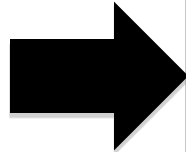


**NUEVAS TENDENCIAS EN
NEGOCIACIÓN COLECTIVA
A NIVEL DE CONTRATISTAS**

LEY DE NEGOCIACION COLECTIVA (Art. 5)



Los sindicatos pueden ser:

- a) **De empresa**, trabajadores de diversas profesiones, oficios o especialidades, que presten servicios para un mismo empleador.
- b) **Por rama de actividad**: trabajadores de profesiones, especialidades u oficios diversos de dos (2) o más empresas de la misma rama de actividad.
- c) **De gremio**, formados por trabajadores de diversas empresas que desempeñan un mismo oficio, profesión o especialidad.
- d) **De oficios varios**, formados por trabajadores de diversas profesiones que trabajen en empresas diversas o de distinta actividad, cuando en determinado lugar, **no alcance el mínimo legal necesario para constituir sindicatos de otro tipo**.

NEGOCIACION COLECTIVA NIVEL DE DESCENTRALIZACION PRODUCTIVA (LAUDO ARBITRAL 14/11/2013)

ANTECEDENTES

- El Sindicato de Trabajadores de las Empresas de Telefónica en el Perú y las del Sector Telecomunicaciones – SITENTEL presentó a cuatro (4) empresas contratistas de Telefónica del Perú S.A.A. (TdP) un pliego de reclamos para negociar beneficios para trabajadores de estas empresas contratistas que se habían afiliado al SITENTEL.
- Las cuatro (4) empresas contratistas cuya negociación fue solicitada por SITENTEL no son empresas del Grupo Telefónica y han presentado evidencias de no pertenecer al sector de telecomunicaciones.

NEGOCIACION COLECTIVA: NIVEL DE DESCENTRALIZACION PRODUCTIVA (LAUDO ARBITRAL 14/11/2013)

ANTECEDENTES

- La Dirección General de Trabajo (DGT) del Ministerio de Trabajo (MTPE) rechazó las oposiciones de las cuatro empresas contratistas a negociar con SITENTEL por considerar que entre dichas empresas y TdP existe una “Descentralización Productiva”, concepto que comprende a las empresas contratistas de una empresa principal que prestan servicios tercerizados.

NEGOCIACION COLECTIVA: NIVEL DE DESCENTRALIZACION PRODUCTIVA (LAUDO ARBITRAL 14/11/2013)

CRITERIO DE MTPE

- Durante muchos años, el MTPE estuvo rechazando los pliegos presentados por el SITENTEL a las cuatro (4) empresas contratistas de Telefónica del Perú S.A.A., pues dichas empresas no eran del Grupo Telefónica ni estas calificaban como empresas del sector telecomunicaciones.
- En el año 2011 el MTPE cambió su criterio, emitiendo la Resolución Directoral General N° 021-2011/MTPE/2/14 del 4.11.2011, por la cual la DGT admitió dicha negociación, declarando que su pronunciamiento tiene carácter de “*precedente administrativo vinculante*”. La DGT basa su decisión en los siguientes argumentos:

NEGOCIACION COLECTIVA: NIVEL DE DESCENTRALIZACION PRODUCTIVA (LAUDO ARBITRAL 14/11/2013)

CRITERIO DEL MTPE

a) El listado de tipos sindicales del artículo 5 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT) que contempla los niveles de negociación colectiva existentes en el Perú (“por empresa”, “por rama de actividad” y “de gremio”) no puede ser taxativo, porque el artículo 2 del Convenio 87 de la OIT permite constituir toda clase de organizaciones sindicales que los trabajadores estimen conveniente.

a) Para evitar cualquier afectación a Convenio 87 de la OIT y al derecho a la “libertad sindical”, el listado de los niveles de negociación colectiva contemplados en la legislación debe interpretarse como uno meramente enunciativo, por lo que pueden existir nuevos niveles de negociación colectiva no contemplados en la Ley.

NEGOCIACION COLECTIVA: NIVEL DE DESCENTRALIZACION PRODUCTIVA (LAUDO ARBITRAL 14/11/2013)

CRITERIO DEL MTPE

c) La LRCT que regula la negociación colectiva en el Perú ha quedado desfasada al no haber previsto la negociación colectiva en el ámbito de la descentralización productiva, pues no **comprende a las empresas contratistas de una empresa principal que prestan servicios tercerizados.**

d) La “mejor doctrina” considera en forma amplia el concepto de empleador y la responsabilidad solidaria de todo empresario que tercerice, como una estrategia de protección de los trabajadores tercerizados, tanto a nivel legislativo como jurisprudencial.

LAUDO ARBITRAL 14/11/2013



- El Laudo de SITENEL acoge a estos criterios de la DGT para comprender a empresas contratistas en una negociación promovida por un sindicato de trabajadores de la empresa principal al cual se han afiliado algunos trabajadores de cuatro (4) empresas contratistas.

El Laudo sustenta esta decisión en lo siguiente:

- a) El análisis debe ser más “exhaustivo” y no considerar solo un criterio de rama de actividad, sino enfocado en la descentralización productiva.
- b) La DGT ha establecido como precedente administrativo vinculante una interpretación amplia de la libertad sindical para superar la “desregulación existente” en las relaciones colectivas de trabajo en casos de descentralización productiva.

LAUDO ARBITRAL 14/11/2013



- c) Por la misma razón que la DGT, considera que el listado del artículo 5 de la LRCT no puede ser taxativo sino enunciativo.
- d) La LRCT ha quedado desfasada al no haber previsto la negociación colectiva en el ámbito de la descentralización productiva.
- e) Para motivar su decisión, el Tribunal Arbitral no solo se rige por la legislación nacional sino también por las recomendaciones de la OIT.
- f) Considera que la LRCT “no mantiene un desarrollo moderno de las tendencias actuales empresariales y restringe la libertad sindical”.

LAUDO ARBITRAL 14/11/2013



- g) La realidad de la tercerización ha desbordado los supuestos de la LRCT, lo que hace necesario “dictar una mejor regulación”.
- h) Ante las transformaciones del empleador hay que cautelar el derecho a la autonomía sindical para contrarrestar el poder empresarial.
- i) Como no se puede dejar de administrar justicia por deficiencia o vacío de la ley, ampara el petitorio dentro del enfoque de descentralización productiva.

INTERROGANTES DEL LAUDO ARBITRAL 14/11/2013



El Laudo suscita las siguientes interrogantes:

1. ¿Afecta realmente artículo 5 de la LRCT la posibilidad de que los trabajadores constituyan las organizaciones sindicales que estimen convenientes?
2. ¿Es necesario realmente crear nuevas categorías o niveles de negociación colectiva no previstos por la ley para cautelar el derecho a la libertad sindical de los trabajadores de las empresas contratistas?
3. ¿Es cierto que la LRCT ha quedado desfasada por no haber previsto la negociación colectiva en el ámbito de la tercerización?

LEY DE TERCERIZACION DE SERVICIOS

Para responder estas interrogantes, recordarnos que la Ley de Tercerización de Servicios, Ley N° 29245: *“regula el desarrollo de cualquier actividad especializada u obras ejecutadas en forma autónoma por un contratista responsable **por los resultados de sus actividades y con personal bajo su propia subordinación**”*.

Esta ley brinda dos (2) mecanismos de protección a sus trabajadores:

a) Responsabilidad solidaria de la empresa principal por derechos y beneficios laborales y obligaciones de seguridad social del personal desplazado.

b) Desnaturalización de la tercerización si el contratista carece de autonomía o si su personal está subordinado a la empresa principal.

(Carece la contratista de autonomía sino cuenta con equipamiento propio y pluralidad de clientes.)

LEY DE TERCERIZACIÓN – TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Estos mecanismos de protección han sido ratificados por el Tribunal Constitucional (TC) en su sentencia del 24.01.2012 – Exp. 2111-2010-PA/TC, en la cual, el TC precisa lo siguiente:

Los trabajadores de contratistas deben ser incorporados a las planillas de la empresa principal en los siguientes casos:

- Si el contratista usa infraestructura, equipos, mobiliarios y servicios de la empresa principal, o

LEY DE TERCERIZACIÓN – TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Si los trabajadores del contratista están subordinados a las órdenes o directivas de la empresa principal o
- Si el contratista no asume las tareas contratadas por su cuenta y riesgo

Según el TC en estos supuestos el propósito de tal tercerización forzada es disminuir o anular los derechos laborales de los trabajadores, afectando sus derechos al trabajo, a la igualdad y a la libertad sindical, pues no se ajustan a una real tercerización de servicios.

LEY DE TERCERIZACION

Como vemos, Ley de Tercerización de Servicios, Ley N° 29245, y la jurisprudencia brindan protección al personal de los contratistas en caso de desnaturalización de los referidos servicios de tercerización.

Dicha ley ante una real tercerización de servicios NO impide constituir a los trabajadores de las empresas contratistas un sindicato de empresa o de actividad o de los otros niveles que permite la LRCT.

INTERROGANTES DEL LAUDO ARBITRAL



Entonces, el Laudo nos enfrenta a las siguientes interrogantes:

¿Qué impedimento tienen los trabajadores de los contratistas para constituir los sindicatos de los niveles contemplados en el art. 5 de la LRCT?

¿Hay necesidad de afectar los derechos de los contratistas que cumplen con la ley de tercerización y que tienen pluralidad de clientes, obligándolos a negociar con los sindicatos de trabajadores de sus clientes?

CUESTIONAMIENTOS AL LAUDO ARBITRAL 14/1/2013



Razonamiento del Laudo:

El Laudo parte de una interpretación que hace la DGT de la supuesta “realidad” de las empresas principales que contratan servicios de terceros, pues esta presume que la modernidad hace a las empresas descentralizar las fases de su actividad productiva para **evadir sus responsabilidades laborales, criterio que la DGT extiende a todas las tercerizaciones de servicios.**

- ¿Es lógico que un Tribunal Arbitral ignore la Ley de Tercerización y tome como base una Resolución de la DGT que considera forzada y erradamente que toda empresa contratista que brinda servicios a una empresa (contratista) debe ser considerada como parte de la empresa principal?

CUESTIONAMIENTOS AL LAUDO ARBITRAL



- ¿Acaso toda tercerización corresponde realmente a una “externalización” de las actividades de una empresa principal?
- ¿No hay acaso muchos servicios brindados por empresas contratistas que no han sido desarrollados jamás por la empresa principal?
- ¿No era posible acaso exigir que, conforme a la LRCT, negocien solo las empresas que realizan actividades de la misma rama de actividad del sindicato que solicitó la negociación colectiva (sector de telecomunicaciones)?
- ¿Por qué comprender a los contratistas de una empresa que no desarrolla dicha actividad económica?

CUESTIONAMIENTOS AL LAUDO ARBITRAL



- ¿Existe acaso un perjuicio real y directo para los trabajadores de contratistas que no desarrollan tales actividades, cuando nada les impide constituir libremente los sindicatos que deseen dentro del marco de la LRCT?
- ¿Es posible reañzar una interpretación extensiva de la responsabilidad solidaria en el pago de beneficios sociales para exigir a las empresas contratistas negociar con los sindicatos de la empresa principal?

Esta novedosa tesis recogida en el Laudo permitiría a los trabajadores de los contratistas afiliarse a todos los sindicatos que hayan sido constituidos por trabajadores de las empresas que sean clientes de su empleador.

NEGOCIACION COLECTIVA: NIVEL DE DESCENTRALIZACION PRODUCTIVA

¿No es absurdo que una empresa que brinda servicios a varias empresas se vea precisada a negociar con todos estos sindicatos?

Si realmente fuera necesario dictar una mejor regulación en materia de negociación colectiva, ¿no sería lógico que los árbitros promuevan la expedición de una norma legal que establezca tal nueva regulación y entre tanto limitarse a aplicar la norma legal vigente?

POTESTAD DE LOS ARBITROS – LAUDO ARBITRAL 14/11/2013

El TC en la sentencia del expediente N° 0016-2002-AI-TC exige la predictibilidad de las conductas de las autoridades frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, como garantía contra la arbitrariedad, señalando que:

- Al encontrarse establecido en la legislación la consecuencia o el efecto jurídico de una determinada conducta, dicha consecuencia o efecto no puede ser modificado de manera arbitraria por las autoridades, porque ello contraviene el artículo 2º, inciso 24, párrafo a) de la Constitución, la que garantiza que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido se hacer lo que ella no prohíbe.
- A ninguna persona o sujeto de derecho se le puede exigir una conducta cuando ésta no se encuentra establecida en el legislación como una obligación.

POTESTAD DE LOS ARBITROS – LAUDO ARBITRAL 14/11/2013

Aun en el supuesto de que existiera un vacío de Derecho (lo que es discutible), y teniendo en cuenta lo establecido por el TC, ¿puede un Tribunal Arbitral violar el principio constitucional de libertad personal y atentar contra la seguridad jurídica emitiendo un laudo que desconoce lo dispuesto en la LRCT?

¿Pueden los integrantes de un Tribunal Arbitral de equidad y no derecho, aplicar el “control difuso” para crear obligaciones nuevas a cargo de particulares?

El artículo 65 de la LRCT señala que el Laudo que se expida en una negociación colectiva es de equidad y que solo suple la falta de acuerdo de las partes para solucionar un pliego de reclamos, sin facultar a los árbitros a “crear derecho” irrogándose facultades legislativas para obligar a cualquier persona a participar en una negociación colectiva contra el texto claro y expreso de la ley

POTESTAD DE LOS ARBITROS – LAUDO ARBITRAL 14/11/2013

El Tribunal Arbitral alega en el laudo afectos de justificar su decisión que hace uso del ejercicio del control difuso basado en la sentencia del TC del 21.09.2012 del Expediente 00142-2011-PA/TC. **Sin embargo, en dicha resolución el TC se pronuncia sobre un Laudo de Derecho y no sobre un laudo de equidad.**

En esta sentencia el TC ha establecido que:

- El control difuso debe garantizar la primacía de la Constitución y evitar cualquier desviación en el uso de este control constitucional.

Entonces ¿Al imponer una obligación no prevista en la ley no está yendo el laudo contra la Constitución?

POTESTAD DE LOS ARBITROS – LAUDO ARBITRAL 14/11/2013

- Se requiere que no sea posible obtener de una norma una interpretación conforme a la Constitución y que exista un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes.

En este caso, SITENTEL planteó su pliego para iniciar una negociación colectiva por rama de actividad y no solicitó nunca una negociación colectiva por descentralización productiva.

¿No bastaba entonces con analizar el caso de cada contratista y ver si realmente sus actividades corresponden al sector telecomunicaciones y no crear un nuevo nivel de negociación colectiva?

¿Puede el Tribunal Arbitral crear un nuevo nivel de negociación colectiva no solicitado siquiera por el Sindicato peticionante? Lo grave es que lo hizo al haber advertido que, por lo menos, una de las empresas contratistas no desarrolla la misma actividad que la empresa principal.

Al otorgar un derecho que no fue solicitado, el laudo resulta ser un fallo “extra petita” que afecta el derecho constitucional de las empresas contratistas a un debido proceso.