

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA PERUANA EN LOS GRUPOS DE EMPRESA

MIGUEL F. CANESSA MONTEJO⁽¹⁾

INTRODUCCIÓN

El inicio de la crisis económica de los setenta se produce con el incremento de los costos de producción a raíz de las fuertes subidas del precio del petróleo. Esto vino acompañado de déficits públicos ante la caída de los ingresos fiscales, socavando el mantenimiento del Estado social de bienestar. Estos elementos combinados hacen de la inflación el problema más grave de la economía en los países desarrollados. Simultáneamente, los países pobres fuertemente endeudados por los préstamos de los años anteriores sufren los embates de los pagos y con ello comprometen sus escasos recursos económicos ya desequilibrados por la caída de los precios de sus productos de exportación. La economía mundial se resiente y culmina el proceso económico de crecimiento permanente que provenía desde el final de la segunda guerra mundial. Se ingresa a un periodo de estancamiento.

También los efectos de la crisis económica se presentan sobre las empresas con fuertes caídas de su rentabilidad, provocando la quiebra de muchas de ellas. A su vez, se producen un incremento notable de despidos y los salarios pierden su capacidad adquisitiva por la inflación que se sufre. Ante esta situación se plantea, desde un revitalizado neoliberalismo, el abandono al objetivo del pleno empleo, siendo sustituido por la lucha contra la inflación.

(1) Abogado y sociólogo por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor de la Maestría de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la PUCP.

Una de las formas para responder a la crisis económica consiste en reformular la organización del trabajo, de modo que se superase las dificultades del estancamiento existente⁽²⁾. Se abre un proceso donde la empresa empieza a subdividir las fases de producción, independizándose entre ellas, lo que permite que puedan ejecutarse sin poner en peligro la producción en general. Asimismo, desaparecen de las empresas las largas líneas de producción que concluyen con bienes estandarizados y son sustituidos por pequeños equipos de trabajadores que producen una específica parte del proceso bajo la coordinación de una dirección central. Así, los bienes pueden ser rediseñados y modificados sin detener la producción en las demás secciones, y la producción de bienes particularizados que se colocan en el mercado cobran importancia. El paradigma de este modelo de producción es la empresa flexible.

La consolidación del modelo se logra cuando se independizan las fases de producción ya no solo al interior de una misma empresa, sino que también se pueden realizar externamente a ella. Al subdividirse las fases productivas, las empresas no requieren mantener el mismo número de trabajadores reduciendo su plantilla al número esencial que asegure la dirección productiva desde la central. Ya sea con el traslado externo de la fase productiva a terceras empresas por la subdivisión en nuevas pequeñas compañías que giran alrededor de la empresa matriz se dan forma a los dos modelos empresariales hegemónicos en la globalización de la economía: la empresa-red y el grupo de empresas.

El presente artículo tiene por objeto analizar la negociación colectiva en el grupo de empresas dentro del contexto de la descentralización productiva, poniendo el énfasis en la situación laboral peruana. Se formula como interrogante principal si la normativa peruana vigente resulta adecuada para ejercitar la negociación colectiva a nivel del grupo de empresa.

Para dar respuesta a este interrogante se ha dividido este trabajo en cuatro secciones. En la primera sección se examina brevemente la hegemonía que está alcanzando el grupo de empresas y la empresa-red dentro de la descentralización productiva, de modo que paulatinamente la relación triangular de las relaciones laborales se convierte en la predominante en la producción. En la segunda sección se aborda la naturaleza del grupo de empresas destacando sus rasgos de identidad que permite desde el fenómeno económico-social plantear la justificación de su forma jurídica. En la tercera sección se evalúa el marco normativo nacional de la

(2) Una de las primeras investigaciones que muestran los profundos cambios que se venían produciendo en la organización del trabajo la encontramos en: PIRE, Michael J. y SABEL, Charles F. *La segunda ruptura industrial*. Alianza Editorial, Madrid, 1990.

negociación colectiva a nivel de grupo de empresas. En la cuarta sección se analiza la praxis jurídica de la negociación colectiva peruana en los grupos de empresa, donde se señalan las debilidades y los vacíos que dificultan el ejercicio de este derecho fundamental.

I. LA HEGEMONÍA DE LA EMPRESA-RED Y DEL GRUPO DE EMPRESAS EN LA GLOBALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA

La empresa-red es un término introducido por el sociólogo Castells, refiriéndose a aquellas empresas que aprovechando la economía informacional son capaces de crear conocimiento y procesar dicha información con eficacia, adaptándose con facilidad a las propias mutaciones de la economía, de modo que desde su flexibilidad pueden modificar sus medios con la oportuna rapidez como cambian los fines. Se trata de colocar la innovación como el elemento clave para ser competitivo⁽³⁾.

En general, se reconoce que la empresa-red se ha constituido predominantemente sobre la base de dos tipos de organizaciones empresariales en el marco de la descentralización productiva.

El primero consiste en que la empresa distribuye las fases de su producción de bienes hacia otras empresas (externalización) sin perder el control sobre el proceso productivo⁽⁴⁾. El abanico de posibilidades de la externalización (*outsourcing*) de la producción es bastante amplio: se tiene desde una empresa que directamente implementa solo las labores más esenciales (el núcleo del negocio) y contrata a terceras empresas para que implementen el resto del proceso productivo, como suele ocurrir con algunas empresas multinacionales que gozan de prestigio internacional por su marca (o logo) hasta una empresa que contrata a otra para una fase específica del proceso productivo, como ocurre con las empresas automotrices con la adquisición de los neumáticos u otros accesorios complementarios para sus vehículos.

(3) Cfr. CASTELLS, Manuel. *La era de la información. La sociedad red*. Vol. 1. 2ª ed., Alianza Editorial, traducción de Carmen Martínez Gimeno y Jesús Alborés, Madrid, 2002, p. 226.

(4) Cfr. URREA GIRALDO, Fernando. "Globalización, subcontratación y desregulación laboral. Una revisión bibliográfica parcial". En: ARANGO, Luz Gabriela y MARINA LÓPEZ, Carmen (compiladoras). *Globalización, apertura económica y relaciones industriales en América Latina*. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1999, pp. 56-57.

El segundo consiste en que una empresa contrata a terceros –personas naturales o jurídicas– para que le proporcionen personal que cumpla labores al interior de su centro de trabajo, con independencia de si dichas labores son la actividad principal o auxiliar de dicha empresa. A diferencia del tipo anterior, aquí no hay una externalización de la producción sino, más bien, la incorporación de personal a las labores de la empresa –siempre sometidos a su dirección, aunque bajo un régimen distinto al de sus propios trabajadores–.

El tipo de obligación que adquiere el tercero respecto a la empresa principal podría ser el elemento clave para ubicar qué clase de descentralización productiva se implementa. Si la obligación del tercero fuera una obligación de hacer, prestar un servicio o elaborar un bien, nos encontraríamos ante una externalización de la producción. En cambio, si la obligación del tercero es una obligación de dar, suministrar o ceder trabajadores, nos encontraríamos ante una incorporación de personal a las labores productivas.

El grupo de empresas consiste en la articulación de varias empresas, de modo que las actividades al interior del grupo se den coordinadamente y obedezcan a una planificación común de recursos y una política empresarial conjunta. Se debe descollar la falta de coincidencia entre la realidad económica del grupo sometido a una acción conjunta y la realidad jurídica donde cada empresa goza de una personalidad jurídica propia. Se suele clasificar a los grupos de empresas en dos categorías: por un lado, el grupo de empresas articulado bajo la dirección jerárquica proveniente de una de las empresas; y, por otro lado, donde las empresas tienen completa independencia y no existe en ellas ningún tipo de relación de dominación, sino de coordinación⁽⁵⁾.

Algunos de los grupos de empresa se han conformado artificialmente sobre la base de una gran empresa que externaliza las fases productivas, por medio de la constitución paralela de empresas en cada una de ellas y traslada simultáneamente a sus trabajadores a dichas empresas por medio de despidos y de nuevas contrataciones. De este modo, las nuevas empresas se comportan como satélites de la empresa principal y cumplen sus actividades en función a los requerimientos de ella. Los trabajadores tienen una nueva relación laboral con las nuevas empresas y ya no con la empresa principal, lo que en muchos casos significa el abaratamiento de los costos laborales dada las nuevas condiciones peyorativas establecidas en los nuevos contratos. Un buen ejemplo se produjo con las grandes

(5) Cfr. MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCÍA-MURCIA, Joaquín. *Derecho del Trabajo*. 17ª ed., Editorial Tecnos, Madrid, 2008, p. 113.

empresas de telefonía que externalizaron sus actividades –instalación, mantenimiento, telefonía celular, etcétera– a través de nuevas pequeñas empresas que continuaron bajo su control.

En términos comparativos de los dos modelos empresariales se puede resaltar que la empresa-red se constituye en un marco contractual, donde la empresa principal tiene una serie de contratos civiles o mercantiles con otras empresas para que le provean servicios o cumplan determinadas tareas de su actividad productiva, de modo que la cadena productiva se estructura en relaciones interempresariales. En cambio, el grupo de empresas se constituye en un marco societario, donde la empresa matriz ejerce algún nivel de control sobre las demás empresas del grupo en razón a la propiedad del capital o una coordinación organizada entre ellas, de modo que el grupo se estructura en relaciones intraempresariales⁽⁶⁾.

Sin embargo, estas diferencias se relativizan si adoptamos una visión sistémica del proceso productivo, donde la empresa principal o matriz lidera la planificación de la actividad económica señalando a los demás componentes las labores por cumplir. De ese modo, el sistema resulta armonioso para la finalidad establecida.

En esa línea de argumentación, Gianibelli resalta la aparente oposición entre ambos modelos de empresas pero en realidad buscan la misma finalidad:

“Esta breve aproximación permite distinguir ambos fenómenos –concentración económica y descentralización productiva– en los cuales el elemento diferenciador está dado por la estructura de relacionamiento entre las unidades de empresa. En el primer supuesto, la concentración acentúa la idea de pertenencia por cuanto los capitales están residenciados en un único centro y el fin común valoriza y acumula los resultados de cada esfera en función del conjunto. En el segundo, las empresas menores no solo están diferenciadas en términos de personalidad jurídica independiente, como también ocurre en el grupo, tampoco existe ligamen accionarial o de otro tipo de vinculación entre capitales con la empresa mayor. (...) en ambos casos las relaciones son caracterizadas por el control que unas unidades ejercen sobre las otras, en el supuesto de grupo, como medio de valorización

(6) Cfr. PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. “La descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo”. En *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo*. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000, p. 15 y ss.

del mismo, en la descentralización, como fórmula de flexibilización, adaptabilidad y fundamentalmente, reducción de costes⁽⁷⁾.

En todo caso, la opción por el modelo de empresa estaría definida por la estabilidad de la demanda del bien o servicio por prestar:

“La globalización de los mercados ha aumentado en forma muy importante las condiciones que las empresas deben cumplir para alcanzar competir en el mercado. El tamaño crítico que la empresa necesita alcanzar para poder competir ha favorecido la concentración de capitales y la aparición de grandes grupos con capacidad de dominio del mercado global o regional. Las empresas se organizan para aumentar su volumen de acción en los conocidos grupos de empresas o conjuntos económicos. También las empresas funcionan en red como respuesta a estos mismos desafíos del mercado. Las redes de empresas tienen la ventaja de que se adaptan rápidamente a la demanda: cuando hay una demanda fuerte se organiza la red, cuando no, se disuelve. A diferencia del conjunto económico o grupo de empresas, la red no tiene estabilidad, solo se conforma la red cuando es necesaria para satisfacer la demanda del bien o servicio. La pequeña y mediana empresa tiene un rol importante en este nuevo esquema de organización en forma de red y por ello experimenta un auge en el nuevo contexto económico. Su tamaño le permite adaptarse con más facilidad a las exigencias de flexibilidad y cambio al tono de la demanda: las nuevas tecnologías ayudan a la eficacia de este nuevo funcionamiento empresarial. Se genera así muchas veces un ‘mercado de servicios empresariales’ que opera dentro de un mercado de bienes y/o servicios para el gran público. Un mercado de proveedores de empresas y otro de consumidores finales⁽⁸⁾.”

II. LA DEPENDENCIA FUNCIONAL DESVELA LA NATURALEZA DEL GRUPO DE EMPRESA

El proceso de la descentralización productiva que predomina por la globalización de la economía termina por trastocar los conceptos de trabajador y de

(7) GIANIBELLI, Guillermo. “Transformaciones de la empresa y el Derecho del Trabajo”. En: *Las transformaciones de la empresa en el Derecho del Trabajo* de Mario Ackerman y Diego Martín Tosca, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007, pp. 813-814.

(8) FERNÁNDEZ BRIGNONI, Hugo. “Las mutaciones de las empresas en el inicio del siglo XXI” En: *Las transformaciones de la empresa en el Derecho del Trabajo* de Mario Ackerman y Diego Martín Tosca. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007, pp. 300-301.

empresa respectivamente, así como la propia relación jurídica entre ellos⁽⁹⁾. Lo novedoso es la forma triangular que adquiere la relación entre el trabajador, su empleador y el beneficiario del trabajo. En el clásico Derecho del Trabajo, el empleador es el beneficiario del trabajo prestado por el trabajador; por ello, la relación laboral se estructura en el marco de una bilateralidad⁽¹⁰⁾, pero con la descentralización productiva la bilateralidad se ve trastocada, desorganizando las estructuras básicas del Derecho del Trabajo.

De este modo, el carácter protector de los derechos laborales organizado sobre la relación bilateral se desdibuja ante la relación triangular predominante en la nueva organización del trabajo. Como se viene señalando desde la doctrina, los ordenamientos laborales carecen de la adaptación apropiada para regular la figura triangular de la descentralización productiva⁽¹¹⁾. Este trastorno también quedó reflejado en la jurisprudencia laboral. Por ejemplo, la Corte Suprema canadiense señaló que la relación tripartita de la descentralización productiva no encaja fácilmente en el esquema clásico de las relaciones bilaterales. La característica tradicional de un empleador es compartida por dos entidades separadas, y ambas tienen una cierta relación con el trabajador temporal⁽¹²⁾.

Para asegurar la extensión de la debida protección a los trabajadores inmersos en dicha relación triangular, se resalta que el beneficiario de su trabajo también sea responsable de las obligaciones laborales en términos solidarios con el empleador directo.

“De entrada debemos poner el acento en el hecho de que la prestación de trabajo que desarrolla el trabajador beneficia al empresario principal. En los supuestos de descentralización productiva, en los que se manifiesta una relación triangular caracterizada por la pluralidad empresarial, de modo que repercute sobre el empresario principal, ese empresario debe quedar afectado por la responsabilidad frente al trabajador con quien no mantiene una relación laboral, pues se beneficia de la prestación de trabajo, percibe el resultado de la misma, lo adquiere, a veces, incluso de manera directa. Este es el fundamento

-
- (9) Cfr. RIVERO LAMAS, Juan. “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo”. En: AA.VV. *La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2000, p. 20.
- (10) Cfr. ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAHAMONDE, María Emilia. *Derecho del Trabajo*. Vigésimo cuarta edición revisada, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2006, p. 251.
- (11) Cfr. MENÉNDEZ CALVO, Remedios. *Negociación colectiva y descentralización productiva*. Consejo Económico y Social, Madrid, 2009, p. 23.
- (12) CORTE SUPREMA DE CANADÁ. *Case of Pointe Claire (City) v. Quebec (Labour Court)* 1. SCR, 1997, pp. 1015, 1055.

de la extensión de la responsabilidad en contratas y subcontratas y es perfectamente aplicable a este otro ámbito de descentralización no regulado por nuestro ordenamiento”⁽¹³⁾.

La protección de los trabajadores inmersos en alguna modalidad de descentralización productiva se ha centrado especialmente bajo dos mecanismos. Por un lado, configurar con claridad los supuestos en los que resulta legal la contratación de trabajadores bajo alguna de estas modalidades para evitar el fraude laboral. En este caso, las legislaciones suelen apelar como criterio a la noción de actividad principal o propia de la empresa que hace uso de ellas. Por otro lado, extender la responsabilidad civil sobre la empresa principal respecto a las obligaciones laborales de los trabajadores contratistas.

La legislación laboral suele trazar la frontera de la descentralización productiva en función a prohibir o permitir su implementación dentro de la actividad principal o propia de la empresa usuaria. Aquellos que la prohíben sustentan su posición en que la actividad principal (el núcleo del negocio) debe continuar bajo la responsabilidad directa de la empresa y que el apoyo de otras empresas debe concentrarse en las demás actividades. En cambio, los que la permiten sostienen que no se puede restringir la forma de organizar la empresa siempre que se asegure el respeto de los derechos de los trabajadores contratistas, de allí que se incluya la responsabilidad civil de la empresa principal. De esto se desprende que los puntos controversiales son la prohibición o la aceptación de que un tercero participe directamente en la actividad principal y establecer las fronteras de la actividad principal que lo diferencia de las otras actividades.

Respecto a su prohibición o aceptación, hay una cierta inclinación legislativa por su aceptación en la subcontratación y su prohibición en la cesión de trabajadores. Así, en el caso español se permite la subcontratación de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa principal (artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores); mientras que se prohíbe la cesión de trabajadores, con excepción de las empresas de trabajo temporal (artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores). En el caso argentino se permite la subcontratación sobre la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito (artículo 30 de la Ley de Contrato de Trabajo); mientras que se prohíbe la cesión de trabajadores y se consideran empleados directos de quien utilice su prestación (artículo 29 de la Ley del Contrato de Trabajo).

(13) GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. “Descentralización productiva y ordenamiento laboral. En busca de respuestas jurídicas a la desprotección del trabajador”. En: AA.VV. *Temas centrales del Derecho del Trabajo del siglo XXI*. ARA Editores - Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú., Lima, 2009, pp. 168-169.

En cuanto a las fronteras que fijan la actividad principal o propia de la empresa usuaria de la descentralización productiva, Gorelli nos recuerda que se han conformado dos posturas o posiciones interpretativas. Por un lado, la interpretación amplia que considera a todas las operaciones que sean necesarias para el desarrollo de la actividad productiva, lo que conduce a incluir a las actividades complementarias o auxiliares⁽¹⁴⁾. Por otro lado, la interpretación más restrictiva que se centra en lo “inherente” de la actividad productiva, lo cual significa que solo aquellas operaciones específicas que tengan relación con el ciclo productivo de la empresa forman parte de él, y se excluyen las actividades complementarias o auxiliares. Como sostiene el profesor español:

“Desde este punto de vista, la ‘propia actividad’ [término utilizado por la legislación española] implicaría distinguir entre aquellas actividades que son necesarias para el fin productivo, pero que no forman parte del núcleo productivo central. Es decir, probablemente el sentido de la propia actividad sea el de distinguir aquellas actividades que ayudan de manera directa a la consecución de la finalidad productiva y otras actividades, que formando parte del ciclo productivo, sin embargo tienen un carácter puramente complementario o marginal”⁽¹⁵⁾.

El interés por la fijación de la frontera reside en que la responsabilidad civil establecida legislativamente para la empresa principal o usuaria está en relación con ella. Si un trabajador contratista labora dentro de la actividad propia o principal de la empresa usuaria, esta está “más obligada” a asegurar el respeto de los derechos laborales aunque la relación de trabajo sea con la empresa contratista. A su vez, esto significa que si el trabajador contratista labora en una actividad complementaria o auxiliar, la responsabilidad será menor para la empresa usuaria.

Esto ha conducido a sostenidas críticas desde la doctrina jurídica, porque justamente los trabajadores más vulnerables se ubican dentro de las actividades complementarias o auxiliares⁽¹⁶⁾. Además, las fórmulas de responsabilidad civil dispuestas en las legislaciones laborales se suelen concentrar sobre los aspectos estrictamente salariales o de las contribuciones a la seguridad social, dejan de lado otras condiciones de trabajo esenciales y originan diferencias entre los trabajadores de las empresas principales y contratistas⁽¹⁷⁾.

(14) Cfr. GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. Ob. cit., pp. 158-159.

(15) Ídem.

(16) Cfr. VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. “Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo”. En *Revista Sistema*. N° 168-169, Sistema, Madrid, 2002, p. 81.

(17) Cfr- MENÉNDEZ CALVO, Remedios. Ob. cit., p. 141.

Se vienen planteando alternativas a la noción de “propia actividad” o “actividad principal” dada las evidentes debilidades en su formulación. Entre los planteamientos destaca la dependencia funcional. Esta propuesta resalta la integración que se produce entre las empresas durante la descentralización productiva, lo que conduce a ir más allá de las formas contractuales. Se trata de recuperar en toda su dimensión la importancia del beneficio del trabajo que se obtiene, de modo que sea el elemento definidor en asumir los costos económicos y sociales relacionados con la descentralización productiva, es decir, que sea el enfoque relacional y funcional de la actividad productiva lo que predomine⁽¹⁸⁾.

Este enfoque de dependencia funcional reconoce múltiples empleadores para diferentes propósitos, donde la coordinación, la toma de decisiones, la asunción de riesgos, que son las funciones tradicionales del empleador, siguen siendo las bases para adscribir responsabilidades en las obligaciones laborales⁽¹⁹⁾. En realidad, se trata de una lectura socioeconómica de la descentralización productiva que permite traslucir el vínculo entre la dependencia funcional de las empresas y los beneficios de las labores de los trabajadores⁽²⁰⁾. Inclusive el profesor Davidov va más allá al sostener que la asignación de responsabilidades entre los empresarios no solo debe ser un enfoque funcional, sino que también debe responder al déficit democrático y de dependencia económica que experimentan los trabajadores⁽²¹⁾.

En todas esas propuestas se reconfiguran las relaciones laborales y se apartan de la visión tradicional bilateral que existe y que reconoce que la relación triangular es la dominante. Se abandona una lectura reduccionista formal y se pone el énfasis en la fenomenología de la descentralización productiva. Hay tres actores en esta relación: la empresa principal o usuaria, la empresa contratista o auxiliar y el trabajador. La dependencia funcional que se produce en la relación los vincula y genera un conjunto de derechos y obligaciones en el ámbito laboral. De este modo pierde relevancia si el trabajador labora en la actividad principal o complementaria de la empresa usuaria o auxiliar; basta que sea uno de los componentes de esa

(18) Cfr. DEAKIN, Simon. “Commentary. The changing concept of ‘employer’ in Labour Law”. En: *Industrial Law Journal*. Vol. 30 (1), University Press, Oxford, 2001, p. 72 y FUDGE, Judy. “The legal boundaries of the employer, precarious workers, and labour protection”. En: DAVIDOV, Guy y LANGILLE, Brian (Editores). *Boundaries and frontiers of Labour Law. Goals and means in the regulation of work*. Hart Publishing, Oxford and Portland, 2006, p. 314.

(19) Ídem.

(20) Cfr. ARCE ORTIZ, Elmer. “Imputación de cargas laborales en la subcontratación ¿persiguiendo un gigante o a un molino de viento?”. En: *Alcances y eficacia del Derecho del Trabajo: tercerización, inspección y derechos colectivos*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo, Lima, 2008. pp. 26-27.

(21) Cfr. DAVIDOV, Guy. “Joint employer status in triangular employment relationships”. En: *British Journal of Industrial Relations*. Vol. 42 (4), Wiley-Blackwell, Oxford, 2004, p. 727.

relación triangular para que sea un sujeto de derechos en el marco de la descentralización productiva.

Esta posición jurídica cobra más importancia si consideramos las consecuencias que se vienen materializando sobre los trabajadores y las organizaciones sindicales por el impacto de la transformación del trabajo en las empresas, en especial sobre la negociación colectiva.

III. EL NIVEL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL PERÚ

La fijación del nivel de negociación colectiva se encuentra regulada por la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante, TUO-LRCT) en su artículo 45, señalando como regla general que son las propias partes de común acuerdo quienes fijan el nivel. Sin embargo, en el mismo artículo la ley se establece que “A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa”. Asimismo, si existe una convención colectiva en algún nivel, para entablar otra distinta se requiere el acuerdo de las partes, no pudiendo establecerse por acto administrativo ni por laudo arbitral. Al lado de esta regulación, la tercera disposición transitoria y final de la original Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Ley N° 25593) estableció que las negociaciones colectivas a nivel de rama de actividad que estaban en trámite al momento de la vigencia de la ley, debían ratificar o modificar su voluntad de continuar negociando en dicho nivel, de no haber acuerdo de partes, “la negociación colectiva se llevará a cabo a nivel de empresa”.

En términos prácticos, por esta regulación los empresarios peruanos rehusaron sistemáticamente en aceptar una negociación colectiva por rama de actividad. Asimismo, las negociaciones en este nivel que se encontraban en trámite fueron entorpecidas para conducir las al nivel de empresa, por lo que casi desapareció este nivel de negociación en el país.

La regulación fujimorista fue parcialmente reformada con la promulgación de la Ley N° 29712 que modificó el artículo 46 del TUO-LRCT estableciendo en su último párrafo: “De existir un nivel de negociación en determinada rama de actividad, esta mantendrá su vigencia”. Asimismo, se derogó la original regulación de la tercera disposición transitoria y final de la ley.

Esta modificación reabrió la negociación colectiva por rama de actividad en el país. Las organizaciones sindicales que previamente a la vigencia de la LRCT negociaban a este nivel (construcción civil, portuarios, etc.), volvieron a presentar sus pliegos de reclamos a los gremios empresariales con la nueva regulación. Los

empresarios continuaron rechazando la negociación colectiva al nivel de rama de actividad. Sin embargo, a diferencia del periodo anterior, el Ministerio de Trabajo ordenó en resoluciones administrativas que se instalasen las mesas de negociaciones. Uno de esos casos fue en el sector de la construcción civil.

La Cámara Peruana de la Construcción (en adelante, Capeco) presentó un recurso de amparo contra el Auto Directoral del Ministerio de Trabajo que ordenaba el inicio de la negociación colectiva a nivel de rama de actividad. El caso fue resuelto por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 26 de marzo de 2003. El Alto Tribunal establece en su fundamento jurídico 3.3 que:

“(…) con el fin que la negociación colectiva no se torne inoperante, es razonable y justificado que el Estado intervenga, estableciendo medidas que favorezcan una efectiva negociación. *En ese sentido, deberán expulsarse de nuestro ordenamiento aquellas que resulten incompatibles con un eficaz fomento de la negociación colectiva en el sector de construcción civil, y de ser el caso, expedirse normas que sin desconocer que el nivel de negociación debe fijarse por acuerdo mutuo, establezcan como nivel de negociación el de rama de actividad cuando no pueda arribarse a dicho acuerdo*” (la cursiva es mía)⁽²²⁾.

Ante el revés jurídico que supuso la sentencia del Tribunal Constitucional, la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (Confiep) y la Cámara Peruana de la Construcción (Capeco) presentaron una queja ante el Comité de Libertad Sindical contra el Estado peruano (Caso 2375) por la violación del Convenio N° 98 de la OIT al imponer al sector de la construcción civil la obligación de negociar a nivel de rama de actividad.

El Comité de Libertad Sindical se pronuncia en los siguientes términos:

En base al principio de negociación colectiva libre y voluntaria, establecido en el artículo 4 del Convenio núm. 98, *la determinación del nivel de negociación colectiva debería depender esencialmente de la voluntad de las partes y, por consiguiente, dicho nivel no debería ser impuesto en virtud de la legislación, de una decisión de la autoridad administrativa o de una jurisprudencia de la autoridad administrativa de trabajo*. El Comité ha considerado que para proteger la independencia de las partes interesadas, sería más apropiado permitirles que decidan de común acuerdo a qué nivel debe realizarse

(22) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERU. *Sentencia del 26 de marzo de 2003 (Expediente N° 00261-2003-AA/TC)*.

la negociación; *no obstante, en muchos países, esta cuestión corresponde a un organismo independiente de las partes; el Comité ha estimado que en tales casos dicho organismo debe ser realmente independiente (la cursiva es mía)*⁽²³⁾.

Se interpreta el pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical que no debe ser ni la legislación, ni la autoridad administrativa de trabajo, quienes definen el nivel de negociación colectiva sino los propios actores sociales. A la vez, el Comité considera que si la legislación dispone que un organismo independiente de las partes determine el nivel de la negociación colectiva, esto no sería violatorio del Convenio 98 siempre que sea independiente de las partes. En principio, el organismo judicial o un tribunal arbitral pueden cumplir dicho rol.

Por ello, el Comité de Libertad Sindical solicita al gobierno peruano que:

“tome las medidas necesarias para la modificación del artículo 45 del Decreto Ley N° 22593 y del artículo 46 de la Ley N° 27912 con objeto de ponerlos en conformidad con las normas de la OIT y los principios señalados, de manera que el nivel de la negociación colectiva sea determinado libremente por las partes concernidas. En cuanto al problema del nivel de la negociación colectiva cuando las partes no se ponen de acuerdo, el Comité ha tomado nota de los argumentos de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 26 de marzo de 2003 en favor en tales casos de la negociación colectiva a nivel de rama de actividad en el sector de la construcción. El Comité toma nota del interés del Gobierno en promover la negociación colectiva de acuerdo con la Constitución Nacional y con el artículo 4 del Convenio núm. 98. No obstante, el Comité estima que en caso de desacuerdo entre las partes sobre el nivel de negociación, más que una decisión general de la autoridad judicial en favor de la negociación a nivel de rama de actividad, se ajusta mejor a la letra y al espíritu del Convenio núm. 98 y de la Recomendación núm. 163 un sistema establecido de común acuerdo por las partes en el que en cada nueva negociación colectiva puedan hacer valer de manera concreta sus intereses y puntos de vista. El Comité pide al Gobierno que invite a las organizaciones de trabajadores y de empleadores más representativas a establecer un mecanismo de solución de

(23) COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL. *Informe N° 338 Caso 2375 (Perú)*. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, noviembre 2005, párrafo 1226.

los conflictos relativos al nivel en que debe realizarse la negociación colectiva” (la cursiva es mía)⁽²⁴⁾.

Lo que resulta valioso destacar en el pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical es que la sentencia del Tribunal Constitucional no puede establecer permanentemente el criterio que la negociación colectiva se desenvuelva a nivel de rama de actividad, las partes siempre deben conservar el derecho a definir el nivel de negociación, aunque esto ocurra cada vez que se produzca una negociación colectiva. En otras palabras, lo que rechaza el Comité de Libertad Sindical es el establecimiento permanente de un nivel de negociación porque esto recorta la negociación libre y voluntaria de las partes. Lo que el Comité no cuestiona es que el Tribunal Constitucional defina específicamente para este periodo el nivel de negociación, en coherencia a su pronunciamiento anterior sobre que un organismo independiente a las partes cumpla dicho rol.

Con posterioridad al informe definitivo del caso, el Comité de Libertad Sindical se vuelve a pronunciar al respecto, precisando el contenido del principio de negociación libre y voluntaria ante la intervención gubernamental peruana.

“El Comité ha tomado nota de los argumentos del Gobierno sobre las conclusiones formuladas en el anterior examen del caso, así como de los comentarios, de la Federación de Trabajadores en Construcción Civil del Perú y de los argumentos del Tribunal Constitucional a favor de la negociación colectiva a nivel de rama de actividad en el ramo de la construcción. El Comité quiere dejar bien claro que en sus conclusiones anteriores no había tomado partido ni por la negociación a nivel de rama de actividad (que se produce en la práctica desde hace años) ni por la negociación a nivel de empresa. El principio fundamental que el Comité ha señalado es que el nivel de la negociación colectiva sea determinado libremente por las partes concernidas. *A este respecto, lo que el Comité observa es que en aplicación del sistema legal nacional e invocando el Convenio núm. 98 de la OIT, el Tribunal Constitucional ha determinado para todas las negociaciones colectivas que se produzcan en el sector de la construcción que deban realizarse a nivel de rama de actividad, alterando así el principio de autonomía de las partes y el principio de la negociación libre y voluntaria, principios indisociables del derecho de negociación colectiva consagrado en el Convenio núm. 98.*

(24) *Ibidem*, párrafo 1227.

El Comité estimó que en caso de desacuerdo entre las partes sobre el nivel de negociación, más que una decisión general de la autoridad judicial a favor de la negociación a nivel de rama de actividad, se ajusta mejor a la letra y al espíritu del Convenio núm. 98 y de la Recomendación núm. 163 un sistema establecido de común acuerdo por las partes en el que en cada nueva negociación colectiva puedan hacer valer de manera concreta sus intereses y puntos de vista” (la cursiva es mía)⁽²⁵⁾.

Si bien el Caso 2375 no se refiere directamente a la negociación colectiva en el grupo de empresas, plantea un punto central: cuál es el marco válido de la intervención estatal, ya sea legislativa, administrativa o judicial sobre la negociación colectiva sin violar el principio de negociación libre y voluntaria. En el referido caso, el Comité de Libertad Sindical es preciso en señalar que la actuación estatal –la sentencia del Tribunal Constitucional para ser más preciso– alteró el principio de autonomía de las partes y de la negociación libre y voluntaria cuando determina que todas las negociaciones colectivas deban realizarse a nivel de rama de actividad, con independencia de que en la práctica se haya producido a ese nivel en años anteriores. En realidad, los actores sociales siempre deben contar con la potestad de variar o modificar el nivel de su negociación colectiva, o que una de ellas pueda apartarse o rechazar el nivel de negociación propuesto, sin que la intervención estatal pueda imponerlo. Se requiere que en cada negociación las partes gocen de la libertad de definir el nivel de negociación.

El profesor Neves evalúa que el pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical resulta menos protector que la sentencia del Tribunal Constitucional peruano, por lo que se inclina a favor de esta última:

“puede verse que hay dos lecturas sobre las normas que regulan la determinación del nivel: una, más igualitaria para ambas partes, conforme a la cual, solo el acuerdo entre ellas puede fijarlo, nunca el Estado, que es la acogida por los órganos de aplicación de la Organización Internacional del Trabajo; y otra, más protectora de los trabajadores, que admite en los supuestos excepcionales la asignación del nivel de rama de actividad por el Estado, que está enunciada por nuestro Tribunal Constitucional. No hay duda de que tendremos que preferir la formulada por el organismo nacional, de carácter jurisdiccional, que es el máximo intérprete de la Constitución y que, por

(25) COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL. *Informe N° 343, Caso 2375 (Perú)*. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, noviembre 2006, párrafo 181.

añadidura, resulta la más favorable para los trabajadores, conforme al principio que rige en el Derecho del Trabajo⁽²⁶⁾.

Efectivamente, la sentencia del Tribunal Constitucional resulta más protector que el pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical. Sin embargo, el carácter protector no sería suficiente argumento para restringir la aplicación del principio de negociación libre y voluntaria, razonamiento principal que apela el órgano de control de la OIT en su pronunciamiento. Una libertad fundamental como la negociación libre y voluntaria solo puede ser restringida por otra libertad o derecho fundamental, no por un criterio interpretativo más protector.

Traslademos este pronunciamiento al campo de la negociación colectiva en el grupo de empresas. Los órganos de control de la OIT son precisos en señalar que ni el Estado ni el empleador pueden cuestionar la estructura sindical que adopten los trabajadores cuando constituyan un sindicato, con lo que es violatorio de la libertad sindical cuestionar la legitimación de los trabajadores para negociar colectivamente en función a este argumento. Sin embargo, esto no significa que el Estado pueda imponer el nivel de negociación colectiva a las partes sobre la base de la legitimación convencional. Las partes libremente pueden establecer el nivel de negociación. En el caso que exista un *impasse* entre las partes para la definición del nivel de negociación, los órganos de control de la OIT señalan que un órgano independiente de las partes resolviese el nivel de negociación o el contenido del convenio colectivo, permitiendo con ello que la conciliación, la mediación, el arbitraje o el organismo judicial fuesen mecanismos válidos para cumplir dicho rol. En cambio, lo que rechaza el Comité es que la autoridad administrativa de trabajo resolviese estas materias. Del mismo modo, la obligatoriedad de la conciliación, la mediación y el arbitraje también son rechazados. Lo recomendable es que las partes libremente eligiesen el mecanismo de solución. No obstante esto, los órganos de control de la OIT han considerado que existen supuestos donde cabe excepcionalmente implementar un arbitraje obligatorio en la definición del nivel de negociación colectiva.

En conclusión, si surge un conflicto en el nivel de negociación en el grupo de empresas, son las partes quienes libremente deben resolver el *impasse*, pudiendo recurrir a los mecanismos autónomos y heterónomos de solución de conflictos, de aquí que cobre importancia el arbitraje.

(26) NEVES MUJICA, Javier. "El nivel de la negociación en la actividad portuaria". En: *Revista Asesoría Laboral*. Año XVII, N° 196, Estudio Caballero & Bustamante, Lima, abril 2007, p. 17.

Sin embargo, esto no puede interpretarse que el rechazo a la negociación colectiva pueda justificarse sobre la base de la falta de legitimación del sindicato o la federación que presenta el pliego de reclamos. Nos encontramos en dos situaciones jurídicas diferentes: cuestionar la legitimación del titular del derecho y cuestionar el nivel de negociación.

Aquí recuperamos otro de los temas controversiales en la negociación colectiva entre empresas contratistas y un sindicato de rama de actividad. El argumento empresarial de que un sindicato de rama no puede negociar a nivel de empresa –o grupo de empresas–. En el caso PROCOM AGUA, el Sindicato Único de Trabajadores del Área Comercial Services del agua potable y alcantarillado de Lima y Callao presentó su pliego de reclamos a la empresa Consorcio Procom Agua. Entre uno de los argumentos que plantea la empresa para rechazar el pliego de reclamos consiste en que una interpretación literal del artículo 47 del TUO-LRCT impide que los sindicatos de rama de actividad puedan entablar negociaciones colectivas con una sola empresa del sector, dado que la referida norma sostiene que la capacidad de negociar corresponde al sindicato respectivo o, a falta de este, los representantes expresamente elegidos por mayoría absoluta de los trabajadores.

Desde el punto de vista empresarial, el TUO-LRCT establece que solo un sindicato de empresa puede negociar a nivel de empresa, por lo que un sindicato de rama de actividad estaría prohibido de hacerlo en ese nivel o en otro distinto a la propia rama. Ante la falta de un sindicato de empresa, serían solo los representantes de la mayoría absoluta de los trabajadores que pueden establecer una negociación colectiva.

La Dirección General del Trabajo resuelve que la interpretación literal del mencionado artículo formulada por la empresa es inadecuada porque resulta arbitraria, en razón que el término “sindicato respectivo” podría también aludir a cualquier otro tipo de organización sindical contemplado en el artículo 5 del TUO-LRCT que legítimamente pudiera actuar en el ámbito de la empresa. De allí que la Dirección se decante por una interpretación sistemática que considere el desarrollo de la jurisprudencia constitucional del país. Sobre esa base sostiene que los trabajadores de la empresa son libres de constituir un sindicato o afiliarse a uno existente siempre que respeten sus estatutos. En este caso los trabajadores de la empresa decidieron afiliarse a un sindicato de rama de actividad y, apoyándose en la conclusión que establecimos previamente, la Dirección sostiene:

“La correspondencia de la organización sindical con un nivel de negociación fijado por la ley no determina que necesariamente aquella organización sindical exclusivamente negocie en dicho nivel referencial. El nivel de negociación es, al momento de la conformación

de la organización de trabajadores, una referencia que en todo caso debe considerarse dinámica, pues allí donde exista legitimidad negociadora podrá haber una organización de nivel superior (rama de actividad) que pueda entablar una negociación en el nivel de empresa”⁽²⁷⁾.

La posición del Ministerio de Trabajo es rechazar una interpretación literal que considere una imposición del artículo 47 del TUO-LRCT que solo los sindicatos de empresa pueden negociar a ese nivel, excluyendo a otro tipo de organización sindical.

Esta interpretación del ministerio se ve reforzada por los argumentos que se han desarrollado en este acápite, en especial los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical, donde precisan que un sindicato de rama de actividad (aunque en realidad podría ser cualquier tipo de organización sindical) puede negociar a nivel de empresa siempre que goce de una representatividad entre los trabajadores de la empresa.

De este modo, una interpretación armoniosa del artículo 47 del TUO-LRCT con los Convenios N°s 87 y 98 de la OIT que gozan de rango constitucional, conduciría a sostener que el “sindicato respectivo” alude a la organización sindical en general que negocia a nivel de empresa o de grupo de empresas, sin referirse a un determinado tipo de organización sindical. Esto significa que las empresas contratistas no pueden rechazar un pliego de reclamos argumentando que el sindicato de rama de actividad (u otro tipo de organización sindical), al cual se encuentran afiliados sus trabajadores, está impedido de negociar a nivel de empresa. La única exigencia es que el sindicato acredite gozar de representatividad entre los trabajadores de la empresa.

Estos casos retratan las dificultades del ejercicio de la negociación colectiva de trabajadores contratistas que se afilian a sindicatos de rama de actividad. En principio, los trabajadores contratistas pueden constituir su propia organización sindical si cumplen con los requisitos exigidos por la ley y negociar directamente con la empresa contratista. No obstante, estos casos evidencian una tendencia de que estos trabajadores valoran agruparse con otros trabajadores de empresas

(27) MINISTERIO DE TRABAJO. *Resolución Directoral General N° 007-2012-MTPE/2/14* de 13 de julio de 2012, considerando 11. Hay que tener presente que esta Resolución Directoral varía la posición previa del Ministerio de Trabajo, donde se sostenía que una federación sindical, como en el caso de la Federación de trabajadores de las empresas de Telefónica del Perú (FETRATEL PERÚ) del 2008, le corresponde negociar colectivamente con una pluralidad de empresas que desarrollan la misma actividad y no negociar a nivel de una sola empresa, concluyendo que la misma no cuenta con capacidad para negociar colectivamente a ese nivel. Cfr. ULLOA MILLARES, Daniel. “La negociación colectiva en el Perú”. En: *Revista Laborem*. N° 11, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2011, p. 26.

contratistas y con los trabajadores de las empresas principales que laboran en la misma rama de actividad.

Esto podría explicarse por la exigencia legal de un mínimo de veinte trabajadores para constituir un sindicato de empresa (artículo 14 del TUO-LRCT), una valla legal alta si laboran en pequeñas empresas –que son la gran mayoría de las empresas contratistas–, por lo que resulta preferible afiliarse a un sindicato de rama de actividad.

Sin embargo, en mi opinión, el argumento principal provendría del propio ámbito de aplicación de un convenio colectivo por rama de actividad, es decir, el convenio se aplica tanto a las empresas principales como a las empresas contratistas en tanto laboran dentro de la misma actividad económica, conforme lo señala el artículo 44 inciso b) del TUO-LRCT. Si observamos los modelos de relaciones laborales donde prevalece la negociación colectiva por rama de actividad, los trabajadores contratistas se encuentran mejor protegidos por este tipo de convenios. En el caso español, la profesora Menéndez Calvo lo señala en estos términos: “las empresas contratistas o subcontratistas aplican a sus trabajadores, en la mayoría de los supuestos, el convenio colectivo sectorial, estatal o provincial (...) algo que, por otra parte, también hacen muchas de las empresas principales”⁽²⁸⁾. En el caso argentino, lo retrata el profesor Tosca: “el régimen en que prevalece el nivel de negociación por actividad puede brindar, sin habérselo propuesto, alguna solución uniformadora”⁽²⁹⁾. Esto se reproduce también en Brasil y Uruguay por mencionar países cercanos al nuestro. En otras palabras, el sentido común de los trabajadores contratistas los conduce a privilegiar afiliarse o constituir un sindicato de rama de actividad, aunque esto no les ha evitado que tengan serias dificultades en ejercitar su derecho de negociación colectiva.

IV. LAS NEGOCIACIONES COLECTIVAS EN “GRUPO DE EMPRESAS”

La estructura empresarial peruana se inclinó por la modalidad de cesión de trabajadores como una forma rápida de abaratar los costos laborales durante el fujimorismo, pero con las reformas legislativas emprendidas desde el retorno de la

(28) MENÉNDEZ CALVO, Remedios. Ob. cit., p. 253.

(29) TOSCA, Diego M. “La descentralización productiva (anatomía y patología en Argentina)”. En: Ackerman, Mario y Tosca, Diego M. (Compiladores). *Las transformaciones de la empresa en el Derecho del Trabajo*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007, p. 435.

democracia paulatinamente se ha revertido por la sustitución temporal de trabajadores. De igual forma, las subcontrataciones en actividades complementarias y auxiliares han ganado importancia en el mundo laboral peruano y, en menor medida, la conformación de “cadenas productivas” que externaliza la producción de los bienes materiales o la prestación de servicios de la actividad principal. Parecería que el empresario peruano continúa inclinándose a conservar el control directo de la actividad principal.

Otro fenómeno que ha cobrado relevancia en el escenario empresarial peruano son los casos de las grandes empresas que han externalizado fases de su producción trasladándolas a nuevas empresas, muchas de ellas constituidas por su impulso y bajo su control directo. Como se señaló previamente, se trata de la modalidad del grupo de empresas. Castello destaca que las dos características principales del grupo de empresas residen en la dependencia de las empresas contratistas hacia la empresa principal (o matriz) y en la dirección unitaria que ejerce esta sobre las demás empresas⁽³⁰⁾.

Estas dos características son las que permiten distinguirlo de las otras modalidades de descentralización productiva. Podría confundirse que una relación permanente de contratación entre una empresa principal con una empresa usuaria lo ubique dentro de un grupo de empresa, cuando en realidad ni existe un régimen de control ni una dirección unitaria⁽³¹⁾, por lo que se trataría de una subcontratación regular.

La jurisprudencia uruguaya ha elaborado un interesante listado de indicios para identificar a un grupo de empresas: administradores comunes u oficinas administrativas comunes, coincidencia de los directores, personal indiferenciado, identidad patrimonial, lazos de parentesco entre los directores o integrantes de las empresas, unidad de decisión, control de una empresa sobre la otra, identidad de tareas o actividades, integración total del capital social de una de las empresas con acciones de la otra, uso de los mismos bienes⁽³²⁾. La aplicación del principio de la primacía de la realidad resulta ser un instrumento central en definir la existencia de un grupo de empresas, de modo que se verifique la existencia de un fraude laboral. Esto en razón que las legislaciones laborales que lo regulan le establecen

(30) CASTELLO, Alejandro. “Grupo de empresas”. En: Ackerman, Mario y Tosca, Diego M. (Compiladores). *La transformación de la empresa en el Derecho del Trabajo*. Rubinzal-Colzoni Editores, Buenos Aires, 2007, p. 536.

(31) *Ibidem*, p. 538.

(32) RAGUSA, Azucena Beatriz. “Los grupos de empresas”. En: Ackerman, Mario y Tosca, Diego M. (Compiladores). *La transformación de la empresa en el Derecho del Trabajo*. Rubinzal-Colzoni Editores, Buenos Aires, 2007, p. 514.

una responsabilidad solidaria a la empresa principal respecto a las obligaciones laborales de los trabajadores que laboran dentro del grupo⁽³³⁾.

La legislación laboral peruana no regula específicamente el supuesto de los grupos de empresa en el plano de su responsabilidad civil de las obligaciones laborales de los trabajadores, aunque no debería haber dificultades en extender la aplicación de la normativa de intermediación laboral sobre esta modalidad de descentralización productiva.

El grupo de empresa es la modalidad de descentralización productiva que mejor evidencia la dependencia funcional existente entre la empresa principal y la empresa usuaria, como se resaltó previamente. El respaldo a esta perspectiva la podemos encontrar en el maestro uruguayo Ermida, para quien el grupo de empresa debe ser considerado como una empresa única, como un único empleador por una razón de coherencia lógica y que no se debe refugiar en el velo de la personalidad jurídica atribuida a cada una de las empresas del grupo⁽³⁴⁾.

Considerar a la empresa principal del grupo como un único empleador significaría que no podría oponerse a las reclamaciones laborales que le presenten los trabajadores del grupo con el argumento de que carecen de una relación jurídica directa. Inclusive los trabajadores legítimamente podrían plantearle una negociación colectiva al interior del grupo de empresa con su directa participación. La dificultad de la negociación colectiva en el grupo de empresa se produce cuando se interpreta rígidamente que la normativa reconoce solo los niveles de empresa o de rama de actividad (sectorial), sin considerar que puede producirse a un nivel supraempresarial, pero sin alcanzar el ámbito de una rama de actividad como se produce en el grupo de empresa. Sin embargo, la legislación comparada viene incorporando al grupo de empresa como uno de los niveles de la negociación colectiva, respaldando la práctica con que se han venido produciendo⁽³⁵⁾.

En el caso de la legislación peruana no existe una regulación precisa al respecto, pero cuando analizamos esta materia en un acápite previo, concluimos que no debería existir ninguna dificultad en ejercitar el derecho de negociación colectiva bajo este marco. Las resoluciones administrativas del Ministerio de Trabajo apoyan este criterio.

(33) La consolidación de las leyes del trabajo brasileña lo establece en su artículo 2, 2 y el artículo 31 de la Ley de Contratos de Trabajo argentina.

(34) Cfr. ERMIDA URIARTE, Óscar. *Empresas multinacionales y Derecho Laboral*. Ediciones Jurídicas A.M. Fernández, Montevideo, 1981, pp. 147-151.

(35) La reciente reforma del Estatuto de los Trabajadores español regula la legitimación de los trabajadores en una negociación colectiva del grupo de empresa en su artículo 87, 1^{er} tercer párrafo.

En efecto, en el caso Sitintel la Dirección General del Trabajo resalta que las cuatro empresas de servicios “realizan actividades consideradas de telefonía, encargándose a sus trabajadores, labores de telefonía (...) verificándose relaciones contractuales y fácticas con la empresa Telefónica S.A. A lo cual queda demostrado con los (...) informes de actuaciones inspectivas”⁽³⁶⁾. Aunque la Dirección no se pronuncia sobre la existencia de un grupo de empresas entre Telefónica y las cuatro empresas de servicios, la forma en que se implementa la prestación de servicios de las contratistas denota una dependencia funcional y la dirección unitaria existente. En el caso Tecsur el Ministerio de Trabajo si llega a calificar la conformación de un grupo de empresas entre Luz del Sur (la empresa principal) y Tecsur S.A. (la empresa contratista): por la acreditada íntima vinculación societaria, jerárquica y económica entre ambas empresas, por ser comunes sus órganos directivos; que dicha vinculación entre ambas empresas se acredita con una resolución de Indecopi donde se afirma que dichas empresas se encuentran vinculadas por los intereses económicos que las conforman⁽³⁷⁾.

El esfuerzo de los trabajadores peruanos ubicados en un “grupo de empresas” por lograr que los salarios y las condiciones de trabajo sean regulados por medio de un convenio colectivo se ha materializado bajo tres modalidades. En primer lugar, el sindicato de la empresa principal absorbe a los sindicatos de las demás empresas del grupo y simultáneamente afilia directamente a los trabajadores de las distintas unidades productivas. Posteriormente, plantea una negociación colectiva con la empresa principal que incluye al “grupo de empresas”. En segundo lugar, la conformación de sindicatos en cada una de las empresas del grupo y luego articuladamente los sindicatos negocian de manera simultánea con cada una de las empresas. En tercer lugar, se constituye un sindicato de rama de actividad que afiliando a los trabajadores del “grupo de empresas” plantea una negociación simultánea con cada una de las empresas.

Estas tres formas de actuación de los trabajadores evidencian las dificultades legales en plantear de manera uniforme una negociación colectiva al interior de un “grupo de empresas”, a pesar de nuestra afirmación sobre la correcta interpretación de un derecho fundamental como la negociación colectiva. A continuación se muestran las dificultades legales en tres negociaciones colectivas de “grupo de empresas” en el país.

(36) MINISTERIO DE TRABAJO. *Resolución Directoral General N° 021-2011-MTPE/2/14* de 4 de noviembre de 2011, considerando 20.

(37) MINISTERIO DE TRABAJO. *Resolución Directoral General N° 006-2012-MTPE/2/14* de 13 de julio de 2012, p. 3.

El primer caso se produce en la Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. constituida originalmente por la empresa matriz –Backus y Johnston, localizada en su Planta de Ate–, y las otras empresas del grupo: Cervecería del Norte (Motupe), Cervecería del Sur (Arequipa y Cusco), Cervecería San Juan (Pucallpa) y Maltería Lima (Ñaña)⁽³⁸⁾. Este proceso de conformación como “grupo de empresas” se fue dando desde la década de los noventa, previo a la adquisición de la empresa matriz por parte de la empresa multinacional SAB Miller. Aunque se podría sostener que no existe un grupo de empresas Backus sino más bien una empresa con diversos centros de labores, lo cierto es que todavía la Cervecería San Juan conserva su personería jurídica aunque controlada directamente por la empresa principal, por lo que en términos formales existen dos empresas.

Simultáneamente a este proceso de centralización empresarial, en cada una de las empresas cerveceras existió un sindicato que negociaba colectivamente con su empleador. A raíz de este proceso, el sindicato de la empresa principal estableció como estrategia sindical absorber a los sindicatos del grupo. Así, se constituye el Sindicato Nacional de Obreros de la Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A., sobre la base del sindicato de Backus y Johnston (Planta Ate), absorbiendo a los sindicatos de trabajadores de Motupe, Cusco, Arequipa y Maltería. En la actualidad, este sindicato afilia a los trabajadores de las referidas plantas cerveceras. Sin embargo, no se ha podido integrar a los trabajadores de la Cervecería San Juan (Pucallpa) por conservar la empresa su persona jurídica independiente.

Como resultado de la estrategia sindical, el 4 de febrero de 2012 se suscribe el convenio colectivo que tiene como ámbito de aplicación “todas las áreas de manufactura cervecera (elaboración, envasado, planta de fuerza, mantenimiento y otros), almacén de materiales y almacén de productos terminados de las plantas cerveceras de Ate, Motupe, Cusco, Arequipa y Maltería”. Asimismo, en setiembre de 2012, la Cervecería San Juan suscribió el convenio colectivo con su sindicato por un periodo de tres años.

Mientras la Cervecería San Juan mantenga su personería jurídica, los trabajadores cerveceros de “grupo Backus” tendrán serias dificultades legales para afiliarse a estos trabajadores y poder ejercer una negociación colectiva a este nivel. La única salida legal es transformarse en un sindicato de rama cervecero.

(38) Previamente fue adquirida la Compañía Nacional de Cerveza que contaba con tres plantas (Sáenz Peña, Modelo y Trujillo).

El segundo caso se produce dentro del sector minero. Ante el *boom* de la minería peruana, hay un notable incremento de trabajadores mineros, muchos de ellos laborando en empresas de servicios complementarias o especializadas que están vinculadas a una empresa principal. En este escenario productivo, los sindicatos mineros de las empresas principales negocian colectivamente con su empleador, pero los trabajadores de las empresas de servicios no logran beneficiarse económicamente del *boom*. Al interior de este grupo de trabajadores se genera una estrategia de constituir sindicatos en cada una de las empresas de servicios, planteando reivindicaciones de manera conjunta.

El mejor ejemplo de esta estrategia sindical ocurre en las unidades mineras de la Compañía de Minas Buenaventura –la empresa principal–, donde se constituyen sindicatos en las empresas de servicios, planteando simultáneamente pliegos de reclamos con similares reivindicaciones salariales. Al principio hay un sostenido rechazo de las empresas de servicios en aceptar la constitución de sindicatos e implementar una negociación colectiva. Sin embargo, al producirse una serie de huelgas coordinadas dentro de las empresas de servicios que afectan directamente a la empresa principal, esto termina obligando a una negociación conjunta de las empresas de servicios con los sindicatos, con participación de la empresa principal como observador.

Así, el 6 de marzo de 2010 se suscribieron cuatro convenios colectivos en extraproceso de las empresas de servicios que laboran en la Unidad Antapite de la Compañía de Minas Buenaventura S.A.A. Asimismo, el 7 de febrero de 2012 se suscribieron tres convenios colectivos de las empresas de servicios que laboran en la Unidad Uchucchacua de la Compañía de Minas Buenaventura S.A.A.

Al estudiarse los referidos convenios colectivos mineros se queda en evidencia dos características. Por un lado, los convenios colectivos contienen las mismas cláusulas laborales aunque se suscriben de manera independiente con cada una de las empresas. Por otro lado, hay una participación indirecta de la empresa principal (Buenaventura) durante el proceso de negociación colectiva. En realidad esto retrata que los convenios colectivos se han producido dentro de una negociación colectiva de un “grupo de empresas”, pero que al carecer de un marco normativo apropiado, adoptan esta multiplicidad de convenios colectivos de empresa. Aunque la dificultad se profundiza porque no puede ejercitarse una negociación que incluya a la empresa principal (Minas Buenaventura) y sus trabajadores sindicalizados⁽³⁹⁾.

(39) Aunque la jurisprudencia española ha calificado que la suscripción de tres empresas de un mismo convenio colectivo conjuntamente evidencia la existencia de un grupo de empresas. Cfr. MARTÍNEZ GIRÓN,

Estos dos ejemplos de convenios colectivos en grupo de empresas muestran que los trabajadores apelan a la estructura sindical dispuesta por la legislación laboral, a pesar de que no encaja a la situación real de las relaciones laborales. Se constituyen como sindicatos de empresa, aunque negocian para el colectivo de trabajadores del grupo de empresas.

El tercer caso se produce en el ya mencionado caso Sitintel con el Sindicato de Trabajadores de las Empresas de Telefónica en el Perú y de las del Sector Telecomunicaciones que presentan su pliego de reclamos a las empresas Cobra Perú S.A., Consorcio Antonio Lari Manto, Emerson del Perú S.A.C., e Instalaciones y Tendidos Telefónicos del Perú S.A., las cuales rechazan el pliego de reclamos en consideración a tres argumentos sustantivos. En primer lugar, el sindicato de rama de actividad no se encuentra legitimado para negociar colectivamente en cada una de las empresas. En segundo lugar, el sindicato de rama de actividad no puede negociar a nivel de empresa. En tercer lugar, las empresas no se ubican en el sector de telefonía donde se encuentra constituido el sindicato de rama de actividad⁽⁴⁰⁾. El rechazo a la negociación colectiva fue abordado por la Resolución Directoral General N° 021-2011/MTPE/2/14 de 4 de noviembre de 2011 del Ministerio de Trabajo⁽⁴¹⁾, donde se resalta que las cuatro empresas de servicios “realizan actividades consideradas de telefonía, encargándose a sus trabajadores, labores de telefonía (...) verificándose relaciones contractuales y fácticas con la empresa Telefónica S.A. A lo cual queda demostrado con los (...) informes de actuaciones inspectivas”⁽⁴²⁾.

Estos tres casos de negociaciones colectivas dentro de “grupo de empresas” retratan el esfuerzo y la “imaginación jurídica” de los trabajadores de las empresas de servicios en ejercitar el derecho fundamental a la negociación colectiva para regular directamente sus salarios y condiciones de trabajo con sus empleadores. Sin embargo, el TUO-LRCT resulta insuficiente para asegurar ese ejercicio, a pesar que la Constitución, las normas internacionales del trabajo, la jurisprudencia

Jesús. “La jurisprudencia laboral sobre negociación colectiva y grupos de empresas”. En: Martínez Girón, Jesús (Coordinador). *La negociación colectiva en grupos de empresas: procedimientos de negociación y experiencias negociadas*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, p. 27.

(40) Cfr. CANESSA MONTEJO, Miguel F. “La negociación colectiva en el contexto de la descentralización productiva peruana”. En: *Cuaderno de Trabajo del CICAJ N° 8, Nueva Serie*. Departamento Académico de Derecho de la PUCP, Lima, 2013, p. 32 y ss.

(41) Las empresas presentaron una acción contencioso-administrativa contra la Resolución Directoral del Ministerio de Trabajo, de modo que la negociación colectiva continúa paralizada hasta que el Organismo Judicial se pronuncie de manera firme sobre el tema.

(42) MINISTERIO DE TRABAJO. *Resolución Directoral General N° 021-2011-MTPE/2/14* de 4 de noviembre de 2011, considerando 20.

constitucional y los pronunciamientos de los órganos de control internacional respalden ese ejercicio.

REFLEXIÓN FINAL

El mundo del trabajo viene modificándose de manera profunda ante las transformaciones de la empresa y la dinámica de la globalización de la economía. En el actual escenario, la empresa-red y el grupo de empresas se están constituyendo en las organizaciones empresariales hegemónicas dentro del contexto de la descentralización productiva. Esto conduce a que la relación laboral bilateral sobre la que se ha construido el Derecho del Trabajo se trastoque profundamente, en razón que paulatinamente la relación laboral triangular –empresa principal o matriz, empresa contratista o auxiliar y trabajador– se convierte en la predominante.

Muestra del desfase que viene sufriendo el Derecho del Trabajo es la dificultad en abordar la relación laboral triangular por medio de formas jurídicas inapropiadas y forzando su aplicación sobre este fenómeno social. Así se explica la inadecuación en recurrir a la noción de “actividad principal” o “propia actividad” como forma jurídica que permita exigir el cumplimiento de las obligaciones laborales a la empresa principal o matriz dentro de una cadena productiva o en un grupo de empresas.

La doctrina moderna plantea la figura de la dependencia funcional donde se reconocen múltiples empleadores en la relación laboral triangular, donde el beneficio del trabajo guiado por una dirección es el elemento articulador del proceso productivo. En efecto, al analizar a quién corresponde la coordinación de la producción, la toma de decisiones, la asunción de los riesgos –funciones tradicionales del empleador– dentro de la cadena productiva o el grupo de empresas permite identificar al director del proceso productivo. En realidad, la dependencia funcional coloca a la fenomenología de la producción como el escenario relevante alejado de visiones reduccionistas proveniente de la formalidad jurídica.

El significado de la dependencia funcional va más allá de la simple identificación fraudulenta a la ley cuando se constituye un grupo de empresas para eludir la aplicación de la normativa laboral. Se trata de contar con una forma jurídica que responda de manera simultánea a la tradicional relación laboral bilateral como a la novedosa relación laboral triangular. La aplicación de la dependencia funcional permite plenamente el ejercicio de los derechos laborales en el nivel del grupo de empresas, sin apelar a las ya mencionadas formas jurídicas inadecuadas.

El derecho fundamental de la negociación colectiva incluye el nivel de grupo de empresas, conforme lo resaltan los órganos de control de la OIT, la legislación comparada y la jurisprudencia, sin que esto signifique desconocer que las partes –empleadores y trabajadores– gozan de la libertad de establecer el nivel de negociación. Sin embargo, es violatorio de este derecho fundamental cuando el empleador rechaza el pliego de reclamos argumentando que dicho nivel no está reconocido en la legislación o cuando un sindicato de rama de actividad presenta el pliego de reclamos en este nivel.

En el Perú, la negociación colectiva dentro de un grupo de empresas tiene serias dificultades en su ejercicio por los intersticios reguladores existentes. Hay evidentes ejemplos de entorpecimientos a la negociación colectiva contra este colectivo de trabajadores que configuran violaciones a los principios de negociación libre y voluntaria y a la negociación de buena fe, respectivamente. Esto plantea la necesidad de implementar una reforma legal al TUO-LRCT para superar las dificultades estudiadas. No obstante, esto no impide que las autoridades administrativas del trabajo y los jueces del país aseguren el respeto del ejercicio de este derecho fundamental, sancionando a los empleadores que violen su ejercicio.