



Plan Nacional de Acción sobre
Empresas y Derechos Humanos

2021-2025

LIBERTAD DE ASOCIACIÓN Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

INFORME DE DIAGNÓSTICO Y LÍNEA DE BASE



PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos



BICENTENARIO
PERÚ 2021

*Libertad de asociación y negociación colectiva.
Informe de diagnóstico y línea de base del Plan Nacional de Acción
sobre Empresas y Derechos Humanos (PNA) 2021-2025*

© Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Calle Scipión Llona 350, Miraflores, Lima 15046
Teléfono (01) 204-8020

Primera edición: octubre 2021
Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú

El presente documento constituye una evaluación crítico-reflexiva basada en evidencia, construida a partir del insumo inicial elaborado por el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP. Ha sido revisado por la Dirección General de Derechos Humanos, el Grupo de Trabajo del Poder Ejecutivo para el PNA y la Mesa Multiactor para la elaboración del PNA. Incorpora, en lo que corresponde según lo indicado en la matriz adjunta, los aportes presentados por las instituciones del Poder Ejecutivo y la Mesa Multiactor. Un resumen ejecutivo de este documento forma parte del compendio de diagnóstico y línea de base del PNA.

Ministro de Justicia y Derechos Humanos: Aníbal Torres Vásquez
Viceministro de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia: Guillermo Julio Vargas Jaramillo
Director General de Derechos Humanos: Edgardo Gonzalo Rodríguez Gómez

Coordinación general del proceso de elaboración del PNA 2021-2025: Federico Chunga Fiestas
Equipo del proceso de elaboración del PNA 2021-2025 conformado por: Mónica Peceros Suárez,
Carlos Chunga Yesquén, Ximena Solórzano Salleres, Francisco Mamani Ortega

Cuidado de edición: Andrea Luque Armestar, María García Calderón Valdivieso
Corrección de estilo: Dany Cruz Guerrero, Carlos Chunga Yesquén
Diseño de portada y diagramación: © Kipu Visual

El proceso de edición, corrección de estilo, diseño, diagramación y publicación digital del presente documento, así como la elaboración del resumen ejecutivo y el compendio de diagnóstico y línea de base del PNA, han sido posibles gracias al valioso aporte de la Fundación Friedrich Ebert. El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos le expresa su especial agradecimiento por esta contribución para que el documento llegue a manos del público.



Impreso en Lima, Perú

ÍNDICE

Presentación	7
Introducción	10
Deber estatal de Proteger los derechos humanos (Pilar I):	10
Deber del Estado de Remediar las violaciones de los derechos humanos (Pilar III):	14
1. La libertad sindical y la negociación colectiva en los instrumentos internacionales de derechos humanos.....	16
a. Estándares internacionales sobre la libertad sindical.....	16
b. Estándares internacionales sobre la negociación colectiva.....	18
c. Estándares internacionales sobre las restricciones admisibles al ejercicio de la libertad sindical y la negociación colectiva.....	20
2. Estado actual de la libertad sindical y la negociación colectiva en el Estado peruano.....	23
a. La PEA y el índice de afiliación sindical.....	23
b. Factores que afectarían el índice de afiliación sindical.....	26
3. Ausencias que impiden el cumplimiento del deber estatal de proteger, en la actuación empresarial, el ejercicio de la libertad sindical y la negociación colectiva.....	30
a. En la normativa interna que regula la actuación de las empresas estatales.....	30
b. En la normativa interna que regula el otorgamiento de ayudas estatales (financiamiento) a las empresas privadas.....	32
c. En la normativa interna que regula la contratación de las empresas privadas con el Estado.....	33
d. En la normativa interna que regula las relaciones inter-empresariales, dentro del ámbito de control o esfera de influencia de una empresa.....	34
4. Deficiencias que impiden el cumplimiento del deber estatal de proteger, en la actuación empresarial, el ejercicio de la libertad sindical y la negociación colectiva.....	37
a. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre libertad sindical y negociación colectiva.....	37
b. En la legislación especializada: la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su Reglamento.....	39
c. En la jurisprudencia sobre derechos colectivos de las salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema	44
d. En la legislación laboral individual.....	46
5. Ausencias y deficiencias que impiden el cumplimiento del deber estatal de remediar, en el ámbito empresarial, las violaciones de la libertad sindical y la negociación colectiva.....	49
a. Mecanismos judiciales de reclamación y reparación.....	49
b. Mecanismos extrajudiciales de supervisión y reparación.....	54

Conclusiones.....59
Referencias.....62

Índice de tablas

Tabla 1 Convenios colectivos registrados por organización sindical, según actividad económica 2019.....	25
--	----

Siglas

ACNUDH	Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas de Derechos Humanos
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CEACR	Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones
CERALC	Conducta Empresarial Responsable para América Latina y El Caribe
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CIT	Conferencia Internacional del Trabajo
COFIDE	Corporación Financiera de Desarrollo S.A.
CONFIEP	Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CTS	Compensación de Tiempo de Servicios
DGDH	Dirección General de Derechos Humanos
DIDH	Derecho internacional de los derechos humanos FONAFE Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado
GTPE	Grupo de Trabajo del Poder Ejecutivo para el PNA
IDEHPUCP	Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP
IDHE	Instituto de Derechos Humanos y Empresas de la Universidad de Monterrey, México
IED	Instituto de Ética y Desarrollo de la UARM
INEI	Instituto Nacional de Estadística e Informática
LPCL	Ley de Productividad y Competitividad Laboral
LRCT	Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo
MINJUSDH	Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
MTPE	Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo
NLPT	Nueva Ley Procesal del Trabajo
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PEA	Población económicamente activa
PIDCP	Pactos Internacional de Derechos Civiles y Políticas
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
SMV	Superintendencia del Mercado de Valores
SUNAFIL	Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral
TC	Tribunal Constitucional
UE	Unión Europea
UIF	Unidad de Inteligencia Financiera



Presentación

La elaboración de los informes de diagnóstico y línea base sobre los 23 temas priorizados¹ por la Mesa Multiactor fue la etapa más extensa del proceso de formulación del Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos (PNA) 2021-2025.

Bajo la conducción de la Dirección General de Derechos Humanos (DGDH) del MINJUSDH —en estrecha coordinación con las cuarenta instituciones que conformaron el Grupo de Trabajo del Poder Ejecutivo (GTPE) y siguiendo la metodología aprobada por Resolución Viceministerial N° 01-2019-JUS— las 132 instituciones que integraron la Mesa Multiactor (Estado, sector empresarial, pueblos indígenas, sociedad civil, sindicatos y organismos internacionales y de la cooperación internacional) entablaron un diálogo permanente, desde septiembre de 2019 hasta marzo de 2021, respecto de las principales problemáticas identificadas alrededor de esos temas, así como sobre sus propuestas de solución, teniendo como marco de referencia los Principios Rectores de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sobre empresas y derechos humanos, y otros estándares internacionales aplicables para lograr el fortalecimiento de la política pública sobre empresas y derechos humanos y de conducta empresarial responsable en Perú.

Dada su complejidad, tanto por el número de temas como de participantes, el proceso requirió de una estrategia especial. Esta partió por encargar a cuatro prestigiosas universidades la sistematización y el análisis de la información disponible sobre 16 temas, a través de la elaboración de documentos que sirvieron como insumo inicial para el diálogo multiactor. De ese modo, se contó con la asistencia técnica de la Universidad del Pacífico (a través del Centro de Estudios sobre Minería y Sostenibilidad, CEMS), la Universidad Antonio Ruiz de Montoya (a través del Instituto de Ética y Desarrollo, IED), la Pontificia Universidad Católica del Perú (a través del Instituto de Democracia y Derechos Humanos, IDEHPUCP) y la Universidad de Monterrey, en México (a través del Instituto de Derechos Humanos y Empresas, IDHE, como parte de una consultoría regional encargada por el Proyecto CERALC²). Para tal fin, se contó con el financiamiento de las embajadas de Reino Unido, Reino de los Países Bajos, Suiza y Suecia, del

1 Los 23 temas son los siguientes: 1) Agricultura a gran escala; 2) Conflictividad social; 3) Estudios de Impacto Ambiental; 4) Hidrocarburos; 5) Informalidad en el sector económico; 6) Libertad de asociación y negociación colectiva; 7) Mecanismos de reparación judiciales; 8) Mecanismos de reparación extrajudiciales; 9) Minería; 10) Mujeres; 11) Personas adultas mayores; 12) Personas con discapacidad; 13) Personas defensoras de DDHH; 14) Personas LGBTI; 15) Personas migrantes extranjeras; 16) Pueblo afroperuano; 17) Pueblos indígenas y consulta previa; 18) Seguridad privada; 19) Trabajo infantil; 20) Transparencia, integridad y lucha contra la corrupción; 21) Uso de la fuerza y convenios con la policía; 22) Necesidades de capacitación; y 23) Mecanismos operacionales de debida diligencia empresarial.

2 Proyecto Conducta Empresarial Responsable en América Latina y el Caribe, financiado por la Unión Europea (UE) y administrado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y la Oficina Regional para América del Sur de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (Acnudh).

Proyecto CERALC, y de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental (SPDA).

Los documentos iniciales de diagnóstico y línea base de otros cinco temas fueron elaborados directamente por el equipo de la DGDH, con recursos propios del MINJUSDH. Y los dos diagnósticos restantes fueron desarrollados a partir de encuestas formuladas y aplicadas por ACNUDH y OCDE: necesidades de capacitación e implementación de mecanismos de debida diligencia empresarial, respectivamente.

Para la elaboración de los informes, las universidades se pusieron de acuerdo en una metodología común que tuvo en consideración las recomendaciones del Grupo de Trabajo de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos, y el Kit de herramientas sobre planes nacionales de acción del Instituto Danés de Derechos Humanos de 2017. Asimismo, se puso a disposición de los integrantes de la Mesa Multiactor un formulario para la presentación de información rigurosa y oportuna, con el fin de identificar brechas sobre alguno de los temas en particular, y se convocó a diversas actividades descentralizadas de información y diálogo. A partir de marzo de 2020, cuando casi todos los informes iniciales habían sido concluidos, en todos los temas se debió incorporar el impacto de la emergencia sanitaria causada por la Covid-19, en tanto esta plantea nuevos retos a la política pública.

Durante el proceso se recurrió a información de fuentes oficiales nacionales (documentos públicos de todas las entidades estatales, entre otras), fuentes oficiales internacionales (informes de los sistemas universal e interamericano de derechos humanos, de OCDE, entre otros) y fuentes no oficiales publicadas por el sector empresarial, la sociedad civil, pueblos indígenas u originarios, sindicatos, universidades, centros académicos, expertos, entre otros. Igualmente, se estimó prioritario incorporar la voz de los titulares de derechos y colectivos impactados o potencialmente afectados por las actividades empresariales y, en general, de organizaciones de la sociedad civil, pueblos indígenas y sindicatos).

La revisión de cada informe inició con el análisis del GTPE al insumo aportado por las universidades, procurando contar con la opinión de todas las entidades con competencia en cada temática. Con las observaciones del GTPE incorporadas, una nueva versión de los informes fue compartida con los participantes de la Mesa Multiactor, a fin de recibir sus comentarios y sugerencias, los que fueron sistematizados por el equipo de la DGDH en una matriz específica para cada informe, que fue compartida con toda la Mesa Multiactor, a fin de que se tuviese información detallada sobre las razones por las cuales se les incorporaba o no. Tales comentarios y sugerencias fueron recibidos durante toda la etapa de elaboración del diagnóstico y línea base, a través de correo electrónico (por escrito), en mesas de trabajo multiactor y en reuniones de trabajo (verbalmente). De este modo, cada nueva versión del informe era enviado a los participantes de la Mesa Multiactor con al menos dos semanas de anticipación a cada reunión en la que se abordaría un tema en específico.



Gracias a esta metodología de trabajo, los informes reflejan un valioso proceso de diálogo multiactor, por lo general con muy amplios consensos entre las partes, aunque también con algunos puntos de disenso que se encuentran debidamente reflejados y que constituyen —tal como se señala en el PNA y en el Decreto Supremo que lo aprobó, el DS N° 009-2021-JUS— insumos para la identificación de la problemática de cada uno de los temas priorizados y la construcción de acciones estratégicas, indicadores y metas ya plasmadas en el PNA, orientando la adecuada implementación del PNA 2021-2025.

En el caso del presente informe sobre libertad de asociación y negociación colectiva, cuya matriz de aportes se encuentra publicada en la plataforma web del citado observatorio, la elaboración del documento inicial estuvo a cargo del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Idehpucp). La Fundación Friedrich Ebert contribuyó en la corrección de estilo, edición y diagramación final. En ese sentido, el MINJUSDH expresa a la fundación su especial agradecimiento por contribuir de modo fundamental a que el presente documento llegue a manos del público, con el fin de fortalecer al máximo la labor ciudadana de vigilancia y seguimiento de la adecuada implementación del PNA 2021-2025.

Miraflores, octubre de 2021.

Dirección General de Derechos Humanos
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Introducción

En el presente informe se da cuenta de las principales brechas existentes en la implementación de los Principios Rectores de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sobre Empresas y Derechos Humanos (en adelante, los Principios Rectores)³ y la normativa peruana sobre libertad sindical y negociación colectiva.

El informe se centra en identificar ausencias (lagunas) y deficiencias (antinomias) en la normativa interna (leyes, reglamentos, jurisprudencia, etc.) que sean determinantes para el cumplimiento cabal del deber del Estado peruano de Proteger, en la actuación empresarial, el derecho humano a la libertad sindical y a la negociación colectiva (Principios Rectores, Pilar I); y, de ser el caso, Remediar adecuadamente sus posibles violaciones (Principios Rectores, Pilar III).

No se ha podido evaluar, por tanto, el grado o nivel de cumplimiento en la actualidad del Pilar II de los Principios Rectores, relativo a la responsabilidad de las empresas de Respetar, en el marco de sus operaciones, el derecho humano a la libertad sindical y a la negociación colectiva, puesto que no se cuenta con información suficiente.

Los Pilares I y III de los Principios Rectores:

Para los fines del presente informe, es indispensable desarrollar brevemente el sentido de las obligaciones que, de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos (en adelante, DIDH),⁴ los Pilares I y III de los Principios Rectores subrayan que el Estado peruano tiene, a fin de asegurar en el ámbito empresarial, la plena vigencia de los derechos humanos (incluyendo, la libertad sindical y la negociación colectiva).

Deber estatal de Proteger los derechos humanos (Pilar I):

De acuerdo con los Principios Rectores, el Estado peruano tiene el deber de proteger a toda persona, dentro de su territorio y/o jurisdicción, contra cualquier violación de sus derechos cometida por terceros, incluyendo las empresas (Principio 1).

Este deber, claramente establecido y asentado en el DIDH,⁵ exige a los estados “prevenir de manera eficaz toda conculcación de los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de las actividades empresariales” y, como tal, adoptar “medidas legislativas, (...) y otras medidas apropiadas para asegurar una protección eficaz contra las vulneraciones de los derechos consagrados en el Pacto relacionadas con actividades empresariales y que proporcionen acceso a recursos efectivos a las víctimas de esos abusos” (Comité DESC, 2017, § 14).⁶

⁶ Comité DESC. Observación General 24, sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales. E/C.12/GC/24, 10 de agosto



Como se puede apreciar, a fin de proteger los derechos humanos en el ámbito privado, es deber de los estados adoptar medidas que tengan por objeto (i) que no se produzca su violación por parte de las empresas (prevención) y, en caso de producirse, (ii) que existan los respectivos mecanismos de reclamo (reparación). Dicho de otro modo, en el marco de las actividades empresariales, el deber estatal de protección se traduce, de un lado, en el deber de prevenir su transgresión (adoptando medidas legislativas y de otra índole) y, de otro, en el deber de Remediar o reparar su eventual violación (estableciendo recursos efectivos).

El deber de prevención (que es en el que se centra el Pilar I), de conformidad con el DIDH, obliga a los estados a adoptar “todas las medidas, de distinto carácter, que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y susceptibles de acarrear sanciones e indemnizaciones por sus consecuencias perjudiciales” (Corte IDH, 2017a, § 127).⁷

Desde luego, entre todas las medidas posibles, ocupan un lugar privilegiado las de carácter legislativo. Es por ello que, en relación con las mismas, los Principios Rectores subrayan no solo que deben existir leyes que exijan a las empresas respetar los derechos humanos sino, sobre todo, que las mismas sean adecuadas a dichos efectos (con la obligación de evaluar dicho estándar periódicamente) y, en caso de no serlo, remediar sus eventuales carencias (Principio Rector 3). Ahora bien, ¿sobre qué base debe determinarse si esas leyes son adecuadas? El Comité DESC, en su Observación General N° 24, claramente señala que las leyes de protección de derechos humanos, en el marco de las actividades empresariales, serán adecuadas si exigen a las empresas que en su ámbito de control (lo que incluye su cadena de suministros, proveedores y, sobre todo, de contratistas y subcontratistas) realicen lo siguiente: (i) ejerzan al diligencia debida a fin de identificar, prevenir y mitigar cualquier riesgo de vulneración de los derechos humanos; (ii) eviten que efectivamente se produzcan; y (iii) se responsabilicen por cualquier violación producto de sus decisiones y operaciones o de las entidades que están bajo su control (Comité DESC, 2017, § 16).⁸

Asimismo, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) incorporó el concepto

de 2017, § 14. Del mismo modo, se ha pronunciado la Corte IDH en relación con la protección, en el ámbito privado, de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, DESC): “149. (...) las obligaciones del Estado en cuanto a la protección del derecho a la estabilidad laboral, en el ámbito privado, se traduce en principio en los siguientes deberes: a) adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización de dicho derecho; b) proteger al trabajador y trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado; c) en caso de despido injustificado, remediar la situación (ya sea, a través de la reinstalación o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional). Por ende, d) el Estado debe disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos” (Corte IDH, caso Lagos del Campo vs. Perú, sentencia de 31 de agosto de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), § 149)

⁷ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-23/17, Op. Cit., § 127.

⁸ Cfr. Comité DESC. Observación General N° 24. Op. Cit., § 16.

de *debida diligencia* en la *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*, cuando establece que, los principios de la declaración son encomendados a los gobiernos, a las organizaciones de empleadores, empleadoras, trabajadores y de trabajadoras de los países anfitriones y de origen, y a las propias empresas multinacionales. En ese marco, en el punto 10 literal d (OIT, 2019, p. 5) se indica que:

Las empresas, incluidas las empresas multinacionales, deberían proceder con la debida diligencia para detectar, prevenir y mitigar sus consecuencias negativas reales o potenciales sobre los derechos humanos reconocidos internacionalmente, que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, y rendir cuentas de cómo abordan dichas consecuencias.

En consecuencia, la declaración como fuente de derecho puede ser considerada ante las iniciativas normativas que puedan preverse en Perú.

De acuerdo con las centrales sindicales, el Estado peruano no ha utilizado –ni viene utilizando en la actualidad– su autoridad reguladora para exigir o alentar el ejercicio de la debida diligencia en derechos humanos por parte de las empresas (por ejemplo, en los esquemas de licitación pública). Tampoco existen leyes en el Perú que tengan por objeto explícito, o por efecto, hacer respetar los derechos humanos a las empresas. Asimismo, nunca se ha emprendido desde el gobierno un ejercicio serio de evaluación que le permita identificar si tales leyes resultan adecuadas o no, y – en tal caso– remediar las eventuales carencias detectadas.

Sobre el particular, el proyecto de Ley General del Trabajo, dirigido a unificar nuestra dispersa legislación y adecuarla a estándares internacionales (incluidos los apartados relativos al derecho de libertad sindical), a pesar de contar con un muy elevado nivel de consensos entre los diversos actores (superior al 90 % de su articulado), no fue impulsado en su momento por los gobiernos de turno y las organizaciones de empleadores y empleadoras, y su tramitación y debate tampoco fue promovido en el Congreso de la República. Del mismo modo, a la fecha, son inexistentes en Perú políticas o programas que permitan a las autoridades asesorar de manera eficaz a las empresas sobre cómo respetar los derechos humanos en sus actividades. Y los bancos, compañías de seguros, administradoras privadas de fondos de pensiones u otras entidades que operan en el mercado financiero peruano no están obligados a promover, ni obligar a que sus prestatarios empresariales lleven a cabo actividades de debida diligencia para prevenir, mitigar y remediar impactos negativos en materia de derechos humanos. Tampoco existe en Perú una ley que obligue a que las empresas adopten declaraciones políticas escritas en las que expongan sus posiciones con respecto a la protección del medio ambiente, los derechos humanos y los compromisos de la entidad con respecto a esos valores.

Ahora, es importante mencionar que, en el año 2002 se publicaron los principios



básicos de buen gobierno corporativo para las empresas listadas en bolsa, sobre la transparencia de información, las responsabilidades del directorio, tratamiento equitativo de las acciones, entre otros. Paralelamente en el año 2002 se creó la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) como un órgano para prevenir el lavado de activos y financiamiento del terrorismo. La cual establece un listado de los sujetos obligados por la norma y que deberán designar de un oficial de cumplimiento y tendrán la obligación de aprobar el Manual de prevención de lavado de activos. Luego, la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) publicó en 2013 el código de buen gobierno corporativo.

Asimismo, en el año 2016 se publicó la Ley N° 30424 que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional, en virtud de la cual se establece que persona jurídica está exenta de responsabilidad si es que adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características.

Posteriormente, ha habido diferentes comités y normas para promover las buenas prácticas corporativas. El 26 de abril de 2018 se publicó el plan nacional de integridad de lucha contra la corrupción que establecen los lineamientos generales de gestión de riesgos, políticas de integridad plasmadas en códigos de ética, comunicación y capacitación de estas políticas, canales de denuncia, entre otros.

No obstante, ninguna de estas normas menciona expresamente la debida diligencia relativa a los derechos humanos, pero si motivan ciertas diligencias. Por ejemplo, implementar un sistema de prevención de delito permite, no solo encontrar delito financieros o de corrupción sino también afectaciones a otros derechos como el acoso laboral.

De acuerdo con las leyes en vigor, además, en Perú los requisitos de debida diligencia en materia de derechos humanos tampoco constituyen una condición indispensable para que las empresas puedan participar en los procesos de licitación para la contratación estatal de bienes o servicios; o para recibir asistencia por parte de las agencias gubernamentales a través de préstamos, subvenciones, garantías de préstamos, asistencia económica u otro tipo de beneficios. Todos estos aspectos, sin embargo, reúnen una gravitación enorme en la posibilidad de erigir una propuesta consistente a favor de la promoción de la Conducta Empresarial Responsable (CER) en Perú.⁹

En dicha línea, es importante preguntarnos si dichas leyes, para ser adecuadas, deberían regular también el comportamiento de las empresas fuera del territorio y/o jurisdicción del Estado. Si bien es cierto que los Principios Rectores delimitan el deber estatal de protección a su territorio y/o a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (Principio Rector 2), también lo es que el Comité DESC ha

⁹ Observación aportada en el proceso de revisión del presente documento.

precisado que “las obligaciones de los Estados partes en el Pacto no terminan en sus fronteras territoriales” y, como tal, “deben adoptar las medidas necesarias para prevenir las vulneraciones de los derechos humanos en el extranjero por empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción” (Comité DESC, 2017, § 26).¹⁰ A estos efectos, los mecanismos de rendición de cuentas pueden ser muy útiles (Comité DESC, 2017, § 33).¹¹

Finalmente, dado el rol que el Estado cumple en la economía, los Principios Rectores también regulan su actuación en el mercado. De este modo, a los efectos de cumplir con su deber de protección, los estados deberán: (i) adoptar medidas adicionales de protección en las empresas estatales, en aquellas que estén bajo su control o, incluso, en las que reciben ayuda estatal (Principio Rector 4); y (ii) supervisar el respeto de los derechos humanos en la contratación estatal de servicios empresariales (Principios Rectores 5 y 6). Esto quiere decir que, al momento de regular legislativamente la actuación estatal en el mercado, habrá que incorporar medidas dirigidas a exigir, por ejemplo, el cumplimiento de los derechos humanos en los procesos de privatización, concesión, contratación y adquisición de bienes o servicios, etc.

Deber del Estado de Remediar las violaciones de los derechos humanos (Pilar III):

Tal como se ha señalado, los estados como parte de su deber de protección tienen también el deber de establecer recursos efectivos, a fin de que las personas puedan reclamar frente a las violaciones de sus derechos humanos, en el marco de las actividades empresariales (Principio Rector 25).

Este deber, que también se encuentra claramente asentado en el DIDH,¹² exige a los estados lo siguiente:

Poner en marcha mecanismos efectivos de vigilancia, investigación y rendición de cuentas para asegurar la asunción de responsabilidades y el acceso a recursos, preferiblemente judiciales, de las víctimas de vulneraciones de los derechos reconocidos en el Pacto en el contexto de las actividades empresariales (Comité DESC, 2017, § 38).¹³

Como se puede apreciar, el deber de Remediar exige la implementación de mecanismos de reclamación de la más diversa índole. Efectivamente, el Pilar III de los Principios Rectores establece no solo el deber de prever mecanismos judiciales de reparación (Principio Rector 26), sino también la obligación de

10 Cfr. Comité DESC. Observación General 24. Op. Cit., § 26.

11 Cfr. Comité DESC. Observación General 24. Op. Cit., § 33.

12 La Corte IDH, en reiterada jurisprudencia, ha señalado que el deber de establecer recursos efectivos establecido en el artículo 25° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, está directamente relacionado (i) con la obligación general de respetar y garantizar los derechos prevista en su artículo 1.1 y (ii) con el deber de adoptar disposiciones de Derecho interno estipulado en el artículo 2°. Al respecto, Cfr. Corte IDH, caso Usón Ramírez vs. Venezuela, sentencia de 20 de noviembre de 2009 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costos), § 130; y Corte IDH, caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, sentencia de 17 de junio de 2005 (fondo, reparaciones y costas), § 102.

13 Comité DESC. Observación General 24. Op. Cit., § 38.



establecer: (i) mecanismos extrajudiciales de reclamación, tales como los procedimientos administrativos de denuncia, fiscalización y sanción (Principio Rector 27); y (ii) mecanismos de queja que, previstos en las empresas, permitan una solución directa y temprana a cualquier reclamo que se pudiera haber generado (Principio Rector 29).

Desde luego, entre todos los mecanismos de reclamación posibles, cumplen un rol protagónico los de índole judicial. De acuerdo con los estándares actualmente existentes en el DIDH, los recursos efectivos de carácter judicial deben cumplir con ciertas condiciones, a saber, disponibilidad (idoneidad), efectividad y rapidez.¹⁴ Esto es que, además de la existencia del recurso y de ser de libre acceso para las personas afectadas, debe permitir que una autoridad judicial pueda determinar, de forma celeré o rápida (sin incurrir en dilaciones o entorpecimientos indebidos), si se ha incurrido o no en la transgresión alegada. Además, de ser el caso, la autoridad debe poder ordenar la adopción de los mecanismos de reparación correspondientes (restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción, garantías de no repetición, etc.).¹⁵ En tal sentido, un recurso será efectivo si utilizarlo realmente da resultado para la víctima (en caso se llegue a demostrar la violación alegada). No es, pues, un recurso ilusorio.

De esa forma, ¿cuáles son los estándares aplicables a los mecanismos extrajudiciales estatales y a los mecanismos de queja corporativos? El Principio Rector 31 ha señalado que, a fin de asegurar la eficacia de esta clase de mecanismos de reclamación, es indispensable que sean legítimos (confiables para los afectados), accesibles (de público conocimiento), predecibles (claramente pautados en sus diferentes etapas), equitativos (aseguran igualdad de armas para las partes interesadas), transparentes (ofrecen información sobre cada estado del procedimiento), participados (su diseño y funcionamiento está en permanente consulta con los posibles usuarios) y compatibles con los derechos humanos (sus resultados y reparaciones deben ser conformes con los estándares internacionales sobre derechos humanos).¹⁶

14 Comité DESC. Observación General 24. Op. Cit., § 41.

15 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9/87, garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), 6 de octubre de 1987, § 24; Corte IDH, caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000 (fondo), § 191; Corte IDH, caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, sentencia de 25 de mayo de 2010 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 202; Corte IDH, caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, sentencia de 31 de enero de 2001 (fondo, reparaciones y costas), § 93.

16 Cfr. Comité DESC. Observación General 24. Op. Cit., §§ 53-57.

1. La libertad sindical y la negociación colectiva en los instrumentos internacionales de derechos humanos

De conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), la libertad sindical y la negociación colectiva son derechos humanos. Esto quiere decir que, según los Principios Rectores, los estados tienen el deber de proteger su ejercicio y de remediar sus transgresiones, en el ámbito de las actividades empresariales (Pilares I y III).

En tal sentido, a los efectos del presente informe, es indispensable definir lo siguiente: (i) cuáles son los estándares internacionales que dichos derechos protegen (esto es, sus contenidos normativos) y, sobre todo, (ii) cuáles son las condiciones que deben cumplir las medidas legislativas restrictivas adoptadas por el Estado peruano, a fin de ser compatibles con el DIDH.

a. Estándares internacionales sobre la libertad sindical

La libertad sindical está reconocida como derecho humano en los principales instrumentos internacionales sobre esta materia (tanto en el sistema universal como en el sistema interamericano). Así, puede destacarse: (i) el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP),¹⁷ (ii) el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC),¹⁸ (iii) el artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH)¹⁹ y (iv) el artículo 8 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, Protocolo de San Salvador).²⁰

17 El artículo 22° del PIDCP, ratificado por el Estado peruano el 28 de abril de 1978, señala lo siguiente: “Artículo 22: 1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses. (...)”.

18 El artículo 8° del PIDESC, ratificado por el Estado peruano el 28 de abril de 1978, señala lo siguiente: “Artículo 8: 1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. (...) b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas; (...)”.

19 El artículo 16° de la CADH, ratificada por el Estado peruano el 12 de julio de 1978, establece lo siguiente: “Artículo 16 Libertad de Asociación. - 1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines (...), laborales, (...)”.

20 El artículo 8° del Protocolo de San Salvador, ratificado por el Estado peruano el 17 de mayo de 1995, estipula lo siguiente: “Artículo 8°: Derechos Sindicales. - 1. Los Estados partes garantizarán: a. el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente; (...). 3. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato”.



De una lectura de dichos instrumentos, conjuntamente con lo dispuesto por los Convenios N° 87 y N° 98 de la OIT,²¹ se desprende que la libertad sindical ha sido recogida en los términos más amplios. Así, de conformidad con los mismos, la libertad sindical es un derecho humano de los trabajadores y trabajadoras, sin ninguna distinción –y de sus organizaciones representativas– de realizar actividad sindical, a su sola discreción, sin injerencias o represalias estatales o empresariales, y sin ninguna discriminación, para la promoción y protección de sus propios intereses (laborales, económicos, sociales, etc.).

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)²² y, sobre todo, de los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical de la OIT (2018, §§ 472-1013) la libertad sindical impone a los estados el deber de respetar y garantizar los siguientes estándares en el ámbito empresarial:

La libertad de las personas trabajadoras (dimensión individual):²³

De formar las organizaciones sindicales que estimen convenientes, o de afiliarse a las de su preferencia (incluyendo más de una), para la realización común de los fines que libremente determinen (libertad sindical individual positiva); y

De no afiliarse a ninguna organización sindical o de desafiliarse de la que integran, en ambos casos sin dar mayores explicaciones (libertad sindical individual negativa).

La libertad de las organizaciones sindicales ya constituidas (dimensión colectiva):

De adoptar la forma o ámbito –empresarial o supraempresarial, regional o nacional, etc.– que estimen conveniente (libertad sindical colectiva de organización);²⁴

De adoptar y/o redactar libremente sus estatutos y, en general, cualquier norma interna que consideren necesaria (libertad sindical colectiva de reglamentación);²⁵

De elegir a sus representantes o dirigentes en general o para actuaciones específicas –y, eventualmente, de revocarlos–, según las condiciones electorales previstas en sus propios estatutos (libertad sindical colectiva de representación);²⁶

De organizar su administración interna, sus actividades y su plan de acción (libertad sindical colectiva de gestión);²⁷

21 El Convenio 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, fue ratificado por el Estado peruano el 2 de marzo de 1960, mientras que el Convenio 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, fue ratificado por el Perú el 15 de noviembre de 1963 (Resolución Legislativa N° 14712).

22 Cfr. Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), § 156; Corte IDH. Caso Huilca Tecse Vs. Perú, sentencia de 3 de marzo de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), §§ 70-77; y Corte IDH. Caso Lagos del Campo vs. Perú, sentencia de 31 de agosto de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), §§ 156-157.

23 Cfr. Oficina Internacional del Trabajo. La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical. Ginebra: OIT, 6° edición, 2018, §§ 472-474 y §§ 546-550.

24 Cfr. Ibid., §§ 502-512.

25 Cfr. Ibid., §§ 561-584.

26 Cfr. Ibid., §§ 585-665.

27 Cfr. Ibid., §§ 666-715.

De realizar todas las actividades que consideren necesarias para la promoción y protección de sus intereses y/o de sus afiliados,²⁸ incluyendo el inicio del procedimiento de negociación colectiva y el recurso a la huelga (libertad sindical colectiva de realizar actividad sindical);²⁹

De fundar organizaciones de grado superior o de adherirse a ellas (federaciones o confederaciones, nacionales o internacionales), con el propósito de fortalecer su capacidad de acción y la realización de sus fines (libertad sindical colectiva de federación);³⁰ y

De decidir libremente si suspenden sus actividades o si se disuelven y extinguen (libertad sindical colectiva de suspensión o disolución).³¹

El derecho de las personas trabajadoras que realizan actividad sindical (incluyendo a las que ya dejaron de hacerlo) y de las propias organizaciones sindicales, a gozar de mecanismos adecuados de protección (para el eficaz desempeño de sus funciones):

Frente a cualquier acto de discriminación, adoptado en relación con su empleo, por razones de su afiliación o actividad sindical, presente o pasada (prohibición de la discriminación antisindical);³² y

Frente a cualquier acto de injerencia (o de entorpecimiento de la libertad para desarrollar actividades sindicales), efectuado por las autoridades estatales o por parte de las organizaciones empresariales.³³

b. Estándares internacionales sobre la negociación colectiva

El derecho a la negociación colectiva está reconocido expresamente en el Convenio N° 98 de la OIT, que además señala lo siguiente sobre la obligación del Estado de adoptar:

Medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo (OIT, 1951, art. 4).³⁴

Sobre él existe el consenso de que:

El derecho de negociar libremente con los empleadores las condiciones de trabajo constituyen un elemento esencial de la libertad sindical, y los sindicatos deberían tener el derecho, mediante negociaciones colectivas o por otros medios lícitos, de tratar de mejorar las condiciones de vida y de

28 Cfr. Ibid., §§ 716-750,

29 Cfr. Ibid., §§ 751-757.

30 Cfr. Ibid., §§ 1014-1071.

31 Cfr. Ibid., §§ 979-1013.

32 Cfr. Ibid., §§ 1072-1185.

33 Cfr. Ibid., §§ 1187-1219.

34 C098 OIT, artículo 4. Con base en este artículo, el Tribunal Constitucional he señalado que el artículo 28° de la Constitución dispone que “el Estado reconoce el derecho a la negociación colectiva, cautela su ejercicio democrático y fomenta la negociación colectiva, y que la convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado”; refiriendo asimismo que, “Conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, las normas relativas a los derechos y libertades que aquella reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados internacionales sobre la misma materia ratificados por el Perú” (STC 7957-2005-PA/TC, FJ. 4).



trabajo de aquellos a quienes representan, mientras que las autoridades públicas deben abstenerse de intervenir de forma que este derecho sea coartado o su legítimo ejercicio impedido. Tal intervención violaría el principio de que las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberían tener el derecho de organizar sus actividades y formular su programa (OIT, 2018, § 1232).³⁵

Claramente, pues, la negociación colectiva es una de las manifestaciones posibles, quizás la más importante, de la libertad de las organizaciones gremiales de desarrollar actividades sindicales, a fin de promover y defender sus propios intereses.³⁶ En estricto, la negociación colectiva es el derecho de las organizaciones sindicales a contar con un canal específico para reglamentar sus condiciones de empleo, tal como lo señala el Convenio N° 98 de la OIT. Esto es, tiene un carácter eminentemente instrumental en relación con la libertad sindical (que les permite fijar y proteger sus intereses).³⁷ Es por ello que su ejercicio es vinculante para los empleadores. Basta, pues, que los primeros quieran negociar para que los últimos estén obligados a hacerlo.³⁸

Su desarrollo específico está regulado en el mismo convenio mencionado. De conformidad con los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical de la OIT, la negociación colectiva impone a los estados el deber de respetar y garantizar los siguientes estándares en el ámbito empresarial:

- a) El deber de la parte empresarial de reconocer a las organizaciones sindicales que representen a sus trabajadores y trabajadoras, como interlocutores válidos a los efectos de la negociación colectiva,³⁹ sin perjuicio de la posibilidad de que la legislación imponga el sistema del sindicato más representativo (el mayoritario) en los contextos de pluralidad sindical (aunque garantizando los derechos de representación de los sindicatos minoritarios).⁴⁰
- b) El principio de negociación libre y voluntaria, que incluye: La libertad de las partes para iniciar la negociación colectiva (el momento de presentación del pliego de reclamo), sin perjuicio del deber estatal de imponer la obligación de negociar a la parte empresarial;⁴¹

35 Ibid., § 1232.

36 En palabras del Comité de Libertad Sindical de la OIT: “Uno de los principales objetivos buscado por los trabajadores al ejercer el derecho de sindicación es el negociar colectivamente sus términos y condiciones de trabajo. Por consiguiente, el Comité considera que las disposiciones que prohíben a los sindicatos entablar la negociación colectiva, inevitablemente, frustran el objetivo y la actividad principales para los cuales fueron creados, lo que es contrario no solo al artículo 4 del Convenio núm. 98 sino también al artículo 3 del Convenio núm. 87 que estipula que los sindicatos tendrán el derecho de ejercer sus actividades y formular sus programas con total libertad” (Oficina Internacional del Trabajo. La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical. Op. Cit., § 1234).

37 Cfr. Boza, Guillermo y Aguinaga, Ernesto. “El artículo 45° de la Ley de relaciones colectivas de trabajo como problema y solución: el caso de la negociación minera por rama de actividad”. En: IUS 360, 22 de septiembre de 2019. Disponible en: <https://ius360.com/privado/laboral/el-articulo-45-de-la-ley-de-relaciones-colectivas-de-trabajo-como-problema-y-solucion-el-caso-de-la-negociacion-minera-por-rama-de-actividad/>

38 Cfr. Boza, Guillermo y Aguinaga, Ernesto. “El deber de negociar y el arbitraje potestativo como parte del contenido del derecho constitucional de negociación colectiva”. En: Derecho PUCP, N° 71, 2013, pp. 290-302.

39 Cfr. Oficina Internacional del Trabajo. La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical. Op. Cit., §§ 1350-1358.

40 Cfr. Ibid., §§ 1359-1393.

41 Cfr. Ibid., §§ 1316-1318.

La libertad de las partes para fijar el nivel de la negociación (empresa, rama de actividad, gremio, cadena de producción),⁴² sin que ello suponga la *supresión* de la libertad de las organizaciones sindicales de llevar a cabo actividad sindical;

La libertad de las partes para fijar las materias que serán objeto de negociación (el contenido de la negociación);⁴³

La libertad de las partes para llegar a acuerdos (no existe el deber de pactar);⁴⁴ y

La libertad de las partes para utilizar mecanismos de auxilio o alternativos para superar cualquier impase en la negociación,⁴⁵ sin perjuicio del deber estatal de imponer el recurso al arbitraje en determinadas situaciones.

- c) El principio de negociación de buena fe, que implica el deber de las partes de hacer todo lo posible por llegar a un acuerdo (sin incurrir en tácticas dilatorias o fraudulentas)⁴⁶ y, sobre todo, de cumplir con lo finalmente pactado (no cabe la modificación o cancelación unilateral de lo acordado).⁴⁷

c. Estándares internacionales sobre las restricciones admisibles al ejercicio de la libertad sindical y la negociación colectiva

De una lectura conjunta de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, se desprende que los estándares señalados sobre libertad sindical y negociación pueden ser objeto de restricción. Y es que, de conformidad con la Corte IDH “salvo algunos derechos que no pueden ser restringidos bajo ninguna circunstancia, como el derecho a no ser objeto de tortura o de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, los derechos humanos no son absolutos” (Corte IDH, 2008, § 174).⁴⁸ No obstante, como la misma Corte IDH precisó, dichas limitaciones deben cumplir con ciertas condiciones a fin de que no supongan la supresión del derecho en cuestión.⁴⁹

¿Cuáles son, pues, los estándares internacionales que regulan la restricción de la libertad sindical y de la negociación colectiva? De conformidad con el DIDH, el ejercicio de estos derechos humanos “sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que éstos sean propios a una sociedad democrática, necesarios para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás” (Protocolo de San Salvador, 1998, artículo 8.2).⁵⁰ En tal sentido,

42 Cfr. Ibid., §§ 1404-1414.

43 Cfr. Ibid., §§ 1289-1312.

44 Cfr. Ibid., § 1319.

45 Cfr. Ibid., §§ 1322-1326.

46 Cfr. Ibid., §§ 1327-1333.

47 Cfr. Ibid., §§ 1334-1339.

48 Corte IDH. Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, sentencia de 6 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), § 174.

49 Cfr. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86, La expresión “leyes” en el artículo 30° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 9 de mayo de 1986, §§ 14 y 18.

50 El artículo 22.1 del PIDCP dispone exactamente lo mismo: “Artículo 22: (...). 2. El ejercicio de tal derecho solo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”. Este estándar también es compartido por el artículo 8.1.a) y 8.1.c) del PIDESC: “Artículo 8: 1.



cualquier medida legislativa que no cumpla con dichas condiciones, a los efectos de regular el ejercicio de la libertad sindical y la negociación colectiva, será incompatible con el DIDH.

En relación con ello, la primera exigencia para la Corte IDH implica que solo serán lícitas aquellas medidas restrictivas que hayan sido incorporadas mediante una Ley en sentido formal.⁵¹ Esto quiere decir que, de conformidad con el DIDH, las normas jurídicas autorizadas para introducir restricciones al ejercicio de los derechos humanos, solamente serán las que provengan de “actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo” (Corte IDH, 1986, § 35).⁵² En tal sentido, será ilícita *per se* cualquier restricción a la libertad sindical y a la negociación colectiva, cuya fuente formal no sea una ley en sentido estricto.

Ahora bien, cumplir con la reserva de ley formal no valida por sí mismo la restricción. Además, es indispensable que la medida restrictiva persiga algún fin legítimo o, lo que es lo mismo, permitido por el DIDH. Efectivamente, la Corte IDH ha señalado que, desde la perspectiva de la CADH, la restricción de un derecho humano (como la libertad sindical y la negociación colectiva) solo puede justificarse en la necesidad de proteger el orden público, el bien común, la moral o salud públicas, o los derechos y libertades de los demás.⁵³ Así, pues, las leyes restrictivas, en materia de libertad sindical, solamente estarán permitidas si su fin ulterior es cautelar: (i) el principio de no daño a terceros (desde una perspectiva individual) o (ii) el orden público y/o el bien común (desde una perspectiva colectiva).⁵⁴

Desde luego, que dichos fines puedan autorizar la introducción de restricciones al ejercicio de los derechos humanos, no quiere decir que será lícita *per se* cualquier medida legislativa que se utilice a estos efectos. Y es que, como ha precisado la Corte IDH, también es indispensable asegurar que los medios efectivamente utilizados, no supriman el derecho objeto de intervención (desnaturalizándolo o

(...): a) (...). No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos; (...); c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos”. Finalmente, el artículo 16.2 de la CADH claramente estipula que “el ejercicio de tal derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. (...)”.

51 Cfr. Corte IDH. Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, sentencia de 6 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), § 176.

52 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86, La expresión “leyes” en el artículo 30 de la convención americana sobre derechos humanos, del 9 de mayo de 1986, § 35.

53 Cfr. Corte IDH. Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, Op. Cit., § 180.

54 La Corte IDH ha definido el orden público como “las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios”, mientras que el bien común sería “las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos” (Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85, La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 convención americana sobre derechos humanos), 13 de noviembre de 1985, §§ 64 y 66).

privándolo de contenido real).⁵⁵ Por esta razón, se exige como último requisito de validez que la medida restrictiva sea la necesaria para una sociedad democrática o, lo que es lo mismo: (a) que sea la que restringe en menor grado el derecho protegido (el principio de necesidad) y (b) que se ajuste estrechamente al logro del fin legítimo perseguido (el principio de proporcionalidad).⁵⁶

55 Cfr. Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-5/85*. Op. Cit., § 67.

56 Cfr. Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, Op. Cit., §§ 185-186.



2. Estado actual de la libertad sindical y la negociación colectiva en el Estado peruano

A los efectos del presente informe, es indispensable determinar cuáles son los niveles reales de ejercicio de los derechos humanos a la libertad sindical y a la negociación colectiva.

a. La PEA y el índice de afiliación sindical

La población total de Perú es de 32 495 500 personas.⁵⁷ De estas, 24 142 000 están en edad de trabajar (PET). Si se descuenta las 6 680 000 personas que están bajo la condición de inactivas (PI), resulta que la población económicamente activa (PEA) es de 17 463 000 personas. En este universo, 686 000 personas están desempleadas y, como tal, la PEA ocupada (o de personas que realmente trabajan, lo que incluye a las personas adecuadamente empleada o subempleada) es de 16 777 000 personas.⁵⁸

Estos números muestran que el mercado laboral peruano (con un 71,1 % de informalidad)⁵⁹ no es el escenario propicio para el ejercicio del derecho humano a la libertad sindical y a la negociación colectiva. Cuantitativamente, un alto porcentaje de la población peruana, en tanto trabajadora, tiene el derecho de realizar actividades sindicales, pero en la práctica no puede ejercerlo.

Entre la PEA, solo un número reducido de personas cuenta con la condición de “asalariados formales” (es decir, con un contrato de trabajo formal). En efecto, de acuerdo con el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), este grupo está compuesto por tan solo 4 950 994 personas⁶⁰ (5 123 000 si usamos el cálculo por puestos de trabajado utilizado por el BCRP).⁶¹ Este último dato es relevante porque nos indica que, por razones fácticas y jurídicas, existe un gran número de personas (11 826 000 exactamente) que se ven seriamente limitadas de ejercer su derecho humano a la libertad sindical (o bien son “asalariados informales”, o bien son trabajadores autónomos).

De este universo, según el mismo MTPE, al 2018 había 398 311 personas sindicalizadas: 189 545 en el sector privado y 208 766 en el sector público.⁶²

57 INEI. Estimaciones y proyecciones de población en base al censo 2017, 2019. Disponible en http://cpi.pe/images/upload/paginaweb/archivo/26/mr_poblacional_peru_201905.pdf y https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/metodologias/estimaciones_proyecciones.pdf

58 BCRP. Memoria 2018: informe Económico, 2019, p. 37, cuadro 16. Disponible en <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Memoria/2018/memoria-bcrp-2018.pdf>

59 Información disponible en: <https://elperuano.pe/noticia-el-711-de-trabajadores-el-peru-son-informales-93831.aspx> Un desarrollo más detallado al respecto se encuentra en el diagnóstico sobre Informalidad en el sector económico.

60 MTPE. Anuario estadístico sectorial 2018, 2019, p. 141, cuadro 66 y p. 166, cuadro 92. Disponible en <http://www2.trabajo.gob.pe/estadisticas/anuarios-estadisticos/>

61 BCRP. Op. Cit., p. 36, cuadro 14.

62 MTPE. Op. Cit., p. 144, cuadro 69 y p. 170, cuadro 96.

De acuerdo con el Anuario Estadístico Anual 2019, en diciembre de 2019 se registró 198 488 personas trabajadoras sindicalizadas en el sector privado. De estas, 194 son ejecutivas, 22 645 son empleadas y 78 169 son obreras y 1846 son no determinadas.⁶³ El sector construcción es el que agrupa mayor número de personas trabajadoras sindicalizadas, con 40 981, seguido de la actividad de industrias manufactureras, con 18 044.⁶⁴ Asimismo, señala que se ha registrado 183 convenios colectivos, principalmente en la industria manufacturera.

63 Informe Comparativo. Planillas Electrónicas (s.f) p. 40. Recuperado de https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/300500/d289333_opt.pdf

64 Ídem.



Tabla 1. Convenios colectivos registrados por organización sindical, según actividad económica 2019

Actividad Económica	Organización sindical							Total
	Federación	Sindicato de empleados	Sindicato de obreros	Sindicato Único	Delegado de empleados	Delegados de obrero	Delegados empleados / obreros	
Explotación de minas y canteras	-	-	-	-	1	-	-	1
Industrias manufactureras	-	13	60	13	2	5	-	93
Suministro de electricidad, gas y agua	-	2	-	-	2	-	-	4
Construcción	-	-	-	-	-	3	-	3
Comercio por mayor y menor, repuestos de vehículos automáticos	-	4	3	1	1	-	-	9
Hoteles y restaurantes	-	-	1	-	-	-	-	1
Transporte, almacenamiento y comunicaciones	-	8	1	1	-	-	-	10
Intermediación financiera	-	1	-	-	1	-	-	2
Actividades inmobiliarias, empresariales y de alquiler	-	2	2	-	-	-	-	4
Administración pública y defensa	-	3	6	1	-	-	-	10
Enseñanza	-	5	2	3	6	-	-	16
Servicios sociales y de salud	-	3	1	1	-	-	1	6
Otras actividades de servicio comunitario, sociales y personales	-	4	10	5	4	1	-	24
TOTAL	0	45	86	26	17	9	1	183

Fuente: MTPE (2020, pp. 31-32).

Estas cifras, a los efectos del presente informe, evidencian lo siguiente: (i) que en promedio tan solo el 7,7 % de las personas “asalariadas formales” se encuentra sindicalizada⁶⁵ y, sobre todo, (ii) el mayor porcentaje de personas sindicalizadas

65 La tasa de sindicalización baja a 5,2 % si se calcula sobre la base de la Población Ocupada Asalariada (que es la que se toma como referencia), la misma que incluye a los trabajadores formales e informales con salario (7 660 900 según el INEI https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1537/libro.pdf). Incluso en relación con toda la PEA ocupada, la tasa de afiliación sindical se reduce al 2.3%.

lo está en el sector público. Esto es, en el sector privado, que es el ámbito en el que preferentemente interactúan las empresas (y en el que se ubica la mayoría de la PEA asalariada formal), es sumamente reducido el ejercicio de la libertad sindical y la negociación colectiva (alrededor del 5 % frente al casi 30 % del sector público).

De acuerdo con el Anuario Estadístico del MTPE, durante el año 2019 hubo 67 huelgas, donde estuvieron comprendidos 110 154 trabajadores y trabajadoras. De ese número, 65 huelgas fueron calificadas como improcedentes o ilegales.⁶⁶ El informe de huelgas en Perú 2019, precisa que la principal causa de estas fue por negociaciones colectivas (solución integral del pliego de reclamos). En efecto, dicha causa registró 27 huelgas (40,30 %) comprendió a un total de 3454 trabajadores y trabajadoras (12,21%) y generó 577 032 horas-hombre perdidas (27,66 %). En segundo lugar, se ubica el incumplimiento de normas legales y/o convencionales (cumplimiento oportuno en el pago de sueldos al personal contratado, problemática de seguridad y salud en el trabajo, pago de utilidades, incumplimiento de normas laborales, otros); que registró 20 huelgas (29,85 %), comprendió a 25 204 personas trabajadoras (22,.88 %) y generó 438 696 horas-hombre perdidas (21,03 %).⁶⁷

b. Factores que afectarían el índice de afiliación sindical

Visto lo anterior, es necesario analizar los motivos que llevan a las personas trabajadoras a no sindicalizarse, tanto de aquellas que pertenecen al 30 % de la PEA ocupada como de aquellas que pertenecen al sector informal. Debe tomarse en cuenta que, a inicios de los noventa, antes de la reforma laboral experimentada en esa década, la tasa de afiliación sindical era del 15 % de la PEA asalariada formal (muy lejana de 7,7 % de la actualidad).⁶⁸ Al respecto las centrales sindicales hacen hincapié en que las dificultades no son solo legales, sino que “reposan también, en la escasa cultura de diálogo social que existe, entre las autoridades públicas y el sector empleador”.⁶⁹ También señalan que:

Si bien esta es una dimensión que se da en el ámbito subjetivo (es decir, en el plano de las percepciones y prejuicios), es posible encontrar manifestaciones de animadversión respecto del actor sindical que impiden los acercamientos en torno a la negociación colectiva por rama de actividad o el reconocimiento de organizaciones sindicales de grupo de empresa, por señalar dos ejemplos. (Plataforma de Sociedad Civil de Empresas y Derechos Humanos, Centrales Sindicales, Perú-Equidad y Plades, 2020).⁷⁰

Un primer factor respondería al papel preponderante que juegan las

66 Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo. Anuario Estadístico Sectorial 2019. p. 17.

67 Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Huelgas en el Perú. Lima, 2019. Recuperado de https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/535201/HUELGAS_2019_opt.pdf

68 Cfr. Boza Pro, Guillermo y Miguel Canessa Montejo. “Relaciones colectivas de trabajo: entre la flexibilidad y el intervencionismo estatal”. En: Estudios sobre la flexibilidad en el Perú, OIT, Lima, 2000, p. 205.

69 Precisión aportada por la Plataforma de Sociedad Civil de Empresas y Derechos Humanos; Centro de Políticas Públicas y Derechos Humanos - Perú Equidad y Programa Laboral de Desarrollo (Plades) y centrales sindicales, en el proceso de revisión del presente documento, remitida el 10 de agosto de 2020 a la Dirección General de Derechos Humanos.

70 Ibid.



microempresas y las pequeñas empresas en nuestra economía, pues 12 149 000 personas trabajan en empresas que tienen entre 1 y 10 trabajadores (usualmente en la informalidad), mientras que 1 247 000 lo hacen en empresas que tienen entre 11 y 50 trabajadores.⁷¹ Si se toma en cuenta que nuestra legislación laboral colectiva exige como mínimo 20 trabajadores para constituir “sindicatos de empresa”, entonces resulta que la gran mayoría de la PEA ocupada está fuera de la posibilidad de la sindicalización por la existencia de una barrera de corte legal. No obstante, se requiere señalar que el artículo N° 6 del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT) precisa el derecho de sindicalización de trabajadores y trabajadoras no dependientes de una relación de trabajo. En ese sentido, existen, por ejemplo, organizaciones sindicales de trabajadores autónomos que cuentan con registro sindical y ejercen actividad sindical.

Al respecto, las centrales sindicales señalan que

Otro factor de igual importancia (...) es el desincentivo legal para conformar sindicatos de rama u de otros niveles supraempresariales, dado que la legislación vigente reconduce las negociaciones colectivas al nivel de empresa (artículo 45 del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo), impidiendo o dificultando sin justificación alguna la negociación colectiva a niveles supraempresariales.⁷²

Desde luego, nuestra legislación laboral individual también ha venido jugando un rol en materia de libertad sindical y negociación colectiva. Y es que, en el ámbito privado, nuestro mercado de trabajo formal presenta los siguientes rasgos: (i) está mayoritariamente compuesto por trabajadores temporales, (ii) presenta un alto uso de mecanismos legales de contratación indirecta de personal, y (iii) existen amplios supuestos legales de contratación “no laboral”.

Efectivamente, según el MTPE, solo 1163 379 trabajadores y trabajadoras se encuentran registrados como personal a plazo indeterminado y, como tal, existen 2 433 744 trabajadores y trabajadoras con contratos de trabajo a plazo fijo (el 67 % de los asalariados formales).⁷³

Según lo señalado por las centrales sindicales:

Bajo la perspectiva de los estándares internacionales, lo esperable es que un entorno propicio para el ejercicio de los derechos sindicales la afiliación crezca (y no disminuya) en todos los sectores de actividad; tanto en los sectores mencionados en el informe (dada la presencia histórica de organizaciones sindicales sólidas en ellos que por cierto, vienen siendo severamente afectadas por políticas que promueven la tercerización o el abuso de la contratación temporal), como en los sectores de uso intensivo de mano de obra como la agricultura y el comercio. En este último caso (agricultura o comercio), a pesar de tratarse de sectores intensivos en

71 BCRP. Op. Cit., p. 37, cuadro 16.

72 Precisión aportada por la Plataforma de Sociedad Civil de Empresas y Derechos Humanos; Centro de Políticas Públicas y Derechos Humanos - Perú Equidad y Programa Laboral de Desarrollo (Plades) y centrales sindicales, en el proceso de revisión del presente documento, remitida el 10 de agosto de 2020 a la Dirección General de Derechos Humanos.

73 MTPE. Op. Cit., p. 151, cuadro 76.

mano de obra, la afiliación es baja por efecto de la contratación temporal, los impedimentos para la negociación a nivel de rama y las prácticas antisindicales (Plataforma de Sociedad civil de Empresas y Derechos Humanos, Centrales Sindicales, Perú-Equidad y Plades, 2020).⁷⁴

En ese sentido, consideran que entre las acciones del PNA:

Debe incluirse la revisión de las modalidades de contratación temporal previstas en la legislación (para limitarla a los supuestos de auténticas necesidades temporales de las empresas) y el otorgamiento de incentivos a las empresas que reporten altos índices de contratación a tiempo indefinido, entre otras (Plataforma de Sociedad civil de Empresas y Derechos Humanos, Centrales Sindicales, Perú-Equidad y Plades, 2020).⁷⁵

Del mismo modo, de acuerdo con la información disponible, 147 547 personas trabajadoras están sujetas a la intermediación laboral y 115 448 lo están a la tercerización o subcontratación laboral.⁷⁶ Es decir, son personas trabajadoras que legalmente están imposibilitadas de realizar lo siguiente: a) de negociar colectivamente sus condiciones laborales con la empresa que se beneficia de sus servicios (la usuaria o principal), y b) de constituir organizaciones sindicales que se adapten a sus circunstancias laborales específicas (por ejemplo, por medio de la negociación colectiva por cadena de producción).

Al respecto, las centrales sindicales señalan que esta situación genera:

Efectos adversos de la tercerización y de otras formas de subcontratación en el ejercicio de los derechos sindicales: *i)* la disminución de la afiliación sindical (lo que puede respaldarse con información de la planilla electrónica) derivada, entre otros factores, de la alta incidencia de la contratación temporal; *ii)* las dificultades o impedimentos para el registro de organizaciones sindicales que agrupen a trabajadores de las empresas contratantes (o principales) y sus contratistas debido a la falta de previsión de este tipo de sindicatos (y de otros como los sindicatos de grupo de empresas o de sindicatos que agrupen a trabajadores de la cadena de producción) en el artículo 5 del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, que vulnerándose así el derecho de sus trabajadores a conformar las organizaciones que “estimen convenientes” (artículo 2 del convenio 87 de la OIT); *iii)* las limitaciones al ejercicio efectivo del derecho de negociación colectiva cuando esta implica un cambio de nivel, pues requiere el emplazamiento conjunto del empleador de la empresa principal y del empleador de la empresa de intermediación o tercerización, en cuyo caso, en virtud del artículo N° 45 del TUO de la LRCT, la negociación colectiva a nivel supraempresarial dependerá de la voluntad de los empleadores y de no obtenerse esa voluntad la negociación solo podrá darse a nivel de empresa; *iv)* la imposibilidad de que el derecho de huelga cumpla su función, debido a que las paralizaciones de actividades afectarían a las empresas principales que puede optar por la resolución de sus contratos

74 Precisión aportada por la Plataforma de Sociedad Civil de Empresas y Derechos Humanos; Centro de Políticas Públicas y Derechos Humanos - Perú Equidad y Programa Laboral de Desarrollo (Plades) y centrales sindicales, en el proceso de revisión del presente documento, remitida el 10 de agosto de 2020 a la Dirección General de Derechos Humanos.

75 Precisión aportada por las centrales sindicales en el proceso de revisión del presente documento.

76 MTPE. Op. Cit., p. 145, cuadro 70.



con las contratistas; *v*) las diferencias salariales entre trabajadores de empresas principales; y contratistas; *vi*) las diferencias en las condiciones de seguridad y salud en el trabajo que implican una menor protección para los trabajadores de empresas contratistas a pesar de que suelen desarrollar labores de mayor riesgo. (Plataforma de Sociedad civil de Empresas y Derechos Humanos, Centrales Sindicales, Perú-Equidad y Plades, 2020).⁷⁷

Finalmente, aunque con una menor incidencia, no debe olvidarse que actualmente existen 30 811 personas que prestan servicios, por cuenta ajena y subordinados, bajo las denominadas “modalidades formativas”,⁷⁸ las mismas que legalmente están excluidas de toda posibilidad de sindicalización (legalmente no se les considera trabajadores o trabajadoras para ningún efecto).

⁷⁷ Precisión aportada por las centrales sindicales en el proceso de revisión del presente documento.

⁷⁸ MTPE. Op. Cit., p. 157, cuadro 83.

3. Ausencias que impiden el cumplimiento del deber estatal de proteger, en la actuación empresarial, el ejercicio de la libertad sindical y la negociación colectiva

Como se dijo en el punto 1 precedente, el deber estatal de proteger (Principios Rectores, Pilar 1) supone, en primer término, adoptar medidas dirigidas a prevenir la violación o transgresión de los derechos humanos en las actividades empresariales (una obligación de hacer o positiva). Esto quiere decir, entonces, que será una barrera para el cabal cumplimiento de los Principios Rectores, la ausencia o inexistencia de dichas medidas cuando de conformidad con los mismos sí deberían existir.

A continuación, se pasará revista a la normativa interna del Estado peruano que, regulando la actividad empresarial (tanto pública como privada), no adopta o incorpora estándares de ninguna clase dirigidos a prevenir la violación o transgresión de la libertad sindical y la negociación colectiva.

a. En la normativa interna que regula la actuación de las empresas estatales

De conformidad con el Principio Rector 4, el Estado peruano está obligado a adoptar medidas adicionales de protección de la libertad sindical y la negociación colectiva, en el ámbito de las empresas estatales (o que están bajo su control). Ello es así porque, en estos casos “tienen mayores medios a su disposición para hacer cumplir las políticas, leyes y reglamentos en relación con el respeto de los derechos humanos” (Naciones Unidas, 2011, p. 8).⁷⁹

Al respecto, la actividad empresarial del Estado peruano está regulada por el Decreto Legislativo N° 1031, que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, y por su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 176-2010-EF. De una lectura conjunta de los mismos, se advierte que no se menciona expresamente el deber del Estado de respetar y promover el ejercicio de la libertad sindical y la negociación colectiva (y en general de cualquier derecho humano), en el marco de sus actividades empresariales. No obstante, siendo que la libertad sindical y la negociación colectiva es un derecho que se encuentran reconocidos en la Constitución Política del Perú, son de plena aplicación al sector público y privado.

⁷⁹ Principio Rector 4, comentario en la página 8 del Informe “Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos” de las Naciones Unidas.



El reglamento mencionado, en lo que se refiere a la gestión de las empresas del Estado (lo que incluye las relaciones laborales), solo señala que se sujeta a los “Principios de Buen Gobierno Corporativo aprobados por FONAFE” (artículo N° 30.1).⁸⁰ Este último, en cumplimiento de dicho encargo, ha emitido las siguientes disposiciones sobre el ejercicio de la libertad sindical y de la negociación colectiva, que son de aplicación interna en todas las empresas del Estado:

Acuerdo de Directorio N° 002-2013/003-FONAFE de fecha 08 de marzo de 2013, Código de Buen Gobierno Corporativo para las Empresas bajo el ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (Fonafe), en el que se señala de forma genérica que “los derechos de todos los grupos de interés que interactúan con la EPE (Ejemplo: accionistas, trabajadores, proveedores, acreedores, clientes, etc.) deben ser debidamente respetados” (Fonafe, 2013, p. 6) detallado en el principio 4 sobre cumplimiento de obligaciones y compromisos.

Acuerdo de Directorio N° 003-2018/006-FONAFE de fecha 26 de junio de 2018, modificado por Acuerdo de Directorio N° 002-2018/011-FONAFE de fecha 05 de diciembre de 2018, Directiva Corporativa de Gestión Empresarial, en la que en su artículo 8.6 sobre negociación colectiva, señala que:

FONAFE brinda a la Empresa herramientas y lineamientos orientadores de buenas prácticas (no contenidos en la legislación laboral), para la gestión de sus negociaciones colectivas, propiciando la transparencia e independencia de los representantes de las Empresas que negocian con los Sindicatos. (...). La Empresa gestionará sus procesos de negociación colectiva bajo principios de buena fe y normas que la rigen (Fonafe, 2018, p. 53).

Oficio Circular SIED 047-2015/DE/FONAFE de fecha 1 de junio de 2015, Lineamientos para la Negociación Colectiva de las Empresas bajo el ámbito de Fonafe, en los que: a) se reitera las obligaciones legales que en esta materia tienen las empresas del Estado y b) se regula el nombramiento y deberes de los integrantes de la comisión negociadora de la empresa estatal. Esto es, no se ofrecen herramientas y lineamientos orientadores de buenas prácticas (no contenidos en la legislación laboral), para la gestión de sus negociaciones colectivas. No obstante, en febrero de 2021 fue derogado, por lo que actualmente no hay negociaciones colectivas en Fonafe. Además, se indicó que

adjunto al presente el comunicado emitido por el Ministerio de Economía y Finanzas a través del cual dispone que la derogación del Decreto de Urgencia N° 014-2020, que regula la negociación colectiva en el sector público, implica un vacío normativo, el mismo que tiene incidencia directa en los procesos de negociación colectiva o arbitrajes laborales iniciados y por iniciarse, en las diversas entidades y empresas del sector público, por lo que los procesos de negociación colectiva y arbitrajes laborales en curso quedan en suspenso, estando impedidos los funcionarios -o los que hagan sus veces (trabajadores en el caso de las empresas) de ejercer la representación del Estado en cada proceso, bajo responsabilidad funcional, administrativa, civil y/o penal que corresponda- comprometer o disponer

80 El Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado, fue creado por la Ley 27170.

el uso de recursos públicos (FONAFE, 2021, p. 1).⁸¹

Como se puede apreciar, las ausencias en el Decreto Legislativo N° 1031 y en su Reglamento, no han sido completamente suplidas por las directivas o lineamientos internos de Fonafe. Y es que más allá de reiterarse que los derechos de trabajadores y trabajadoras deben ser debidamente respetados (lo que incluye a la libertad sindical y a la negociación colectiva), en ninguna de ellas se desarrolla las conductas que, dentro de las empresas estatales, el personal de dirección se encuentre expresamente vinculado a:

- i. Obligado a implementar la protección de los derechos laborales, a fin de facilitar el ejercicio de la libertad sindical de las y los trabajadores, tanto en su dimensión individual como colectiva (por ejemplo, el reconocimiento de las organizaciones sindicales que se hubieran constituido, el otorgamiento de licencias y permisos sindicales, la concesión de los espacios y ambientes físicos y virtuales necesarios para la difusión de las actividades sindicales, el descuento por planilla de los aportes de las y los afiliados, etc.); y
- ii. Prohibido de realizar actos contra los derechos de libertad sindical, por ser constitutivas de actos de discriminación antisindical y/o de injerencia o entorpecimiento en las actividades de las organizaciones sindicales (por ejemplo, el despido u hostigamiento de dirigentes sindicales o de cualquier persona que hubiera realizado actividades sindicales, la negación de licencias o permisos sindicales, la promoción de organizaciones sindicales paralelas, el otorgamiento unilateral de beneficios para el personal no sindicalizado, la intervención o interrupción en los procesos electorales de las organizaciones sindicales, el desconocimiento de la dirigencia elegida por las y los trabajadores, etc.).

Las centrales sindicales señalan también que:

La ausencia de normas de fomento de la negociación colectiva de manera general y en particular con referencia a las empresas estatales, dado que actualmente la negociación colectiva en el ámbito de las empresas estatales se regula por el Decreto de Urgencia 014-2020 que, entre otras cosas, impide la negociación colectiva entre las partes, al sujetarla a lo que dictamine el Ministerio de Economía y Finanzas, e impide presentar pliegos este año y el año siguiente (Plataforma de Sociedad civil de Empresas y Derechos Humanos, Centrales Sindicales, Perú-Equidad y Plades, 2020).⁸²

b. En la normativa interna que regula el otorgamiento de ayudas estatales (financiamiento) a las empresas privadas

De conformidad con el mismo Principio Rector 4, el Estado peruano está obligado a adoptar medidas adicionales de protección de la libertad sindical

81 Oficio circular SIED 008-2021/FONAFE Recuperado de https://www.fonafe.gob.pe/pw_content/documentosgestion/Aprobacion/38/Doc/OF%20CIRCULAR%20SIED%20008-2021-DE%20STD%20300383%20TODAS%20LAS%20EPES.pdf

82 Precisión aportada por la Plataforma de Sociedad Civil de Empresas y Derechos Humanos; Centro de Políticas Públicas y Derechos Humanos - Perú Equidad y Programa Laboral de Desarrollo (Plades) y centrales sindicales, en el proceso de revisión del presente documento, remitida el 10 de agosto de 2020 a la Dirección General de Derechos Humanos.



y la negociación colectiva, en el ámbito de las empresas privadas que reciben ayudas estatales (específicamente financiamiento). En estos casos, se exige a los estados imponer –y supervisar– la realización de la diligencia debida en materia de derechos humanos, a las empresas o proyectos empresariales que reciban su apoyo (Naciones Unidas, 2011, p. 8).⁸³

Pues bien, la actividad estatal de financiar y/o apoyar proyectos privados de desarrollo, se realiza a través de la Corporación Financiera de Desarrollo S.A. (Cofide), empresa estatal que se rige por el Decreto Legislativo N° 206 y sus sucesivas normas modificatorias. De conformidad con su Estatuto, Cofide a fin de contribuir al desarrollo integral del país (su objeto social), está facultada para financiar, por intermedio de las empresas del sistema financiero, inversiones productivas y de infraestructura pública y privada a nivel nacional (artículos 3° y 11°).

Si bien al cumplir con dicha función, su estatuto no señala obligaciones expresas respecto de la libertad sindical y negociación colectiva, en su Código de Ética y Conducta, aprobado en Sesión de Directorio N° 913 del 26 de abril de 2018, expresamente se señala que dicha institución está prohibida de participar en negocios, inversiones o financiamiento con socios o clientes que, tomen conocimiento, incumplen el derecho peruano (incluyendo, desde luego, los derechos humanos) (1.3 Principios rectores y 2.1 Principio de identidad y pautas aplicables, b) Responsabilidad social y ambiental).

Esto quiere decir que, implícitamente, Cofide está impedida de asociarse o financiar empresas que incumplen el derecho humano a la libertad sindical y la negociación colectiva. No obstante, sería conveniente que expresamente incorpore, en lo que se refiere a las relaciones con sus clientes (2.3 principio de interdependencia y sus pautas aplicables, a) con los clientes) lo siguiente:

- (i) La obligación de estos últimos de cumplir, dentro de su esfera de control, con la normativa laboral sobre libertad sindical y negociación colectiva (volviéndose una “condición resolutoria” el no hacerlo).
- (ii) Los mecanismos periódicos de supervisión o rendición de cuentas que sean necesarios, a fin de asegurar que no sean transgredidos dichos derechos.

c. En la normativa interna que regula la contratación de las empresas privadas con el Estado

De conformidad con los Principios Rectores 5 y 6, el Estado peruano está obligado a supervisar el respeto de la libertad sindical y la negociación colectiva, en el marco de los diferentes procesos de contratación estatal de servicios empresariales (privatizaciones, concesiones, contrataciones y adquisiciones de bienes o servicios, etc.). En este ítem, se ubican:

Las Asociaciones Público Privadas, reguladas en el Texto Único Ordenado del

⁸³ Cfr. Principio Rector 4, comentario en la página 8 del Informe “Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos” de las Naciones Unidas.

Decreto Legislativo N° 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, aprobado por el Decreto Supremo N° 254-2017-EF (y en su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo 410-2015-EF); y

Los contratos estatales previstos en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 082-2019-EF (y en su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 344-2018-EF).

Pues bien, de conformidad con los mencionados Principios Rectores, “es necesario que los contratos de prestación de servicios o la legislación que habilite esa prestación precisen que el Estado espera de esas empresas que respeten los derechos humanos” (Naciones Unidas, 2011, p. 9);⁸⁴ y, en general, “estipular los términos de los contratos, prestando la debida atención a las obligaciones del Estado dimanantes de la legislación nacional e interna” (Naciones Unidas, 2011, p. 9).⁸⁵

Sin embargo, en las normas señaladas no existe ningún acápite que exija a las empresas cumplir con su deber de respetar y garantizar los derechos humanos, incluyendo la libertad sindical y la negociación colectiva, a los efectos de poder asociarse o contratar con el Estado. Esta ausencia podría ser remediada, por ejemplo, incorporando la prohibición de contratar con empresas que hubieran sido sancionadas por haber infringido gravemente los estándares sobre libertad sindical y negociación colectiva.

d. En la normativa interna que regula las relaciones inter-empresariales, dentro del ámbito de control o esfera de influencia de una empresa

El Comité DESC, en su Observación General N° 24, claramente señala que las leyes de protección de los derechos humanos, en el marco de las actividades empresariales, serán adecuadas si exigen a las empresas respetarlos y garantizarlos *en su ámbito de control o esfera de influencia*. Pues bien, con esta expresión se alude al área, al espacio, en el que la empresa controla directamente qué se hace y cómo se hace (control político) o en el que tiene la capacidad, el poder, para imponer sus decisiones o directivas, ámbito que normalmente se extiende más allá de sus fronteras físicas (Salmón, 2016, p. 46).⁸⁶

Efectivamente, en la realidad contemporánea, en la que los procesos productivos han sido segmentados y tercerizados, las empresas que poseen poder económico, ciertas cuotas de mercado o buen nombre socio-comercial, no solo controlan la etapa de la producción que asumen directamente, sino que por lo general también están en la posición de imponerle a sus empresas colaboradoras (por

⁸⁴ Principio Rector 5, comentario en la página 9 del Informe “Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos” de las Naciones Unidas.

⁸⁵ Principio Rector 6, comentario en la página 9 del Informe “Principios Rectores sobre las Empresas y Derechos Humanos” de las Naciones Unidas.

⁸⁶ Cfr. Salmón, E. (coordinadora). La progresiva incorporación de las empresas en la lógica de los derechos humanos. Lima: PUCP / IDEHPUCP / Fundación Konrad Adenauer, 2016, p. 46.



ejemplo, proveedores, distribuidores, transportistas, publicistas, etc.) ciertos estándares de producción y comportamiento. Esa realidad, que es innegable, es la que permite hablar de la esfera de influencia y, en relación con los derechos humanos, es la que posibilita adjudicar obligaciones a las empresas líderes o rectoras respecto de lo que sucede en su ámbito de control.

Sin embargo, en el Estado peruano no existe disposición alguna que concrete estas obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos, incluyendo la libertad sindical y la negociación colectiva, dentro del ámbito de control o esfera de influencia de las empresas. Esta ausencia, por ejemplo, es significativa en la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, que no hace referencia alguna al deber de proteger los derechos humanos, al momento de regular en su Libro V los contratos de asociación empresarial (incluso, en su artículo 447°, estipula expresamente la responsabilidad individual en el caso de los miembros de un consorcio).

La misma situación se presenta en los supuestos de “cadena de suministros” (tan comunes en el sector del *retail* o del comercio minorista a gran escala). Y es que no existe mención alguna, en el título III, de la Segunda Sección, del Libro VII del Código Civil (que regula los contratos de suministro), a la responsabilidad de las partes de un contrato de suministro de proteger solidariamente los derechos humanos. Problema particularmente serio si es que se toma en cuenta que, de conformidad con el artículo 1183° del mismo Código “la solidaridad no se presume. Solo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa” (Decreto Legislativo N° 295, 1984).

Ahora bien, es relevante preguntarnos si en la legislación especializada, de índole laboral, está prevista la responsabilidad solidaria. En efecto, desde el derecho del trabajo se ha puesto mucha atención a los supuestos de colaboración empresarial por “intermediación laboral” y “tercerización de servicios”. El primero está regulado en la Ley N° 27626, Ley que regula la intermediación laboral, y en su Reglamento, aprobado por el Decreto N° 003-2002-TR; mientras que, el segundo, lo está en la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización (modificada por el Decreto Legislativo N° 1038), y en su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2008-TR.

Desde que ambos supuestos implican, en mayor o menor intensidad, suministro de mano de obra y segmentación del proceso productivo, en las respectivas leyes que las regulan se han incorporado disposiciones que declaran la nulidad del recurso a dichas figuras, si es que se utilizan con el propósito fraudulento de vulnerar o transgredir la libertad sindical y la negociación colectiva de los trabajadores involucrados (artículo 4° de la Ley N° 27626 y artículo 7.3 de la Ley N° 29245).

No obstante, en los supuestos de intermediación laboral y/o tercerización de servicios correctamente realizados, ninguna de dichas leyes le impone a la

empresa usuaria o principal, la obligación de garantizar la plena vigencia de la libertad sindical y la negociación de trabajadores o trabajadoras de la empresa intermediadora o de la empresa contratista (y, eventualmente, subcontratista). Así, pues, los actos de discriminación antisindical o de injerencia llevados a cabo por estas últimas, no serán de responsabilidad de la empresa que fácticamente tiene el control del proceso productivo.⁸⁷

Otras interrogantes esenciales son las siguientes: ¿qué sucede en los supuestos de “grupos de empresas”? ¿la empresa matriz –o holding– tiene legalmente la responsabilidad por la plena vigencia de los derechos humanos en las empresas que controla? Tampoco existe regulación expresa al respecto. Este problema se agrava desde que, la jurisprudencia sobre esta materia, no solo ha sido contradictoria, sino que no lo ha abordado en términos generales (tal como lo exigen los Principios Rectores).

Por ejemplo, el Pleno Jurisdiccional de Jueces Superiores Laborales de 2008, las casaciones N° 328-2012-Lima y N° 4871-2015-Lima sostienen que solo cabe adjudicar responsabilidad solidaria a las empresas integrantes de un grupo empresarial, por sus incumplimientos de índole laboral, cuando se está ante supuestos de grupos de empresa fraudulentos. En cambio, las casaciones N° 10759-2014-Lima, N° 951-2005-Lima, N° 3733-2009-Lima y N° 3069-2009-La Libertad, señalan que la responsabilidad solidaria es la regla en los grupos de empresa (correctamente establecidos) y, como tal, que su sola existencia ya supone la responsabilidad solidaria empresarial en materia laboral, siempre que las empresas integrantes se hayan beneficiado de las labores de un mismo trabajador o trabajadora.

Sea como fuere, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República no ha estudiado, en términos generales, la responsabilidad solidaria de la empresa *holding* por los incumplimientos laborales (individuales y colectivos) de las empresas que fácticamente controla (sin importar si los trabajadores involucrados estuvieron –o no– rotando en el interior de las empresas del grupo). No solo es, pues, indispensable que la jurisprudencia establezca una postura uniforme sino, sobre todo, que los alcances de la responsabilidad solidaria se fijen a los efectos de asegurar la plena vigencia de los derechos humanos de los trabajadores del grupo. Eso es lo que los Principios Rectores le exigen al Estado en relación con la empresa *holding*.

⁸⁷ Tan solo se dispone, en el caso de la tercerización de servicios, la responsabilidad solidaria de la empresa principal por el pago de las obligaciones laborales de carácter individual (remuneraciones, CTS, gratificaciones, vacaciones, etc.) de la contratista y subcontratista (artículo 9.º de la Ley N° 29245 y artículo 7º de su Reglamento). Esto es, no se dice absolutamente nada por las posibles transgresiones o violaciones a los derechos colectivos de los trabajadores de esta última.



4. Deficiencias que impiden el cumplimiento del deber estatal de proteger, en la actuación empresarial, el ejercicio de la libertad sindical y la negociación colectiva

Como se dijo en el punto I precedente, el deber estatal de Proteger (Principios Rectores, Pilar I) supone adoptar medidas adecuadas para prevenir la violación o transgresión de los derechos humanos en las actividades empresariales (una obligación de hacer o positiva). Esto quiere decir, entonces, que también será una barrera para el cabal cumplimiento de los Principios Rectores, la deficiencia o incompatibilidad de las medidas legislativas existentes con los estándares internacionales sobre derechos humanos.

A continuación, se revisará el derecho interno peruano sobre libertad sindical y negociación colectiva (Constitución, leyes, reglamentos, jurisprudencia, etc.), a fin de detectar deficiencias en relación con los estándares internacionales estipulados en el acápite II precedente.

a. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre libertad sindical y negociación colectiva

Los derechos humanos a la libertad sindical y a la negociación colectiva están expresamente recogidos en el artículo 28° de la Constitución Política, donde se garantiza la libertad sindical, fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laboral y regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Desde que dicha disposición constitucional es escueta, ha sido profusamente desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano (en adelante, TC).

En términos generales, en reiterados pronunciamientos el TC ha recogido los estándares internacionales sobre libertad sindical expuestos en el subcapítulo anterior (libertad sindical individual –positiva y negativa–, libertad sindical colectiva y, especialmente, protección contra actos antisindicales y/o de injerencia)⁸⁸ y, sobre todo, se ha subrayado que toda restricción a la misma debe cumplir con los criterios previstos en el DIDH (reserva de ley formal, finalidad legítima y necesidad-proporcionalidad).⁸⁹

88 Al respecto, Cfr. STC del 2 de noviembre de 2011, expediente 02476-2010-PA/TC, §§ 6-9; STC del 28 de enero de 2009, expediente 02318-2007-PA/TC, §§ 7-12; STC del 7 de agosto de 2006, expediente 3828-2006-PA/TC, §§ 8-9; STC del 5 de enero de 2006, expediente 3311-2005-PA/TC, §§ 3-8; STC del 12 de agosto de 2005, expediente 008-2005-PI/TC, §§ 26-28; STC del 11 de julio de 2002, expediente 1124-2001-AA/TC, §§ 8-10; y STC del 23 de julio de 2004, Expediente 1469-2002-AA/TC, § 5.

89 Cfr. STC del 26 de abril de 2016, expedientes 0025-2013-PI/TC, 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-PI/

Asimismo, en lo que se refiere a los alcances de la negociación colectiva, la jurisprudencia del TC ha reconocido expresamente el vínculo instrumental entre la negociación colectiva y la libertad sindical (es el cauce a través del cual los sindicatos cumplen con su propósito principal: representar y proteger los intereses de sus afiliados)⁹⁰ y, desde luego, ha señalado que la misma se rige por los principios de negociación libre y voluntaria, de buena fe y de libertad para decidir el nivel de la negociación.⁹¹

No obstante, al momento de desarrollar los alcances de esta última, no ha previsto la posibilidad de que la negativa del empleador de negociar a un nivel determinado (por ejemplo, el de rama), suponga de hecho la supresión de la libertad de las organizaciones sindicales de llevar a cabo actividad sindical (situación que elimina, desde el punto de vista del DIDH, el propósito de un sindicato de rama, al no poder negociar efectivamente en la rama). Y es que, desde la perspectiva del DIDH, si la razón de ser de un sindicato es promover y proteger los intereses de los trabajadores y trabajadoras de su correspondiente ámbito (que es decidido libremente por el propio trabajador o la trabajadora), entonces la negociación colectiva debe habilitar el cauce necesario para poder ejercer fácticamente dicha libertad (dado su carácter instrumental).

En tal sentido, la negociación colectiva debe adaptarse a las particularidades de los intereses de los trabajadores y las trabajadoras y de las organizaciones sindicales que los representan (y no al revés). Visto así, el nivel de la negociación objetivamente debe seguirse de la naturaleza del pliego de reclamos (la materialización de los intereses de los trabajadores y trabajadoras) y del ámbito del sindicato que lo representa. En esta lógica, que el empleador o empleadora se niegue a negociar en el nivel en el que se le plantea la negociación colectiva, sería una limitación a la libertad sindical de la organización sindical que plantea el reclamo y, desde luego, del personal por ella representados.

Si ello es así, la única manera de que sea lícita es que cumpla con los estándares para la limitación de los derechos previstos en el DIDH (reserva de ley formal, finalidad legítima y necesidad-proporcionalidad). Y si se asume que existe un fin legítimo para negarse a negociar (por ejemplo, la libertad contractual del empleador o empleadora) y que, para salvaguardar esa finalidad, se establece que el nivel debe fijarse por acuerdo de partes, entonces el daño a la libertad sindical sería claramente desproporcionado: se sujetaría su ejercicio a la anuencia previa del empleador o empleadora. De facto, pues, eso llevaría a su supresión y, como tal, estaría prohibida por el DIDH.

TC (acumulados), §§ 130-131 y 134.

90 Cfr. STC del 26 de abril de 2016, expedientes 0025-2013-PI/TC, 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-PI/TC (acumulados), §§ 144 y 146; STC del 3 de septiembre de 2015, expedientes 0003-2013-PI/TC, 0004-2013-PI/TC y 0023-2013-PI/TC (acumulado), § 47; STC del 17 de agosto de 2009, expediente 03561-2009-PA/TC, §§ 19-20; y STC del 12 de agosto de 2005, expediente 008-2005-PI/TC, § 28.

91 Cfr. STC del 17 de agosto de 2009, expediente 03561-2009-PA/TC, §§ 11-17.



Sobre el particular, es importante cuestionarnos si ello quiere decir que, en ninguna circunstancia, el empleador o la empleadora puede negarse a negociar en un nivel determinado. Desde la perspectiva del DIDH, solamente podría negarse de forma justificada (cumpliendo, pues, las condiciones para la imposición de una restricción lícita). Sin embargo, debe hacerse notar que la jurisprudencia del TC no va en dicho sentido: actualmente son las organizaciones sindicales las que deben demostrar que existen razones para obligarlo a negociar en el nivel supraempresarial (normalmente, porque no se puede negociar en el nivel de empresa).⁹² En esa línea, en el informe N° 321 del caso N° 1975, el Comité de Libertad Sindical señaló que: “la determinación del nivel de la negociación debería depender de la voluntad de las partes (...) Por ello, la negativa de los empleadores de negociar a un nivel determinado no constituiría una violación del derecho de negociación colectiva” (Tribunal Constitucional, 2009, §§ 14-15). En esa línea, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, la única excepción a dicha regla se justifica “en el caso de que se demuestre que una de las partes no está cumpliendo con su deber de negociar de buena fe o está realizando prácticas desleales” (Tribunal Constitucional, 2009, § 15).⁹³ Asimismo, se refiere que:

En sentido similar, puede considerarse que un rechazo injustificado a negociar puede lesionar el derecho de negociación colectiva si la negativa tiene como única finalidad impedir al sindicato el desarrollo de su actividad sindical. Aunque, como se ha señalado, no toda limitación de la capacidad de actuación de un sindicato determina una vulneración del derecho de negociación colectiva, tal lesión se producirá siempre y cuando ésta incida en el derecho a la actividad sindical y se produzca de modo arbitrario e injustificado (Tribunal Constitucional, 2009, p. 8).

b. En la legislación especializada: la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su Reglamento

El ejercicio de los derechos humanos a la libertad sindical y la negociación colectiva, en el ámbito privado, está regulado por el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N° 010-2003-TR (en adelante, LRCT), y por su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 011-92-TR.

El texto actualmente vigente de la LRCT, no es el original aprobado por el Decreto Ley N° 25593, de fecha 26 de junio de 1992. Ello se debe a las observaciones que en su momento hizo el Comité de Libertad Sindical⁹⁴ y el mismo fue modificado mediante la Ley N° 27912, de fecha 30 de septiembre de 2003.

92 El llamado “plus de tutela” para las organizaciones sindicales, ha sido ratificado en la STC del 26 de abril de 2016, expedientes 0025-2013-PI/TC, 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-PI/TC (acumulados), § 149.

93 Sentencia recaída en el expediente N° 03561-2009-PA/TC. Demandantes: Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao

94 Cfr. Comité de Libertad Sindical. Informe provisional - Informe núm. 291, noviembre 1993 (Caso núm. 1650 (Perú) - Fecha de presentación de la queja: 07-JUN-91), § 474. Disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2902438.

A pesar de que la mencionada ley, adoptó en su mayoría las recomendaciones hechas por el Comité de Libertad Sindical, aún queda por levantar las siguientes objeciones en lo que se refiere al ejercicio del derecho de huelga:

- a) Eliminar la prohibición absoluta de adoptar las llamadas modalidades irregulares de huelga (intempestiva, ritmo lento, brazos caídos, trabajo a reglamento, etc.) y circunscribirla únicamente a los casos en los que deje de ser pacífica (artículos 81 y 84 de la LRCT).
- b) Limitar la facultad del Poder Ejecutivo, en los casos de huelgas que se prolonguen en el tiempo o asuman características graves por su magnitud, únicamente al establecimiento de un servicio mínimo (artículo 68).
- c) Precisar que los intereses socioeconómicos o profesionales defendidos por una huelga, abarca no solo la obtención de mejores condiciones de trabajo o las reivindicaciones colectivas de orden profesional, sino que engloba también la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social y a los problemas que se plantean en la empresa y que interesan directamente a los trabajadores (artículo 73, inciso a).

Existen además, un conjunto de recomendaciones del Comité de Libertad Sindical y observaciones pendientes de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), respecto de los convenios N° 87, N° 98 y N° 151, referidas a la legislación nacional y que tienen por objeto compatibilizar la normativa nacional con el estándar internacional en materia de libertad sindical, entre ellas, la modificación del artículo N° 45 de la LRCT, a fin de garantizar que el control de legalidad de la huelga no corresponda al Poder Ejecutivo y que se reconozca expresamente el derecho de negociación colectiva de las personas en modalidad formativa. Estas observaciones son reiteradas y están pendientes de atención, por lo que esta situación debe ser tomada en cuenta en el ámbito del PNA.⁹⁵ Al respecto, la Comisión de Aplicación de Convenios y Recomendaciones, en la reunión N° 81 de la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) del año de 1994, cuando se ocupó del sexto Estudio General de la Comisión de Expertos sobre la libertad sindical y negociación colectiva, observaron la posición adoptada por dicha comisión relativo a la huelga (OIT, 2018). En ese sentido, Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (Confiep) puntualizó que la intervención fue en los siguientes términos:

Con respecto a los convenios N° 87 y 98, se había apartado de esa práctica y había aplicado los principios del Comité de Libertad Sindical. Al adherir a las conclusiones del Comité sobre el significado de esos convenios, la Comisión de Expertos alteró el sistema de control. El Sr. Nicolás Valticos, autoridad indiscutida en la materia, observó que las conclusiones del Comité de Libertad Sindical no se limitaban a establecer el significado de los convenios sobre la libertad sindical y que, no estando sujeto por los términos de esos convenios e inspirándose de manera más general en los principios de la libertad sindical, el Comité había formulado principios que ampliaban las disposiciones expresas de los convenios en diversos aspectos. La utilización de las decisiones del Comité, que iban mucho más allá de las disposiciones y de los trabajos preparatorios de esos convenios,

95 La lista de recomendaciones y observaciones de la OIT está disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11110:0::NO::P11110_COUNTRY_ID:102805



deterioraba la autoridad de la Comisión de Expertos, que era indispensable para la eficacia de la Comisión de Normas de la conferencia.

El orador hizo notar que cuando la Comisión de Normas de la conferencia discutía sobre el derecho de huelga, a veces se producía una confusión entre dos cuestiones bien diferenciadas, confusión que convenía disipar.

- a) La primera era establecer si los sindicatos tenían derecho a la huelga. Sobre esta cuestión existía unanimidad general, aunque el derecho de huelga no fuera ilimitado.
- b) La segunda cuestión, más pertinente para esa comisión, era la de si los convenios N° 87 y N° 98 comprendían el derecho de huelga y, en caso afirmativo, cuál era su alcance. Todos estaban de acuerdo en que el derecho de huelga no estaba expresamente mencionado en esos instrumentos. En el párrafo 142 de su Estudio, la Comisión de Expertos expresaba que el derecho de huelga [...] parece darse por sentado en el informe elaborado para la primera discusión del Convenio núm. 87 [...] y que [...] durante las discusiones celebradas por la Conferencia en 1947 y 1948, no se adoptó, ni se presentó siquiera, ninguna enmienda que consagrara o denegara expresamente el derecho de huelga.

Aunque ello fuera cierto, constituía un argumento muy débil para permitir a los expertos delimitar de manera tan restrictiva la facultad de los gobiernos de restringir el derecho de huelga, invocando la naturaleza fundamental de ese derecho. Además de tratarse de un documento preparado por la oficina, la historia legislativa del Convenio N° 87 demostraba sin lugar a dudas que «el proyecto de convenio trata únicamente de la libertad sindical y no del derecho de huelga». Por otra parte, como señaló el portavoz de los empleadores, durante la discusión final sobre el Convenio núm. 98, en 1949, el Presidente de la Conferencia había declarado inaceptables dos enmiendas que tenían por objeto incorporar la garantía del derecho de huelga, por estar fuera del ámbito del Convenio núm. 98. El orador emitió, en consecuencia, la opinión de que el pasaje comentado era erróneo en cuanto al fundamento histórico de un derecho de huelga consustancial a esos Convenios. 130. El orador recordó que la Comisión de Expertos había mencionado por primera vez el derecho de huelga en su tercer Estudio general sobre esta materia, en 1959, en un solo párrafo y únicamente en relación con el sector público. En sus estudios siguientes, la Comisión había elaborado gradualmente sus opiniones sobre la materia, incluyendo siete párrafos en su Estudio general de 1973, 25 en 1983, hasta llegar a un capítulo aparte con no menos de 44 párrafos y muchos temas nuevos en 1994 (Confiep, 10 de agosto de 2020).⁹⁶

Debe tomarse en cuenta que, al menos en el caso de la prohibición absoluta de las llamadas modalidades irregulares de huelga, del pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical se desprende que existen medidas alternativas menos lesivas con la libertad sindical colectiva de realizar actividad sindical (la prohibición restringida a las huelgas que devienen en actos de violencia). Esto

96 Precisión aportada por la Confiep, remitida el 10 de agosto de 2020 a la Dirección General de Derechos Humanos.

es, desde la lógica del DIDH, dicha prohibición no es necesaria.

Sin embargo, conforme a lo indicado en el punto III del presente documento, dado el rol preponderante que juegan las microempresas y las pequeñas empresas en nuestra economía (12 149 000 de personas trabajan en empresas que tienen entre 1 a 10 trabajadores), la exigencia de contar al menos con 20 trabajadores para la constitución –y subsistencia– de organizaciones sindicales de ámbito empresarial (artículo 14° de la LRCT), deviene actualmente en un gran impedimento para el ejercicio de la libertad sindical individual positiva (el derecho a constituir organizaciones sindicales).

Además, tal como señala Confiep, la exigencia de un número mínimo de afiliados (20 para sindicatos de empresa y 50 para sindicatos de otros ámbitos) no afecta necesariamente el ejercicio de la libertad sindical individual positiva, debido a que, a falta de dicho mínimo de afiliados, de todas formas, se puede ejercer actividad sindical mediante delegados (para lo cual no se exige un número mínimo de trabajadores o trabajadoras). Igualmente, debe tenerse en cuenta que el mismo Comité de Libertad Sindical ha dicho que “el número mínimo de 20 miembros para la constitución de un sindicato no parece constituir una cifra exagerada ni, por consiguiente, un obstáculo de por sí para la formación de sindicatos” (1994, § 451 de los casos 1648 y 1650). Sobre ello, debe evaluarse si en el contexto peruano la posibilidad de la actividad sindical mediante delegados es igualmente idónea para garantizar el derecho.

Lo mismo se puede decir en relación con la exigencia de contar al menos con 50 trabajadores para la constitución –y subsistencia– de organizaciones sindicales de ámbito supraempresarial (rama de actividad, gremio u oficios varios) (artículo 14° de la LRCT). En ambos casos, son limitaciones que dado el fuerte componente micro-empresarial de nuestra economía (que implica una gran dispersión de las unidades empresariales), pueden terminar suprimiendo el derecho de las personas trabajadoras a organizarse en sindicatos para la defensa de sus intereses.

Asimismo, debido a que en la gran empresa los procesos productivos han sido segmentados y tercerizados, el artículo 5° de la LRCT, tal como está redactado, genera una brecha a efectos de posibilitar legalmente la constitución de organizaciones sindicales, por ejemplo, de “grupo de empresa” o, mejor aún, de “cadena de producción”. En ese sentido, las centrales sindicales señalan que la redacción de este artículo

no garantiza el ejercicio del derecho de libertad sindical pues da lugar a interpretaciones que limiten la constitución de organizaciones sindicales, por ejemplo, de “grupo de empresa” o, mejor aún, de “cadena de producción”. De hecho, en varias ocasiones la Autoridad de Trabajo no ha interpretado el mencionado artículo a la luz de los convenios 87 y 98 de la OIT, y ha rechazado el registro de organizaciones sindicales de grupos de empresa u otras modalidades (Plataforma de Sociedad civil de Empresas y Derechos



Humanos, Centrales Sindicales, Perú-Equidad y Plades, 2020).⁹⁷

Asimismo, indican que:

Otro factor que desincentiva, en la práctica, la conformación de sindicatos de niveles supraempresariales: los ya mencionados impedimentos legislativos para la negociación colectiva a nivel de rama u otros niveles supra empresariales que deben dar lugar a la revisión del artículo 45 del TUO de la LRCT (Plataforma de Sociedad civil de Empresas y Derechos Humanos, Centrales Sindicales, Perú-Equidad y Plades, 2020).⁹⁸

En lo que se refiere al derecho a la negociación colectiva, el artículo 9° de la LRCT, que consagra el sistema del sindicato más representativo (el sindicato mayoritario representa a todos los trabajadores del ámbito, estén o no afiliados al mismo), podría ser un obstáculo para garantizar en los contextos de pluralidad sindical los derechos de representación de los sindicatos minoritarios. Este criterio ha sido expresado de modo reiterado por el Comité de Libertad Sindical.⁹⁹ No debe perderse de vista que en la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 21 de julio de 2014, expediente N° 03655-2011-PA/TC, se dispuso que la institución de la “mayor representatividad sindical” no puede significar la exclusión del procedimiento de negociación colectiva de un sindicato minoritario: hacerlo implicaría la supresión de su derecho a llevar a cabo actividades sindicales.

De acuerdo con la posición de Confiep, dejar a las partes el nivel por el que discurrirá efectivamente la negociación colectiva sí es compatible con las normas que regulan la libertad sindical por dos motivos: (i) la negociación colectiva es voluntaria al amparo del artículo 4 del Convenio N° 98 de la OIT, de modo que el mismo Comité de Libertad Sindical ha señalado que la negociación voluntaria es un aspecto fundamental de los principios de la libertad sindical (OIT, 2018, § 1351)¹⁰⁰ y (ii) las partes están en mejor capacidad de determinar el nivel que mejor les aplica para negociar.¹⁰¹

Lo indicado concuerda con el artículo 45 de la LRCT, que establece que de existir convención en algún nivel, para entablar otra en un nivel distinto, con carácter sustitutorio o complementario, es requisito indispensable el acuerdo de partes, no pudiendo establecerse por acto administrativo ni por laudo arbitral. Las convenciones de distinto nivel acordadas por las partes deberán articularse para definir las materias que serán tratadas en cada una. En caso de conflicto se aplicará la convención más favorable, confrontadas en su integridad. Podrán negociarse a nivel de empresa las materias no tratadas en una convención

97 Precisión aportada por la Plataforma de Sociedad Civil de Empresas y Derechos Humanos; Centro de Políticas Públicas y Derechos Humanos - Perú Equidad y Programa Laboral de Desarrollo (Plades) y centrales sindicales, en el proceso de revisión del presente documento, remitida el 10 de agosto de 2020 a la Dirección General de Derechos Humanos.

98 Ibid.

99 Disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11110:0::NO:11110:P11110_COUNTRY_ID:102805

100 Párrafo 1351 de la Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical de la OIT del año 2018.

101 Precisión aportada por Confiep en el proceso de revisión del presente documento.

a nivel superior, que la reglamenten o que se refieran a condiciones de trabajo propias y exclusivas de la empresa (LRCT, 2003).

Finalmente, a la luz de lo señalado en el acápite precedente (el carácter instrumental de la negociación colectiva en relación con la libertad sindical), debe evaluarse si es compatible con el DIDH dejar exclusivamente al acuerdo de partes el nivel por el que discurrirá efectivamente la negociación colectiva (artículo 45 de la LRCT). Y es que, si de conformidad con el artículo 8, literal a) de la LRCT, las organizaciones sindicales tienen la representación del conjunto de trabajadores y trabajadoras comprendidos dentro de su ámbito, en las reclamaciones de naturaleza colectiva, entonces lo coherente con el mismo sería disponer que el nivel de la negociación *objetivamente* se sigue del ámbito en el que el reclamo se hubiera generado (Guillermo y Aguinaga, 2019).¹⁰² Así, pues, si el reclamo se gestó en el nivel de rama, entonces lo propio sería que se negocie en ese ámbito, a menos que la parte empleadora demuestre que existen razones para negarse a hacerlo.

c. En la jurisprudencia sobre derechos colectivos de las Salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema

En lo que respecta a la jurisprudencia de las Salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República, tenemos, en primer lugar, se ha tratado de establecer cuáles son los límites a la libertad sindical, así como la protección que debe tener este derecho. En ese sentido, se ha establecido que, cuando se esté frente a actos que formen parte del ejercicio de la libertad sindical, los mismos no pueden ser considerados faltas graves y en consecuencia despedir a los trabajadores o trabajadoras (Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, 2015).¹⁰³

Asimismo, la Corte Suprema ha tomado postura por la doctrina del fuero sindical amplio, lo que supone que se incluya dentro del fuero no solo a los y las dirigentes protegidos por ley, sino también a aquellos que fueron cesados por el ejercicio de su derecho a la libertad sindical, así como proteger al trabajador o trabajadora de los despidos por causa sindical (Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, 2015).¹⁰⁴

Por el lado de la negociación colectiva, la Corte Suprema ha determinado que cuando exista duda insalvable en la interpretación de cláusulas normativas cabe el uso del principio de interpretación más favorable del trabajador (2016, p. 32).¹⁰⁵ Este criterio ha sido respaldado posteriormente por el III Pleno Jurisdiccional

102 Cfr. Boza, Guillermo y Aguinaga, Ernesto. “El artículo 45° de la Ley de relaciones colectivas de trabajo como problema y solución: el caso de la negociación minera por rama de actividad”. En: IUS 360, 22 de septiembre de 2019. Disponible en: <https://ius360.com/privado/laboral/el-articulo-45-de-la-ley-de-relaciones-colectivas-de-trabajo-como-problema-y-solucion-el-caso-de-la-negociacion-minera-por-rama-de-actividad/>

103 Casación Laboral N° 7111-2014 LIMA de fecha 12 de enero de 2015.

104 Casación Laboral N° 5481-2015 LIMA NORTE de fecha 4 de noviembre de 2015.

105 Casación Laboral N° 10406-2016 LIMA de fecha 16 de mayo de 2017.



Supremo.

No obstante, un asunto que ha sido polémico, corresponde a los pronunciamientos de la Corte Suprema sobre la extensión de los efectos de los convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios a personal no sindicalizado, ya que en reiterados pronunciamientos¹⁰⁶ se ha mostrado a favor de dicha extensión, a pesar de que desde la perspectiva del DIDH sería una restricción indebida que habilitaría la posible la comisión de actos antisindicales por parte de la empresa.

Al respecto, Confiep manifiesta que la extensión de convenios colectivos suscritos con sindicatos minoritarios a trabajadores no sindicalizados y/o trabajadoras no sindicalizadas no tiene que ser visto como un acto antisindical, pues ello no restringe el derecho del personal de afiliarse al sindicato. La extensión de dichos beneficios al mismo no afiliado al sindicato debería considerarse como válida, siempre que se mantenga a los dos grupos de trabajadores y trabajadoras (sindicalizados y no sindicalizados) en situaciones comparables y equitativas. No es razonable prohibir completamente la extensión, pues ello supone mantener al personal no afiliado con la imposibilidad de recibir mejoras de parte de su empleador y empleadora.

Para zanjar este debate de posturas entre salas, se llevó a cabo el VIII Pleno Jurisdiccional Laboral donde se estableció que no cabía la extensión de convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios a trabajadores o trabajadoras sindicalizados; a menos que, (i) se trate de un trabajador que haya estado impedido de afiliarse, (ii) se hubiera estipulado así en el convenio colectivo respectivo, o (iii) lo hubiera decidido unilateralmente el empleador.¹⁰⁷

Como se puede ver, la decisión podría generar un riesgo de afectación al derecho a la libertad sindical, permitiendo que el empleador o empleadora realice acciones que generan desincentivo a la afiliación e incentivo a la desafiliación (serían actos prohibidos de discriminación antisindical). Esta podría ser una gran barrera para el pleno ejercicio de la libertad sindical colectiva de realización de

106 Podemos encontrar la postura a favor de la extensión mencionada en la Casación Laboral N° 2864-2009 LIMA, Casación Laboral N° 602-2010 Lima y Casación N° 011477-2013 Callao.

107 I. Efectos del convenio colectivo celebrado por sindicatos minoritarios. El Pleno acordó por unanimidad: "No se puede extender los efectos del convenio colectivo suscrito por un sindicato minoritario a aquellos trabajadores que no están afiliados al mismo o que no estén sindicalizados, salvo que el propio convenio, por acuerdo entre las partes, señale lo contrario en forma expresa o el empleador decida unilateralmente extender los efectos del convenio colectivo a los demás trabajadores; siempre y cuando se refieran solamente a beneficios laborales más favorables al trabajador.

En caso el trabajador haya estado imposibilitado de afiliarse a un sindicato debido a que formalmente no existía un vínculo laboral con el empleador, una vez declarada la existencia de una relación laboral dentro del proceso judicial respectivo, corresponderá otorgarle al trabajador los beneficios pactados en los convenios colectivos y/o laudos arbitrales económicos, tomando en cuenta los siguientes parámetros:

- En caso el trabajador siga laborando para el empleador, deberá decidir a qué sindicato se afiliará, a fin de que se pueda determinar qué convenios y/o laudos arbitrales le puedan corresponder.

- En caso el trabajador ya no continúe laborando para el empleador, se le deberá reconocer todos los beneficios laborales pactados en convenios colectivos y/o laudos arbitrales suscritos por el sindicato que escoja.

Asimismo, en aplicación del artículo 70 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, el presente acuerdo también es aplicable a los laudos arbitrales económicos".

actividad sindical, por parte de las organizaciones sindicales minoritarias. Esta jurisprudencia, pues, debe ser evaluada.

d. En la legislación laboral individual

Como se dijo en el punto III, los bajos índices de afiliación sindical (y en general de actividad sindical) también se deben al rol que nuestra legislación laboral individual, ha venido jugando en materia de libertad sindical y negociación colectiva. Y es que, en el ámbito privado, nuestro mercado de trabajo formal presenta los siguientes rasgos: (i) está mayoritariamente compuesto por trabajadores temporales, (ii) presenta un alto uso de mecanismos legales de contratación indirecta de personal, y (iii) existen amplios supuestos legales de contratación “no laboral”.

Efectivamente, en lo que se refiere al uso indiscriminado de la contratación temporal, hay que revisar el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR (en adelante, LPCL), en su Título II (artículos 53° a 83°), estipula una amplia gama de contratos de trabajo sujetos a modalidad (temporales), incluyendo un supuesto “abierto” (artículo 82°). El amplio uso de los mismos en el mercado de trabajo se debe a que el artículo 74° de la LPCL permite la contratación modal en cadena o sucesiva (cambiando de contrato temporal) durante cinco años.

Tal como ha puesto de manifiesto la doctrina, este tipo de regulación supone una vía de escape o evasión al principio de contratación por tiempo indefinido y presenta una diversidad de problemas.¹⁰⁸ En primer término, el plazo máximo de cinco años supone otorgarle un poder excesivo al empleador o empleadora ya que tiene la potestad de condicionar el ejercicio de los derechos laborales del trabajador y trabajadora (entre ellos la libertad sindical) a la renovación del contrato. Y, en segundo lugar, el artículo 74° permite que se interprete que la contratación modal en cadena no sucesiva, no está sometida a plazo alguno, dejando abierto el riesgo a que distintos contratos a plazo fijo con periodos de intermitencia, puedan generar que un trabajador o trabajadora se encuentre sometido a distintos vínculos a plazo fijo a través de un periodo de años excesivo, generando situaciones de desprotección y arbitrariedad.

Por su parte, el excesivo uso de los contratos temporales ha sido objeto de análisis por parte de la CEACR y advierte que puede constituir un obstáculo al derecho a la libre sindicalización. En el caso específico de Perú, esto consta en el informe de la CEACR¹⁰⁹ adoptado en 2010 y la respuesta que el gobierno dio a la observación formulada por las organizaciones sindicales, en el sentido de

108 Cfr. Arce Ortiz, Elmer. Estabilidad Laboral y Contratos Temporales, Primer Cuaderno de Trabajo del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006.

109 Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 núm. 87. Disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2328498



que se habían emitido directivas para cautelar los derechos de sindicación de estos trabajadores y trabajadoras. Sin embargo, la problemática en la práctica continúa.

En lo que se refiere a los supuestos legales de contratación indirecta de personal, la Ley N° 27626 y su Reglamento, regula los supuestos de intermediación laboral. Esta norma, en primer lugar, declara la nulidad de la intermediación cuando la misma haya tenido por objeto o efecto limitar el ejercicio de los derechos colectivos (artículo 4°). A su vez, dispone que hasta el 20 % de trabajadores y trabajadoras de la empresa usuaria puede estar destacado bajo ese régimen; así como también señala que el personal de esta modalidad contractual debe tener las mismas condiciones de trabajo que los de la empresa usuaria.

Este diseño normativo se repite en el caso de la tercerización a través de la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038 que la precisa. Aunque aparentemente, se tiene, en el caso de las normas precitadas, un abordaje completo e inclusive el establecimiento de responsabilidad solidaria para la empresa usuaria, debe quedar manifiesto que la prohibición de afectar o limitar derechos colectivos queda en el ámbito de lo declarativo si tomamos en cuenta lo siguiente: (i) no existe posibilidad de que los trabajadores y trabajadoras destacados por intermediación o tercerización se afilien a los sindicatos de las empresas usuarias a pesar de que éstas son las que determinan sus condiciones de trabajo, y; (ii) dentro de estas modalidades contractuales se permiten tanto los contratos indeterminados como los contratos a plazo fijo, dando carta abierta a que se produzca la no renovación de contrato condicionada por la afiliación o realización de actividad sindical.

Sobre el particular, las centrales sindicales hacen hincapié en lo siguiente:

El artículo 5 el TUO de la LRCT no garantiza el ejercicio del derecho de constitución de organizaciones sindicales pues da lugar a interpretaciones que limitan el derecho de constitución de organizaciones sindicales, por ejemplo, de “grupo de empresa”, de “cadena de producción” o de otros ámbitos supra empresariales, lo que afecta de mayor manera a los trabajadores de empresas de tercerización y de subcontratación (Plataforma de Sociedad civil de Empresas y Derechos Humanos, Centrales Sindicales, Perú-Equidad y Plades, 2020).¹¹⁰

Sobre este punto, Confiep precisó que los esquemas de intermediación y tercerización ya exigen el cumplimiento de determinados requisitos y tienen diversos mecanismos para proteger a los trabajadores y trabajadoras desplazados en virtud de dichos contratos (solidaridad, igualdad de beneficios, entre otros). Por tanto, no es razonable exigir que estos puedan negociar directamente con las empresas usuarias, que delegan válidamente parte de su actividad a una tercera empresa.

¹¹⁰ Precisión aportada por la Plataforma de Sociedad Civil de Empresas y Derechos Humanos; Centro de Políticas Públicas y Derechos Humanos - Perú Equidad y Programa Laboral de Desarrollo (Plades) y centrales sindicales, en el proceso de revisión del presente documento, remitida el 10 de agosto de 2020 a la Dirección General de Derechos Humanos.

Finalmente, en lo relacionado con los supuestos legales de contratación “no laboral”, es pertinente analizar el caso de la Ley N° 28518, Ley sobre Modalidades Formativas, que regula principalmente las actividades realizadas por los practicantes pre-profesionales y profesionales, así como la modalidad de capacitación laboral juvenil y reinserción laboral. La Ley de Modalidades Formativas excluye del régimen laboral a todas las modalidades comprendidas dentro de la norma, bajo el fundamento del aprendizaje, razón por la cual debería ser de uso excepcional. No obstante, solamente las modalidades de capacitación juvenil y reinserción laboral presentan un límite a su empleo.¹¹¹ Esto resulta sumamente riesgoso, y debe evaluarse si existe por parte de las empresas un uso excesivo de la figura de los practicantes, que podrían terminar constituyéndose en los hechos como trabajadores o trabajadoras impedidos de ejercer el derecho humano a la libertad sindical.

Al respecto, Confiep ha precisado que:

El proceso de formación profesional y su pertinencia social apunta a fortalecer las funciones de las instituciones educativas y permitir a los egresados mejorar tanto sus competencias profesionales como atender las necesidades y demandas de la sociedad. Imponer normativamente límites a la “capacitación laboral” difícilmente contribuirá al proceso de formación que requiere tanto el país como el desarrollo empresarial, cada día más exigente (Confiep, 10 de agosto de 2020).¹¹²

111 Artículo 17.- Número máximo de beneficiarios en Capacitación Laboral Juvenil El número de beneficiarios en capacitación laboral juvenil no puede exceder al veinte por ciento (20%) del total de personal del área u ocupación específica ni del veinte por ciento (20%) del total de trabajadores de la empresa con vinculación laboral directa. Dicho límite puede incrementarse en un 10% adicional, siempre y cuando este último porcentaje esté compuesto exclusivamente por jóvenes con discapacidad, así como por jóvenes madres con responsabilidades familiares. En el caso de empresas que cuenten con más de tres trabajadores y menos de diez trabajadores, sólo se puede suscribir convenio con un joven beneficiario bajo esta modalidad.

Artículo 32.- Número máximo de beneficiarios en Actualización para la Reinserción Laboral El número de beneficiarios en Actualización para la Reinserción Laboral no puede exceder al veinte por ciento (20%) del total de personal del área u ocupación específica ni del diez por ciento (10%) del total de trabajadores de la empresa con vinculación laboral directa. Dicho límite puede incrementarse en un diez por ciento (10%) adicional, siempre y cuando este último porcentaje esté compuesto exclusivamente por beneficiarios con discapacidad. En el caso de empresas que cuenten con más de tres (3) trabajadores y menos de diez (10) trabajadores, sólo se puede suscribir convenio con un adulto bajo esta modalidad. Los beneficiarios deben acreditar su situación de desempleo presentando el último certificado de trabajo, boleta de pago o contrato. La Autoridad Administrativa de Trabajo verifica la información remitida.

112 Precisión aportada por la Confiep, remitida el 10 de agosto de 2020 a la Dirección General de Derechos Humanos.



5. Ausencias y deficiencias que impiden el cumplimiento del deber estatal de remediar, en el ámbito empresarial, las violaciones de la libertad sindical y la negociación colectiva

En este acápite, se procederá a señalar las ausencias y deficiencias identificadas en la normativa interna que, a efectos del presente informe, suponen una barrera para el cabal cumplimiento por parte del Estado peruano de su deber de Remediar adecuadamente las posibles violaciones, en la actuación empresarial, de la libertad sindical y la negociación colectiva (Principios Rectores, Pilar III).

A estos efectos, a continuación, se pasará revista a la normativa interna de índole procesal (judicial y extrajudicial), a fin de determinar si el Estado peruano ha previsto recursos efectivos para reclamar y reparar las violaciones de la libertad sindical y a la negociación colectiva (Principio Rector 25).

a. Mecanismos judiciales de reclamación y reparación

El Pilar III de los Principios Rectores establece el deber de prever mecanismos judiciales de reparación (Principio Rector 26). De acuerdo con los estándares actualmente existentes en el DIDH, los recursos efectivos de carácter judicial deben cumplir con ciertas condiciones, a saber, disponibilidad (idoneidad), efectividad y rapidez.¹¹³

Esto es, no solo debe existir el recurso y ser de libre acceso para las personas afectadas, sino sobre todo debe permitir que una autoridad judicial pueda determinar, de forma celeré o rápida (sin incurrir en dilaciones o entorpecimientos indebidos), si se ha incurrido o no en la transgresión alegada y, de ser el caso, ordenar la adopción de los mecanismos de reparación correspondientes (restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción, garantías de no repetición, etc.).¹¹⁴

En tal sentido, ¿existen recursos judiciales que cumplan con ese estándar en materia de libertad sindical y negociación colectiva? Legislativamente sí se han previsto recursos de esta naturaleza tanto en la vía judicial laboral, como en la vía judicial constitucional (el proceso de amparo).

113 Comité DESC. Observación General 24. Op. Cit., § 41.

114 Cfr. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-9/87, garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), 6 de octubre de 1987, § 24; Corte IDH, caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2000 (fondo), § 191; Corte IDH, caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, sentencia de 25 de mayo de 2010 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 202; Corte IDH, caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, sentencia de 31 de enero de 2001 (fondo, reparaciones y costas), § 93.

Efectivamente, en el artículo 2°, numerales 2 y 3, de la Ley N° 29497, Nueva Ley de Procesal del Trabajo (en adelante, NLPT), señala lo siguiente:

Artículo 2.- Competencia por materia de los juzgados especializados de trabajo.

Los juzgados especializados de trabajo conocen de los siguientes procesos:
[...]

En proceso abreviado laboral, de la reposición cuando ésta se plantea como pretensión principal única. En proceso abreviado laboral, las pretensiones relativas a la vulneración de la libertad sindical [...]

(Ley N° 29497, 2010).

Como se puede apreciar, en la jurisdicción laboral ordinaria, se tramitan en la vía del proceso abreviado laboral lo siguiente: (i) los casos de despido antisindical que, al ser supuestos de despido nulo de conformidad con el artículo 29° de la LPCL,¹¹⁵ dan lugar a la reposición como medida de reparación (numeral 2); y, en general, (ii) cualquier acto de discriminación antisindical, individual o colectivo, y/o de injerencia (o de entorpecimiento) en las actividades sindicales (numeral 3).

Este proceso, en principio, es más célere que el proceso ordinario laboral. Así pues, de acuerdo con el artículo 48° de la NLPT, el demandado tiene diez días hábiles para contestar la demanda (luego de haber sido notificado con ella) y, sobre todo, la controversia se resuelve en una audiencia única (concentra las etapas de conciliación y juzgamiento) que, según el mismo artículo, debe realizarse en veinte y treinta días hábiles de admitida a trámite la demanda.

Asimismo, si la demanda reclama la reposición por despido antisindical, el artículo 55° de la NLPT prevé la posibilidad de solicitar la adopción de una “medida especial de reposición provisional” como medida cautelar;¹¹⁶ o, en su defecto, su artículo 56°, autoriza a solicitar la entrega de una “asignación provisional mensual” con cargo a la CTS.¹¹⁷

Todo parece indicar, entonces, que en la vía judicial laboral existe un recurso

115 El artículo 29° de la LPCL dispone que es nulo el despido que tenga por motivo, entre otros supuesto, a) la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales, y b) ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad.

116 Artículo 55.- Medida especial de reposición provisional

El juez puede dictar, entre otras medidas cautelares, fuera o dentro del proceso, una medida de reposición provisional, cumplidos los requisitos ordinarios.

Sin embargo, también puede dictarla si el demandante cumple los siguientes requisitos: a) Haber sido al momento del despido dirigente sindical, (...); b) estar gestionando la conformación de una organización sindical; (...). Si la sentencia firme declara fundada la demanda, se conservan los efectos de la medida de reposición, considerándose ejecutada la sentencia.

117 Artículo 56.- Asignación provisional

De modo especial, en los procesos en los que se pretende la reposición, el juez puede disponer la entrega de una asignación provisional mensual cuyo monto es fijado por el juez y el cual no puede exceder de la última remuneración ordinaria mensual percibida por el trabajador, con cargo a la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS). Si la sentencia firme ordena la reposición, el empleador restituye el depósito más sus intereses y, en caso de ordenarse el pago de remuneraciones devengadas, se deduce la asignación percibida.



efectivo o, lo que es lo mismo, dirigido a remediar las violaciones a la libertad sindical. El problema, no obstante, está en la excesiva carga procesal que actualmente soportan los juzgados especializados en lo laboral y que, por lo mismo, hacen que de facto desaparezca la “celeridad” estipulada de estos procesos.

Por lo demás, no se puede perder de vista que siempre cabe la posibilidad de presentar recursos de impugnación que, eventualmente, podrían llevar la controversia hasta la más alta instancia judicial en materia laboral: las salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema. Es por eso que, dada la mayor carga procesal que deben soportar las instancias superiores (son menos para la misma cantidad de casos), en la praxis un proceso que debería ser celeré podría culminar luego de dos años.

Al respecto las centrales sindicales hacen notar lo siguiente:

Perú es uno de los tres países de América Latina con más denuncias ante los órganos de control de la OIT. Y es, además, uno de los tres países más denunciados por violar los derechos humanos (incluyendo los derechos laborales) en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Ostenta, asimismo, el triste record de acaparar el mayor número de sentencias condenatorias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (43 sentencias), una parte significativa de ellas por la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este triste record guarda directa relación con la ineffectividad de su sistema de justicia para garantizar los derechos humanos de sus ciudadanos, y los de las personas que trabajan en particular. En el ámbito nacional, la Defensoría del Pueblo se ha ocupado también del grave fenómeno del incumplimiento de sentencias en el Perú desde 1998, y ha emitido hasta la fecha varios Informes Defensoriales sobre la materia: sus Informes Defensoriales N° 19 del año 1998, “Incumplimiento de Sentencias por parte de la Administración Estatal”; y N° 172 del año 2015, “Estudio del proceso de amparo en el Distrito Judicial de Lima: fortaleciendo la justicia constitucional”. En el ámbito específico de la administración de justicia laboral se requiere urgentemente expandir el número de los Juzgados Especializados de Trabajo e incrementar el presupuesto del Poder Judicial para los casos laborales en general, incluso en el marco de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT), de tal forma que permita el pronunciamiento judicial y la resolución más eficaces y expeditas de los casos laborales (Plataforma de Sociedad civil de Empresas y Derechos Humanos, Centrales Sindicales, Perú-Equidad y Plades, 2020).¹¹⁸

Asimismo, sustentan sobre la NLPT lo subsecuente:

La Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT) aún no es implementada en todos los Distritos Judiciales y Cortes Superiores de Justicia del país

118 Precisión aportada por la Plataforma de Sociedad Civil de Empresas y Derechos Humanos; Centro de Políticas Públicas y Derechos Humanos - Perú Equidad y Programa Laboral de Desarrollo (Plades) y centrales sindicales, en el proceso de revisión del presente documento, remitida el 10 de agosto de 2020 a la Dirección General de Derechos Humanos.

(actualmente solo en alrededor de dos tercios). La implementación de la NLPT no ha recibido fondos suficientes lo que limita su implementación y genera serias complicaciones en la administración de justicia. En primer lugar, se ha distorsionado el espíritu inicial de la NLPT, al mantener los plazos largos que toma un proceso judicial laboral. Indican que “según refieren usuarios del sistema de justicia, en Lima el promedio de tiempo que dista entre la presentación de una denuncia y la citación a la primera audiencia (de conciliación) es de un año. Y para la citación a juicio puede demorar un año más. Consideramos que el PANEDH debería prever las modificaciones legislativas, institucionales y presupuestarias que resulten necesarias a fin de que se incorporen y garanticen efectivamente las disposiciones de la Convención Americana sobre debido proceso y protección judicial en el orden interno, asegurando la eficacia de lo ordenado por las sentencias relacionadas con la restitución de derechos económicos y sociales, incluyendo la implementación de las medidas recomendadas al efecto por la Defensoría del Pueblo en sus informes consagrados a esta problemática, lo mismo que autorizar reformas al Presupuesto General de la República a efectos de que incluya la habilitación de una partida específica, dotada de recursos suficientes, para asegurar, en los casos en que así se requiera, el efectivo cumplimiento de las sentencias judiciales que obliguen a la restitución de derechos de naturaleza social. En lo que hace a la justicia laboral, además de la urgencia de superar los problemas de orden financiero y de número de jueces en este ámbito ya acotados, es igualmente urgente considerar la modificación de la NLPT en los siguientes aspectos: 1) incluir un proceso especial de tutela de todos los derechos fundamentales que tenga preferencia frente a otros casos, que pueda disponerse de inmediato en una audiencia la suspensión provisional de acto impugnado, la inversión de la carga probatoria y la ejecución provisional de la sentencia de primera instancia aun cuando se pueda apelar; 2) incluir modalidades especiales para los conflictos colectivos de trabajo, cuando se produce una afectación a todo un grupo o categoría de trabajadores por incumplimiento de la legislación o convenios colectivos (Plataforma de Sociedad civil de Empresas y Derechos Humanos, Centrales Sindicales, Perú-Equidad y Plades, 2020).¹¹⁹

Finalizan indicando lo referente a las consecuencias de la omisión de diversas alternativas procesales:

La actual omisión de estas modalidades implica que los trabajadores deban demandar individualmente en lugar de hacerlo concentradamente en una sola demanda colectiva, de forma similar a las class action que se tramitan en los EE.UU. (siendo que a través de este tipo especial de proceso se puede disminuir en forma drástica los casos repetitivos ocasionados por el mismo problema que podrían resolverse en una sola sentencia por tratarse de una sola afectación colectiva); 3) incluir un proceso monitorio para los procesos de menor cuantía, con contestación a la demanda oral y sentencia en la misma audiencia (se trata de normas simples de celeridad acentuada,

119 Precisión aportada por la Plataforma de Sociedad Civil de Empresas y Derechos Humanos; Centro de Políticas Públicas y Derechos Humanos - Perú Equidad y Programa Laboral de Desarrollo (Plades) y centrales sindicales, en el proceso de revisión del presente documento, remitida el 10 de agosto de 2020 a la Dirección General de Derechos Humanos.



un proceso especial basado en la inversión del contradictorio aplicado ya en Chile con bastante éxito que se resuelven en 30 días calendarios); 4) eliminar la audiencia de conciliación y disponer la realización de una audiencia única de conciliación y juicio; 5) eliminar el recurso de casación y establecer uno de unificación de doctrina y de jurisprudencia, de manera que no todo llegue a la Corte Suprema; y 6) la ejecución de sentencias on-line, posibilitando a los juzgados de trabajo embargar como lo hace la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) para las sentencias firmes (Plataforma de Sociedad civil de Empresas y Derechos Humanos, Centrales Sindicales, Perú-Equidad y Plades, 2020).¹²⁰

Una posible solución a esto sería introducir un proceso judicial preferente en la vía judicial laboral para casos particularmente importantes (como los supuestos de violación de la libertad sindical, de la prohibición de trabajo forzoso, de la prohibición de trabajo infantil, de acoso u hostigamiento sexual, etc.). Esto es, estipular la obligación de los juzgados y salas laborales de darle preeminencia a la resolución de los mismos. Al respecto, Confiep precisa que, en lugar de crear procesos diferenciados, resulta necesario resolver el problema de la carga procesal que atraviesa el Perú.

Desde luego, otra posibilidad es llevar la controversia a la jurisdicción constitucional, vía el proceso de amparo. En efecto, el Código Procesal Constitucional (en adelante, CPC), en su artículo 37°, numeral 11, señala lo siguiente:

Artículo 37.- Derechos protegidos

El amparo procede en defensa de los siguientes derechos: (...)

11) De sindicación, negociación colectiva y huelga (...)

(Ley N° 28237, 2004).

A diferencia del proceso abreviado laboral, de conformidad con el artículo 53° del CPC, el trámite del proceso de amparo es sumamente célere. Ello se debe a que el demandado tiene un plazo de cinco días hábiles para contestar la demanda (luego de notificada) y, sobre todo, como regla general el juez o jueza de la causa cuenta con cinco días hábiles (de contestada la demanda o de vencido ese plazo), para expedir sentencia.¹²¹

No obstante, desde la entrada en vigor del CPC, la naturaleza del proceso de amparo pasó de ser alternativa a ser residual, salvo en algunos casos dentro de los cuales se encuentran los despidos originados en la lesión a la libertad sindical y al derecho de sindicación, tal como expresamente lo señaló el Tribunal Constitucional (2015, § 14) en precedente vinculante en la sentencia del 28 de noviembre de 2005, expediente N° 0206-2005-PA/TC.¹²²

120 Ibid.

121 “Artículo 53.- Trámite.- En la resolución que admite la demanda, el Juez concederá al demandado el plazo de cinco días para que conteste. Dentro de cinco días de contestada la demanda, o de vencido el plazo para hacerlo, el Juez expedirá sentencia, salvo que se haya formulado solicitud de informe oral, en cuyo caso el plazo se computará a partir de la fecha de su realización. (...)”

122 Criterio ratificado en la STC de 12 de mayo de 2015, expediente 02383-2013-PA/TC, §§ 7-20.

Este Tribunal Constitucional, en opinión coincidente con el Tribunal Constitucional Español, estima que las garantías descritas se justifican por cuanto los sindicatos son formaciones con relevancia social que integran la sociedad democrática (STC 292/1993, fundamento 5, del 9 de noviembre de 1993), añádase, para la protección y promoción de sus intereses (artículo 8.1.a. del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales o Culturales o “Protocolo de San Salvador”). Consiguientemente, los despidos originados en la lesión a la libertad sindical y al derecho de sindicación siempre tendrán la tutela urgente del proceso de amparo, aun cuando las vías ordinarias también puedan reparar tales derechos.

Esto es, la posibilidad de recurrir al amparo en lugar de a la vía judicial laboral, está supeditada a que la persona trabajadora demandante demuestre: (i) que dicha vía no es idónea, satisfactoria o eficaz o, lo que es más probable, (ii) que la plena vigencia de sus derechos a la libertad sindical y/o a la negociación colectiva requieren de protección urgente. La pregunta en estos casos es si los problemas fácticos de celeridad en la vía judicial laboral, habilitan el pase a la vía residual del amparo.

b. Mecanismos extrajudiciales de supervisión y reparación

El Pilar III de los Principios Rectores establece, además, la obligación de implementar mecanismos extrajudiciales de reclamación, tales como:

- Los procedimientos administrativos de denuncia, fiscalización y sanción (Principio Rector 27).
- En estos casos, el estándar aplicable para su evaluación es que sean legítimos (confiables para los afectados), accesibles (de público conocimiento), predecibles (claramente pautados en sus diferentes etapas), equitativos (aseguran igualdad de armas para las partes interesadas), transparentes (ofrecen información sobre cada estado del procedimiento), participados (su diseño y funcionamiento está en permanente consulta con los posibles usuarios) y compatibles con los derechos humanos (sus resultados y reparaciones deben ser conformes con los estándares internacionales sobre derechos humanos) (Principio Rector 31).¹²³ (Comité DESC, 2007, §§ 53-57).

Pues bien, siguiendo esta lógica, el Estado peruano ha previsto los procedimientos de denuncia, fiscalización y sanción ante la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (en adelante, Sunafil).

Efectivamente, de conformidad con el artículo 3° de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, modificado por el artículo 3° de la Ley N° 29981, corresponde a la Sunafil el ejercicio de la función de inspección de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas legales, entre otras, sobre las relaciones sindicales, las relaciones colectivas de trabajo y la protección,

123 Cfr. Comité DESC. Observación General 24. Op. Cit., §§ 53-57.



derechos y garantías de los representantes sindicales.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que tal como señalan las centrales sindicales:

La Ley General de Inspección del Trabajo no protege a todos los titulares del derecho de libertad sindical (por ejemplo, no alcanza a trabajadores bajo régimen laboral público y trabajadores autoempleados) y no considera como infracción todas las posibles vulneraciones de este derecho, particularmente las conductas que afectan el derecho de negociación colectiva como la entrega del pliego de reclamos, el ejercicio del derecho de información. Además, no contiene previsiones que, de manera clara, dispongan la restitución del derecho cuando se trata de despidos antisindicales (o sea la reincorporación del trabajador)", por lo que sugieren "la revisión de este marco normativo para convertirlo en un mecanismo extrajudicial de protección integral de los trabajadores (Plataforma de Sociedad civil de Empresas y Derechos Humanos, Centrales Sindicales, Perú-Equidad y Plades, 2020).¹²⁴

A estos efectos, la Sunafil está autorizada a sancionar con multa las infracciones comprobadas a dichas normas, sobre la base de la siguiente escala: a) doscientas unidades impositivas tributarias (UIT), en caso de infracciones muy graves, b) cien UIT, en caso de infracciones graves, y; c) cincuenta UIT, en caso de infracciones leves. Ello se encuentra regulado en el artículo 39° de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 29981.

Lo relevante en este caso es que, de conformidad con el artículo 25° del Decreto Supremo N° 019-2006-TR, modificado por el artículo 2° del Decreto Supremo 007-2017-TR, Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, están debidamente tipificadas como infracciones muy graves:

Artículo 25.- Infracciones muy graves en materia de relaciones laborales

Son infracciones muy graves los siguientes incumplimientos:

[...]

25.8 La negativa a recibir el pliego de reclamos, salvo causa legal o convencional objetivamente demostrable que justifique dicha negativa.

25.9 La realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga, como la sustitución de trabajadores en huelga, bajo contratación directa a través de contratos indeterminados o sujetos a modalidad, o bajo contratación indirecta, a través de intermediación laboral o contratación y subcontratación de obras o servicios, y el retiro de bienes de la empresa sin autorización de la Autoridad Administrativa de Trabajo.

25.10 La realización de actos que afecten la libertad sindical del trabajador

124 Precisión aportada por la Plataforma de Sociedad Civil de Empresas y Derechos Humanos; Centro de Políticas Públicas y Derechos Humanos - Perú Equidad y Programa Laboral de Desarrollo (Plades) y centrales sindicales, en el proceso de revisión del presente documento, remitida el 10 de agosto de 2020 a la Dirección General de Derechos Humanos.

o de la organización de trabajadores, tales como aquellos que impiden la libre afiliación a una organización sindical, promuevan la desafiliación de la misma, impidan la constitución de sindicatos, obstaculicen a la representación sindical, utilicen contratos de trabajo sujetos a modalidad para afectar la libertad sindical, la negociación colectiva y el ejercicio del derecho de huelga, o supuestos de intermediación laboral fraudulenta, o cualquier otro acto de interferencia en la organización de sindicatos.

25.11 La trasgresión a las garantías reconocidas a los trabajadores de sindicatos en formación, a los candidatos a dirigentes sindicales y a los miembros de comisiones negociadoras.

25.12 La discriminación de un trabajador por el libre ejercicio de su actividad sindical, esté contratado a plazo indeterminado, sujetos a modalidad, a tiempo parcial, u otros.

[...]

25.17 La discriminación del trabajador, directa o indirecta, en materia de empleo u ocupación, como las referidas a la contratación, retribución, jornada, formación, promoción y demás condiciones, por motivo de (...), ejercicio de la libertad sindical, [...]

(Decreto Supremo 007-2017-TR, 2017).

A saber, la Ley General de Inspección del Trabajo y su Reglamento establece un régimen adecuado de supervisión del cumplimiento de la normativa sobre libertad sindical y negociación colectiva y, sobre todo, estipula un régimen sancionatorio lo suficientemente oneroso en el caso de la realización, por parte del empleador, de actos de discriminación antisindical y/o actos de injerencia o entorpecimiento de las actividades sindicales (son infracciones muy graves sancionables hasta con 200 UIT). El problema, en este caso, nuevamente será fáctico: no se cuenta con suficientes inspectores de trabajo y, del total de estos, la mayoría se encuentran en Lima.

En esa misma línea de reconocer la inaplicación de las normas, las centrales sindicales señalan que

en el caso de los procedimientos de denuncia, fiscalización y sanción ante la SUNAFIL son esencialmente inefectivos. Esto quiere decir que no son compatibles con los derechos humanos, porque en la práctica sus resultados y reparaciones no son conformes con los estándares internacionales sobre derechos humanos) (Plataforma de Sociedad civil de Empresas y Derechos Humanos, Centrales Sindicales, Perú-Equidad y Plades, 2020).¹²⁵

Asimismo, las centrales sindicales consideran que el número insuficiente de inspectores de trabajo y su concentración mayoritaria en Lima

explican por qué la Sunafil no constituye un mecanismo extrajudicial de reclamación útil ni adecuado al propósito de proteger a toda persona, dentro del territorio y/o jurisdicción del Estado peruano, contra cualquier violación de sus derechos cometida por terceros, incluyendo las empresas (Principio 1).” Asimismo, destacan que falta implementar cuatro intendencias regionales

125 Precisión aportada por la Plataforma de Sociedad Civil de Empresas y Derechos Humanos; Centro de Políticas Públicas y Derechos Humanos - Perú Equidad y Programa Laboral de Desarrollo (Plades) y centrales sindicales, en el proceso de revisión del presente documento, remitida el 10 de agosto de 2020 a la Dirección General de Derechos Humanos.



para completar la presencia de la SUNAFIL a nivel nacional; que en todas las intendencias regionales –con excepción de la Regional Lima– se carece de vehículos para el desplazamiento de los inspectores a lugares alejados; que, si bien el número de inspectores se ha incrementado, las nuevas incorporaciones tienen el estatus de inspectores auxiliares, quienes carecen de facultades para atender la totalidad de materias que pueden ser objeto de una inspección laboral, incluidas aquellas que revisten cierta complejidad y corresponden a las materias con mayor número de quejas (libertad sindical, negociación colectiva); o que –en otro aspecto recurrentemente resaltado por los sindicatos de inspectores de trabajo–, esos procesan una sobrecarga laboral a nivel nacional, situación que afecta su seguridad y salud en el trabajo. El principal efecto de esta situación reposa en el amplio porcentaje de peruanos que laboran en la informalidad laboral, o que forman parte del empleo informal, cuyas ocupaciones o actividades laborales se dan al margen de la debida tutela de sus derechos laborales por parte del Estado peruano, quedando expuestos todos ellos a situaciones de precarización, discriminación y vulnerabilidad laboral. Sobre este punto, cabe destacar lo manifestado por el sindicato SUT–SUNAFIL: “La SUNAFIL no cumple con el otorgamiento de los derechos laborales que fiscalizan sus propios inspectores de trabajo, desconociendo su derecho a la negociación colectiva y estabilidad en el trabajo, en contra de lo dispuesto por el área legal del MTPE y de la Autoridad Nacional del Servicio Civil peruano (SERVIR), desconociendo incluso sentencias judiciales firmes y/o dilatando su cumplimiento. Con relación a las condiciones de trabajo que priman en la SUNAFIL, es destacable que el alto porcentaje del personal de esta institución que se encuentre contratado bajo el régimen de los Contratos Administrativos de Servicios (CAS), esto es, bajo una modalidad que no garantiza estabilidad para el trabajador y lo excluye de una serie de derechos y beneficios laborales que sí se aplican en el régimen laboral general del sector público. Buena parte de las limitaciones identificadas que afectan las condiciones de trabajo del personal de la SUNAFIL se explican por el escaso financiamiento que ésta recibe para el desarrollo de sus funciones. La precaria situación laboral de los inspectores, especialmente en las regiones, ha dado lugar a que un número significativo de estos migren hacia el sector privado a realizar labores en el área legal o de supervisión de personal, incurriendo –muchas veces– en un grave conflicto de interés normado en la Ley N° 27788, Ley de Incompatibilidades y Responsabilidades del Personal del Empleo Público (Plataforma de Sociedad civil de Empresas y Derechos Humanos, Centrales Sindicales, Perú-Equidad y Plades, 2020).¹²⁶

A lo anterior, indican las centrales sindicales que se suma que, a nivel regulatorio, en el marco de las facultades otorgadas al Poder Ejecutivo durante el periodo 2016–2017 para legislar en materia de simplificación administrativa, se aprobaron dos decretos legislativos relativos a las inspecciones de trabajo, “(...) a fin de implementar las medidas antes descritas en el ámbito de la fiscalización laboral, en el marco de un enfoque preventivo de la inspección del trabajo que privilegia la corrección de conductas infractoras”: el Decreto Supremo No 007–2017–TR, que modificó el Reglamento de la Ley General de Inspección Trabajo (LGIT), aprobado

126 Precisión aportada por la Plataforma de Sociedad Civil de Empresas y Derechos Humanos; Centro de Políticas Públicas y Derechos Humanos - Perú Equidad y Programa Laboral de Desarrollo (Plades) y centrales sindicales, en el proceso de revisión del presente documento, remitida el 10 de agosto de 2020 a la Dirección General de Derechos Humanos.

mediante Decreto Supremo N° 019–2006–TR; y el Decreto Supremo No 016–2017– TR que modificó el Reglamento de la LGIT a fin de adecuarlo a las modificaciones de la Ley N° 28806, LGIT, y a las disposiciones del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006– 2017–JUS. Ambos decretos han sido duramente cuestionados por (1) haber reducido el monto de la sanción que corresponde a las infracciones laborales, (2) priorizar los requerimientos de subsanación por sobre las actas de infracción (3) por impedir la doble fiscalización de oficio de un mismo tipo de falta en una misma empresa; (4) por reducir las multas en caso se subsane las infracciones comprobadas; (5) por limitar la posibilidad de imponer más de un acta de infracción por un mismo tipo de incumplimiento. Conjunto de cambios que han debilitado al sistema de inspección laboral. Un problema adicional reportado por los trabajadores que hacen uso del sistema inspectivo está relacionado con las demoras y dilaciones en el proceso inspectivo que generan algunos vacíos en la reglamentación (Plataforma de Sociedad civil de Empresas y Derechos Humanos, Centrales Sindicales, Perú-Equidad y Plades, 2020).¹²⁷

Finalmente, afirman que algunas etapas del proceso de inspección no cuentan con plazos máximos de cumplimiento claramente definidos, lo que genera que los mismos se estanquen y atrasen impidiendo que la infracción o afectación del derecho pueda ser revertido, resarcido o compensado. Específicamente se hicieron referencias a las siguientes etapas: (a) desde que se emite la orden de inspección hasta su recepción; (b) la remisión del acta de infracción al órgano sancionador y el inicio del procedimiento sancionador; (c) la notificación del acta de infracción.

127 Ibid.



Conclusiones

Conclusiones generales

1. La libertad sindical y la negociación colectiva son derechos humanos reconocidos en los principales instrumentos internacionales sobre esta materia y ello genera responsabilidades especiales al Estado para su protección y garantía de ejercicio. La negociación colectiva es una de las manifestaciones posibles, quizás la más importante, de la libertad de las organizaciones gremiales de desarrollar actividades sindicales, a fin de promover y defender sus propios intereses. Tiene un carácter eminentemente instrumental en relación con la libertad sindical, por lo que su ejercicio es vinculante para los empleadores y empleadoras. Basta, pues, que los primeros quieran negociar para que los últimos estén obligados a hacerlo.
2. De conformidad con los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical de la OIT, la negociación colectiva impone a los estados el deber de respetar y garantizar, en el ámbito empresarial, el reconocimiento a las organizaciones sindicales que representen a sus trabajadores y trabajadoras como interlocutores válidos a los efectos de la negociación colectiva. Ello sin perjuicio de la posibilidad de que la legislación imponga el sistema del sindicato más representativo (el mayoritario) en los contextos de pluralidad sindical (aunque garantizando los derechos de representación de los sindicatos minoritarios).

Conclusiones: Pilar Proteger

3. Se evidencia un debilitamiento de la institucionalidad sindical, lo que se verifica en un escaso número de afiliaciones.
 - 3.1. De acuerdo con los hallazgos del presente diagnóstico, es necesario determinar si ello guarda relación con el papel preponderante que juegan las microempresas y las pequeñas empresas en nuestra economía, vinculado con la exigencia de un mínimo 20 trabajadores para constituir “sindicatos de empresa”, pese a que de acuerdo con el estándar internacional es posible la representación por delegación en estos casos.
 - 3.2. Otros factores podrían estar determinados por el hecho de que el trabajo formal presenta los siguientes rasgos: (i) está mayoritariamente compuesto por trabajadores y trabajadoras temporales, (ii) presenta un alto uso de mecanismos legales de contratación indirecta de personal, y (iii) existen amplios supuestos legales de contratación

“no laboral”.

Conclusiones: Pilar Respetar

4. No se ha podido evaluar el grado de cumplimiento del Pilar II de los Principios Rectores, respecto al ámbito de respeto de las empresas en el marco de sus operaciones, pues esto requiere un análisis detallado. No obstante, no se cuenta con data, por lo que existe la necesidad de contar con un diagnóstico específico sobre este tema en la etapa de implementación del PNA.
5. Es necesaria también la incorporación de normas de fomento de la negociación colectiva de manera general y en particular con referencia a las empresas estatales, dado que actualmente la negociación colectiva en el ámbito de las empresas estatales se regula por el Decreto de Urgencia N° 014-2020 que, entre otras cosas, impide la negociación colectiva entre las partes, al sujetarla a lo que dictamine el Ministerio de Economía y Finanzas, e impide presentar pliegos este año y el año siguiente.
6. En los supuestos de intermediación laboral y/o tercerización de servicios correctamente realizados, las leyes no le imponen a la empresa usuaria o principal, la obligación de garantizar la plena vigencia de la libertad sindical y la negociación de los trabajadores de la empresa intermediadora o de la empresa contratista (y, eventualmente, subcontratista). Así, pues, los actos de discriminación antisindical o de injerencia llevados a cabo por estas últimas, no serán de responsabilidad de la empresa que fácticamente tiene el control del proceso productivo. Tampoco existe dicha obligación en el ámbito de grupos de empresas o holding.
7. Hay recomendaciones del Comité de Libertad Sindical que no se han levantado respecto a la prohibición absoluta de la adopción de modalidades irregulares de huelga y circunscribirla a casos en que deje de ser pacífica, precisar que los intereses por una huelga engloban también la búsqueda de soluciones a política económica y social y problemas en la empresa que afectan directamente a trabajadores.
8. Se observó también la compatibilidad de los convenios N° 87, N° 98 y N° 151, respecto al artículo 45.º de la LRCT, a fin de garantizar que el control de legalidad de la huelga no corresponda al Poder Ejecutivo y que se reconozca expresamente el derecho de negociación colectiva de las personas en modalidad formativa. En dicha línea, es pertinente observar la Ley sobre Modalidades Formativas, con el objetivo de analizar la exclusión del régimen laboral a todas las modalidades comprendidas dentro de la norma, fundamentado en el aprendizaje, pues podría ser riesgoso en caso sea usado de forma excesiva. Así pues, debería evaluarse su ejercicio a la libertad sindical. Igualmente, debe prestarse atención a



los comentarios emitidos por la CEACR respecto a la sindicalización de las personas contratadas temporalmente.

9. Perú es uno de los países de América Latina con más denuncias ante los órganos de control de la OIT, por lo que se requiere garantizar la efectividad del sistema de justicia y el acceso a los derechos de sus ciudadanos. En efecto, es relevante prestar atención a la nueva Ley Procesal del Trabajo, que aún se encuentra pendiente de ser implementada en algunos distritos judiciales. Se sugiere la modificación de la NLPT en los siguientes aspectos: 1) incluir un proceso especial de tutela de todos los derechos fundamentales que tenga preferencia frente a otros casos, que pueda disponerse de inmediato en una audiencia la suspensión provisional de acto impugnado, la inversión de la carga probatoria y la ejecución provisional de la sentencia de primera instancia aun cuando se pueda apelar, y; 2) incluir modalidades especiales para los conflictos colectivos de trabajo, cuando se produce una afectación a todo un grupo o categoría de trabajadores y trabajadoras por incumplimiento de la legislación o convenios colectivos.

Conclusiones: Pilar Remediar

10. El Estado peruano tiene previstas procedimientos de denuncia, fiscalización y sanción. No obstante, se requiere revisar que la Ley General de Inspección del Trabajo no alcanza, por ejemplo, a trabajadores y trabajadoras bajo el régimen laboral público o autoempleados. En ese sentido, es recomendable revisar la normativa. Respecto a actos de discriminación antisindical, existe un régimen de supervisión que se califican como infracciones muy graves sancionables hasta con 200 UIT.
11. Por último, se debe verificar los procedimientos de denuncia, fiscalización y sanción ante la Sunafil con el objetivo de que cumplan con los estándares internacionales. En esa línea, un aspecto a resaltar son los plazos máximos de cumplimiento de los procesos de inspección.

Referencias

- Arce, E. (2006). Estabilidad Laboral y Contratos Temporales, Primer Cuaderno de Trabajo del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Banco Central de Reserva del Perú. (2018). Memoria 2018: informe Económico, 2019. Disponible en <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Memoria/2018/memoria-bcrp-2018.pdf>
- Boza, G. y Aguinaga, E. (2019). El artículo 45° de la Ley de relaciones colectivas de trabajo como problema y solución: el caso de la negociación minera por rama de actividad. En: IUS 360, 22 de septiembre de 2019. Disponible en: <https://ius360.com/privado/laboral/el-articulo-45-de-la-ley-de-relaciones-colectivas-de-trabajo-como-problema-y-solucion-el-caso-de-la-negociacion-minera-por-rama-de-actividad/>
- (2013). El deber de negociar y el arbitraje potestativo como parte del contenido del derecho constitucional de negociación colectiva. En: Derecho PUCP, N° 71.
- Boza, G. y Canessa M. (2000). Relaciones colectivas de trabajo: entre la flexibilidad y el intervencionismo estatal. En: Estudios sobre la flexibilidad en el Perú, OIT, Lima.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2017). Observación General 24, sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales. E/C.12/GC/24 (10 de agosto de 2017)
- Comité de Libertad Sindical. Informe provisional. (1993). Informe núm. 291, noviembre 1993 (Caso núm. 1648 y 1650 (Perú) - Fecha de presentación de la queja: 07-JUN-91. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2902438.
- Compañía Peruana de Estudios de mercados y opinión pública S.A.C. (2019). Perú: Población 2019 N° 4, abril de 2019. Disponible en http://cpi.pe/images/upload/paginaweb/archivo/26/mr_poblacional_peru_201905.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017a). Caso Lagos del Campo vs. Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
- (2017b). Opinión Consultiva OC-23/17, Medio Ambiente y Derechos



Humanos.. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf

----- (2017c). Caso Lagos del Campo vs. Perú, sentencia de (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

----- (2010). Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

----- (2009). Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costos).

----- (2005a). Caso Huilca Tecse vs. Perú, (Fondo, Reparaciones y Costas).

----- (2005b). Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, (fondo, reparaciones y costas).

----- (2001a). Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, (fondo, reparaciones y costas).

----- (2001b). Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, (Fondo, Reparaciones y Costas).

----- (2000). Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, (fondo).

----- (1987). Opinión Consultiva OC-9/87, garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Corte Suprema de Justicia de la República. (2017). Casación Laboral N° 10406-2016, Lima, Reintegro de bonificación por tiempo de servicios, 16 de mayo de 2017. Disponible en: https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/11/Cas.Lab-10406-2016-Lima-Legis.pe_.pdf

----- (2015a). Casación Laboral N° 5481-2015, Lima Norte, Nulidad de despido, 4 de noviembre de 2015. Disponible en: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/09/Cas-5481-2015-f-7-Lima-LP.pdf>

----- (2015b). Casación Laboral N° 7111-2014, Lima, Nulidad de despido, 12 de enero de 2015. Disponible en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/88efee8043f857229ddcbd009dcdef12/7111-2014.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=88efee8043f857229ddcbd009dcdef12>

----- (2014). Casación 011477-2013, Callao, 12 de mayo de 2014. Disponible en <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/03adad00469c20a6adeafdac1e03f85e/Resolucion+011477->

2013+Rosa.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=03adad00469c20a6adeafdac1e03f85e

------. (2011a). Casación Laboral N° 602-2010, Lima, 8 de abril de 2011. Disponible en <https://vlex.com.pe/vid/-472567278>

------. (2011b). Casación Laboral N° 2864-2009, Lima, 30 de marzo de 2011. Disponible en <https://vdocuments.mx/cas-lab-2864-2009-lima.html>

Diario Oficial El Peruano. (2020). El 71% de trabajadores en el Perú son informales. Disponible en: <https://elperuano.pe/noticia/93831-el-711-de-los-trabajadores-en-el-peru-son-informales>

Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2019). Estimaciones y proyecciones de población en base al censo 2017. Disponible en https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/metodologias/estimaciones_proyecciones.pdf

------. (2018). Perú: Indicadores de empleo e ingreso por departamento 2007-2017. Disponible en https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1537/libro.pdf.

Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo. (2020). Anuario Estadístico Sectorial 2019. Serie Histórica /26. Disponible en https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/920578/ANUARIO_2019_.pdf

------. (2019a). Anuario estadístico sectorial 2018. Disponible en <http://www2.trabajo.gob.pe/estadisticas/anuarios-estadisticos/>

------. (2019b). Huelgas en el Perú. Lima. Disponible en https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/535201/HUELGAS_2019_opt.pdf

------. (2018). Informe Comparativo. Planillas Electrónicas 2017-2018, s.f. Disponible en https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/300500/d289333_opt.pdf

Organización Internacional del Trabajo. (2018). La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical. Ginebra: OIT, 6° edición, 2018.

------. (2011). Observación (CEACR) – Adopción: 2010, Publicación: 100ª reunión CIT (2011). Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87). Disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:232849

------. (1949). Convenio 98, Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (ratificado el 15 de noviembre de 1963). Disponible en <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:>



:P12100_INSTRUMENT_ID:312243

----- (1948). Convenio 87, Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (ratificado el 2 de marzo de 1960). Disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C087

----- (s.f). Information System on International Labour Standards. Disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11110:0::NO:11110::P11110_COUNTRY_ID:102805

Salmón, E. (Coord.) (2016). La progresiva incorporación de las empresas en la lógica de los derechos humanos. Lima: PUCP / IDEHPUCP / Fundación Konrad Adenauer.



**Plan Nacional de Acción sobre
Empresas y Derechos Humanos**
2021-2025



PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos



BICENTENARIO
PERÚ 2021

CON EL APOYO DE:

**FRIEDRICH
EBERT**
STIFTUNG