las empresas del grupo a organizarse en una unidad sindical que represente los intereses de los trabajadores en la decisión común y genérica con que se materializa la presencia del grupo. Por tanto, lo que se logra en materia de constitución de sindicatos es desvanecer la presencia colectiva de los trabajadores de un grupo empresarial. En efecto, no es lo mismo un sindicato de una de las empresas agrupadas –que ni siquiera ostentan las decisiones empresariales– que una organización sindical de los trabajadores de las distintas empresas de la agrupación.

## 5. LA NECESIDAD DE REFORMULAR EL DERECHO A CONSTITUIR SINDICATOS ANTE LAS NUEVAS REALIDADES EMPRESARIALES

Como hemos afirmado, a ser la descentralización productiva y del grupo de empresas fenómenos relativamente nuevos para nuestro ordenamiento jurídico laboral, muchas de las disposiciones en materia colectiva que actualmente existe no alcanzan a regular o al menos provisionar las armas suficientes para enfrentar los efectos en la formación de la presencia sindical en dichos fenómenos empresariales. Y es que, como apunta Cruz Villalón, “la pervivencia del mismo modelo de relaciones colectivas, al aplicarse a una realidad sustancialmente diversa, ha dado lugar a que la influencia de la acción colectiva sea muy dispar”<sup>(26)</sup>.

(25) ARCE ORTIZ, Guillermo, *La circulación de trabajadores en el grupo de empresas*, Mergablum, Sevilla, 2003, p. 83.

(26) CRUZ VILLALÓN, Jesús, *La descentralización productiva en España. su impacto sobre las relaciones laborales*, Grijley, Lima, 2008, en prensa.

En efecto, dado que ninguna disciplina jurídica tiene el atributo de la inmutabilidad; la realidad que en esta se regula no debe distanciarse mucho de aquella; y con mucha más razón si hablamos de normas jurídicas que garantizan libertades públicas y derechos fundamentales de los trabajadores, o que, dicho de otro modo, implementa los presupuestos necesarios para el cabal ejercicio de la sindicalización de la clase trabajadora.

Ahora bien, como quiera que tanto la descentralización productiva como el grupo de empresa son fenómenos que se caracterizan por la transformación de la empresa tradicional, e implica, básicamente, la presencia de varias personas jurídicas inter relacionadas entre las más distintas formas de colaboración. Tomando en cuenta este rasgo fundamental, el mecanismo más importante a replantear, por su urgencia y necesidad, es el relativo a la clásica tipología existente en la formación sindical establecida en la LRCT.

En efecto, el artículo 5º de la citada normativa establece únicamente cuatro clases de sindicatos que los trabajadores pueden constituir, a saber a) De empresa, formado por distintos trabajadores (profesiones, oficios, especialidades) en una empresa; b) De actividad, conformado por diversos trabajadores de empresas que formen una misma rama de actividad; c) De gremio, formado por una misma clase de trabajadores (desempeñan un mismo oficio, especialidad, profesión) y de distintas clases empresas; y, d) de oficios varios, conformados por distintos trabajadores de distintas empresas cuando el número de los primeros no alcance el mínimo legal necesario para constituir cualquier sindicato.

Como se aprecia, la lista de la conformación sindical es cerrada, no permitiendo, en ese sentido, la presencia de otras formas de organización sindical distintas a las allí enumeradas<sup>(27)</sup>. Y aunque esta clasificación en su momento fue declarada por el comité de libertad sindical no contraria a los convenios internacionales de trabajo ratificados sobre la libertad sindical; en la actualidad consideramos que esta no sería la misma opinión si se verificará la imposibilidad jurídica de dicha normativa en la formación sindical de los trabajadores que laboran en grupos empresariales o de aquellos que prestan servicios para empresas contratistas.

En efecto, el convenio N° 87 de la OIT no exige ninguna categoría específica de formación sindical para ejercer el derecho de sindicalización. En ese sentido, el artículo 2º de dicho convenio señala genéricamente que los trabajadores y empleadores, tienen *el derecho de constituir las organizaciones que estimen conveniente* (la cursiva es nuestra).

Bajo esta óptica, y pronunciándose sobre los requisitos exigibles por la legislación nacional para formar las organizaciones que se estimen convenientes, el comité de libertad sindical de OIT ha declarado de forma enfática que tales requisitos –así como las formalidades– prescritos por ley “para constituir un sindicato, no se deben aplicar de manera que *impidan o retrasen* la creación de las organizaciones sindicales”<sup>(28)</sup>.

Visto de esta forma las normas internacionales de trabajo sobre el ejercicio de la libertad de constituir las organizaciones sindicales que se estimen convenientes, todo pare-

(27) Esta clasificación se consideró en su momento innovadora respecto a la legislación antecesora, dado que esta última enfocaba la constitución sindical por la categoría de trabajadores (obreros empleados) en el centro de trabajo o establecimiento. Al respecto, vide BOZA PRO, Guillermo, et al., *Ley de Relaciones Colectivas comentada*, Consultores jurídicos asociados S.A, Lima, 1994, p. 22.

(28) OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La libertad sindical*, cit., p. 57.

ce indicar que ante las transformaciones del sujeto empleador que trae consigo los nuevos fenómenos de organización empresarial, es necesario y urgente cautelar y garantizar el derecho-libertad de constitución sindical de los trabajadores. Y es que no se puede requerir el ejercicio y cautela de los intereses en juego de los sujetos laborales (autonomía sindical), si es que no existe un andamiaje protector y garantista del derecho primario que tienen los trabajadores de constituir organizaciones que contrarresten el poder empresarial.

Ahora bien, los trabajadores no se hubieren visto perjudicados por esta imposibilidad de organizar sindicatos con tipologías distintas a la enumerada en el artículos 5° de la LRCT, si es que en la actualidad existiera una Ley General del Trabajo que regula nuestras relaciones laborales<sup>(29)</sup>.

En efecto, esta última fue la lógica que encaminó la propuesta normativa del Proyecto de Ley General del Trabajo (en adelante PLGT) en materia de relaciones colectivas, es decir, elimina la tipología en la conformación de sindicatos. Y aunque al principio hubo renuncia en su aprobación, en la última revisión tripartita de los actores sociales en el Consejo Nacional del Trabajo<sup>(30)</sup>, se terminó consensuando el dispositivo que repite literalmente el artículo 2° del Convenio 87 de OIT. Menciona, en ese sentido, el artículo 333° del PLGT –cuando trata acerca de “los tipos de sindicato”– que “los trabajadores y los empleadores, sin distinción alguna y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes”.

Al respecto, habría que tomar en cuenta las implicancias que traería consigo este dispositivo. Se ha señalado, en ese sentido, que es imprescindible abordar el tema de la mayor representatividad, y señalar, asimismo, que la condición de organización más representativa solo concede prerrogativas e el ámbito de la negociación colectiva de eficacia general (*erga omnes*), por lo que estas solo podrían extenderse adicionalmente al campo de la representación institucional y de la consulta con las autoridades públicas, a partir de los pronunciamiento de los órganos de control de la OIT<sup>(31)</sup>.

Esbozado así el alcance y necesidad de replantear la tipología de constitución de organizaciones sindicales en nuestro ordenamiento, pasaremos estudiar la necesidad de que estos operen ante las nuevas formas de organización empresarial, tales como la descentralización productiva y el grupo de empresa.

## 1. La sindicalización en el grupo de empresa

Como quiera que el fenómeno de la agrupación empresarial implica, esencialmente, la decisión unitaria y global por la cual se dirige las empresas conformantes, al superarse la limitación de la tipología cerrada en formación de sindicatos, sería plenamente factible la conformación sindical de los trabajadores a nivel del grupo.

Y no es que se desea constituir organizaciones sindicales por el solo hecho de existir esta forma grupal de empresas; la necesidad de presencia sindical a este nivel se basa en la

(29) Recordemos, sino, que ya van aproximadamente 8 años de espera.

(30) [www.mintra.gob.pe/contenidos/institucional/consejo\\_nacional\\_del\\_trabajo/cnt\\_comision\\_adhoc.pdf](http://www.mintra.gob.pe/contenidos/institucional/consejo_nacional_del_trabajo/cnt_comision_adhoc.pdf)

(31) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, “Los derechos colectivos en un sistema democrático de relaciones laborales: desarrollo de la alternativa propuesta en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo”, en *Laborem*, N° 03, Lima, 2003, p. 229.

propia funcionalidad del sindicato para contraponerse al poder empresarial que garantice y equipare en cierto modo las desigualdades materiales que se circunscriben en el seno de estas nuevas formas de relaciones laborales.

En ese sentido, se hace imperativa la configuración del sindicato como contrapoder empresarial –mediante el cual ha de contarse con las decisiones trascendentales a todos los niveles<sup>(32)</sup>–, para fundamentar, de esta manera, la autonomía de los sujetos colectivos de trabajo como rasgo diferenciador de un sistema democrático de relaciones laborales. Por tanto, al ser el grupo de empresa una de las nuevas formas de organización empresarial, caracterizado por la actuación conjunta y genérica a nivel grupal, se materializaría una desregulación peyorativa para los trabajadores el no permitirle la sindicalización en el mismo grado y nivel que el del grupo de empresa.

Pues bien, la conformación –y presencia– sindical a este nivel trae consigo la ya común dificultad de identificación del grupo empresarial como sujeto empleador de las relaciones laborales que se enmarcan dentro de las empresas que lo conforman<sup>(33)</sup>. En efecto, la peculiar caracterización económica de los grupos de empresa hace que la mayoría de estos omiten representarse como tales<sup>(34)</sup>.

Ante esta dificultad, la jurisprudencia nacional será la llamada a encontrar los indicios de la identificación del grupo de empresa, y por sobre todo, cuando este se comporte como sujeto empleador de una relación laboral, es decir, cuando, básicamente, se manifiesta el poder de dirección empresarial sobre las relaciones laborales de las empresas particulares que lo conforman<sup>(35)</sup>.

Ahora bien, respecto a los requisitos específicos exigidos a los trabajadores en la formación del sindicato del grupo empresarial, parece lógico que podrá exigirse que dichos trabajadores sean parte de las diferentes empresas del grupo. Asimismo, operará la tutela de la libertad sindical de aquel sindicato en formación que sea objeto de afectaciones que repercutan en el derecho de constitución sindical, entre otros aspectos tutelares.

## 2. La sindicalización en la descentralización productiva

Hemos afirmado que el desmembramiento empresarial es el fenómeno que repercute con mayor fuerza en el derecho de los trabajadores a sindicalizarse dentro de un sistema de descentralización productiva; Y que, en ese sentido, al fragmentarse las etapas productivas de una empresa principal a diversas contratistas se meya duramente la presencia sindical en estas empresas especializadas

(32) AVILÉS OJEDA, Alfredo, *Derecho sindical*, Tecnos, 5° ed., 1990, p. 32.

(33) Otra importante dificultad que se presenta en los sindicatos del grupo de empresa, y que no se analizan por no ser parte del presente trabajo, es la articulación y representación de la negociación colectivas entre ellos.

(34) Otro problema no menos grave es lo que sucede a la inversa, es decir, “cuando agrupaciones productivas que se autodenominan así y que, sin embargo, no cumplen las exigencias jurídicas para considerarse grupos de empresas” (SEMPERE NAVARRO, Antonio y ARETA MARTÍNEZ, María, *El Derecho del trabajo y los grupos de empresa*: Inventario, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, N° 48, 2004, p. 97.

(35) Debiéndose aplicar, como concluye Arce Ortiz, la interpretación de analogía iuris para identificar al grupo de empresa para efectos laborales. Dicha forma e interpretación se justifica en tanto que pueda tomarse los distintos conceptos que a nivel de otras disciplinas jurídicas existen. Al respecto, vide Arce Ortiz, *La circulación de trabajadores en el grupo de empresa*, cit., pp.

Ahora bien, bajo una óptica diferente se podría afirmar que ello no es tan cierto, dado que únicamente se afecta el derecho de constituir organizaciones sindicales cuando la fragmentación sea de tal envergadura que en las empresas descentralizadas el número de trabajadores no superase el mínimo admitido por ley para formar sindicatos.

No obstante en realidad la descentralización productiva sí repercute peyorativamente en las organizaciones sindicales, toda vez que esta fragmentación impide no solo la constitución de estas organizaciones, sino también la cabal presencia de los sindicatos como contrarrestadores del poderío empresarial. En efecto, poco o nada podrá contraponer el sindicato a una empresa contratista, si es que esta última desarrolla su actividad únicamente sobre la base del contrato civil que la relación con la empresa principal.

En ese sentido, si por una parte una empresa principal que externaliza sus servicios a empresas especializadas, puede interrelacionarse con estas en distintas formas de organización, la lógica debe ser la misma para la organización de trabajadores; es decir, que estos deben tener todas las herramientas para configurar una presencia importante ante la unidad productiva que se han descentralizado.

Bajo esta perspectiva, superada la valla de tipología cerrada de la constitución del sindicato, consideramos que la presencia sindical en este fenómeno puede apuntar a los diversos planos de organización de las empresas. Así, no existiría impedimento para constituir un sindicato de empresas contratistas, o tal vez, como hemos esbozado en el punto anterior, sindicatos de aquellas empresas descentralizadas con cuyas contratistas se forma un grupo empresarial. Puede darse el caso, también, que se formen sindicatos de acuerdo a los espacios de trabajo y unidades productivas que se desarrollen, independientemente de las diferentes empresas que allí coexistan.

Inclusive, dado que la descentralización productiva no solo abarca la colaboración entre empresas, sino también con personas individuales (autónomos o semiautónomos), nada impide a que estas últimas puedan constituir organizaciones sindicales. En efecto, el propio comité de libertad sindical así lo ha entendido al pronunciarse en favor de sindicalización de aquellas personas que, sin importar su calidad jurídica (laboral o mercantil) son titulares del derecho de libertad sindical, toda vez que "el Convenio 87 solo permite excluir de su ámbito de aplicación a las fuerzas armadas y a la policía, por lo que los vendedores en cuestión, deberán poder constituir las organizaciones que estimen conveniente"<sup>(36)</sup>. Bajo esta línea de pensamiento, y dado los efectos de la descentralización productiva en la apertura de la frontera del contrato de trabajo con otras figuras afines (locadores de servicios, comisionistas, vendedores, entre otros), deberá realizarse una interpretación extensiva a efectos de incluir en el derecho fundamental de la sindicalización a estas personas. Máxime si en muchos casos la autonomía en su prestación no está claramente determinada.

Ahora bien, respecto la determinación de la contratación temporal en aquellas empresa que tercerizan parte de la actividad económica de una empresa principal. En estos casos muchas veces se utiliza la "temporalidad en la prestación" para lesionar la libre sindicalización de los trabajadores de la empresa contratista.

(36) OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La libertad sindical*, cit., p. 54.

Al respecto, la Ley N° 29245, Ley que Regula los Servicios de Tercerización (en adelante LT), menciona de modo genérico en el inciso 3 del artículo 7° de la LT que no se puede utilizar la contratación temporal de la empresa tercerizadora, "con la intención o efecto de limitar o perjudicar la libertad sindical"<sup>(37)</sup>.

Si bien es cierto que dicho precepto es insuficiente para salvaguardar la libertad sindical de los trabajadores de una empresa contratista, el trabajador, amparándose en dicho precepto, podrá cuestionar la no renovación de su contrato de trabajo, dada la vulneración al derecho de libertad sindical que ha sido objeto. Por tanto, una vez acreditada dicha afectación, corresponderá al empleador probar que la no renovación del contrato de trabajo no obedece a una práctica antisindical. Dicho de otro modo, poco importará la intencionalidad del empleador en no renovar el contrato temporal, sin con ello se verifica la afectación del derecho de sindicalización del trabajador.

Finalmente, y para concluir, debemos señalar que si bien la normativa puede no ser la mejor en salvaguardar las libertades públicas de los trabajadores, como lo es la sindicalización; ante esta indiferencia del legislador en las afectaciones de la tercerización en materia de relaciones colectiva de trabajo, son los propios trabajadores los llamados a salvaguardar sus derechos con los mecanismos que garantiza nuestra Carta Política y Tratados Internacionales, toda vez que, precisamente estos últimos proscriben todas aquellas prácticas empresariales y estatales que afectan la libre sindicalización de la clase trabajadora.

(37) Se señala, además, la no vulneración de los derechos sindicales como el de la el derecho de negociación colectiva, interferir en la actividad de las organizaciones sindicales, sustituir trabajadores en huelga o afectar la situación laboral de los dirigentes amparados por el fuero sindical.