

Extensión de beneficios pactados entre empleadores y sindicatos minoritarios: estado de la cuestión y propuesta de metodología constitucional para el análisis jurídico laboral de casos

Extension of benefits agreed between employers and minority trade unions: state of the art and proposed constitutional methodology for the labor law analysis of cases

LUIS MENDOZA LEGOAS*

Correo electrónico: lmendozalegoas@puccp.pe.
<https://orcid.org/0000-0002-6247-8400>

RESUMEN: El artículo aborda uno de los temas más discutidos en nuestro medio y procura exponer metodológica y conceptualmente consideraciones para el análisis de la materia, considerando las discrepancias existentes en el ámbito jurisdiccional, administrativo y en los escritos dogmáticos y de perspectiva profesionalizante que se han volcado en medios escritos. Así, se procura ofrecer una revisión de los argumentos existentes y su compatibilidad con ciertos derechos fundamentales, cuyo contenido resulta indispensable para la discusión seria sobre la materia.

ABSTRACT: This article addresses one of the most debated topics in our field, and seeks to present methodological and conceptual considerations for the analysis of the subject, considering the existing arguments in the jurisdictional and administrative spheres, as well as in the dogmatic and professional perspective writings that have been published. Thus, it seeks to offer a review of the existing arguments and their compatibility with certain fundamental rights, the content of which is essential for a serious discussion on the subject.

PALABRAS CLAVE: Sindicatos, minoritario, beneficios, empleador, extensión

KEYWORDS: Trade unions, minority, benefits, employer, extension

Recibido: 10/08/2025

Aceptado: 14/09/2025

Publicado en línea: 03/11/2025

* Profesor universitario. Magíster en relaciones industriales y de empleo por la Universidad de Turín y el Centro Internacional de Formación de la OIT. Vocal titular de la primera sala del Tribunal de Fiscalización Laboral.

SUMARIO: I. Estado de la cuestión en la praxis jurisdiccional y administrativa. II. La posición que sostengo. La metodología procurada. III. El problema de la extensión de beneficios de un sindicato minoritario dentro del modelo constitucional de libertad sindical. 1. ¿No quiero afiliarme, no puedo afiliarme o ignoro el asunto?. 2. La funcionalidad de los criterios de representatividad y la minoría en las relaciones colectivas de trabajo. 3. Los actos antisindicales en su modalidad de discriminación indirecta y la cuestión de la extensión de beneficios. 4. La fuerza vinculante del convenio colectivo de trabajo. 5. La dimensión salarial de la facultad organizativa del empleador como escenario típico de las tensiones propias del ejercicio del poder normativo empresarial y los derechos sindicales. 6. La extensión como acto de injerencia. IV. Algunos casos prácticos. V. Conclusiones. Bibliografía

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA PRAXIS JURISDICCIONAL Y ADMINISTRATIVA.

La casi inadvertida emisión de la Casación Laboral 50298-2022 Lima, del 30 de abril de 2025, podría generar interrogantes acerca de cuál es, finalmente, la posición sobre la que se ha emitido doctrina jurisprudencial con respecto a la interpretación de la regla del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT) que se ocupa sobre el ámbito subjetivo de los convenios colectivos de trabajo. La aplicación de la citada regla no parece haber sido resuelta concluyentemente, si se toma en cuenta la existencia de otros pronunciamientos de la misma Corte.

Es relevante esclarecer este tema pues actualmente asistimos a una polémica en la que se argumenta, con vivo apasionamiento, en pos y en contra de la extensión de beneficios acordados entre empleadores y sindicatos minoritarios. Muchas veces —por buscar demostrar las mejores razones que sean consistentes con la perspectiva adoptada por quien argumenta— se omite que nos encontramos ante un problema jurídico que reviste cierta complejidad, pues intersecta a una pluralidad de instituciones legales. En este trabajo pretendo examinar algunos de los argumentos expuestos dentro del estado de cuestión, con el propósito de contribuir metodológicamente en la evaluación que tienen a su cargo operadores de diverso ámbito —órganos jurisdiccionales, como administrativos, como también abogados patrocinantes y estudiantes que se aproximan a este

tema— todos quienes están llamados a participar con algunas precauciones conceptuales respecto de este asunto.

Dentro de la jurisprudencia constitucional, un par de pronunciamientos del TC se refieren a casos en donde un empleador ha ofrecido pagos económicos coetáneos y semejantes a los acordados con un sindicato minoritario para un grupo de trabajadores que no está sindicalizado.

En el caso del expediente 2789-2021-PA/TC, el TC ha establecido —por mayoría y con ayuda del voto dirimente de su entonces presidente— la improcedencia del recurso de agravio constitucional. La tesis prevalente ofrecía como resultado que la Casación 20956-2017 Lima ya había expresado razones que no convenía reexaminar.¹ El voto minoritario anexado a dicha decisión consideró que debía ponderarse a la decisión de la empresa —fundamentada en la libertad de empresa— con los derechos a la libertad sindical y la igualdad.

Años después y con otra conformación del TC, su Sala Segunda convalidó la entrega de un incremento remunerativo a lo largo de cuatro años —antes de la fecha de presentación de los pliegos de reclamos en cada uno de esos años— al amparo de una política de empresa que excluía, de forma explícita, a los sindicalizados de su ámbito de regulación. La Sentencia del 20 de mayo de 2024 (expediente 4818-2022-PA/TC) argumenta, sobre la libre sindicación negativa, que no está probado que quienes no se afilian al sindicato mantengan esa decisión por la operación del empresario. De otro lado, se sostiene que el nexo causal entre la desafiliación de 22 de los 153 afiliados en 2017 no resultaría una prueba suficiente.

Por razones atribuibles a los planteamientos que cada caso trasladó al TC, ambas decisiones emitidas por el máximo intérprete de la Constitución tienen distintos parámetros de control jurídico. En el primer caso citado se resuelve la autorización de la extensión desde la base de la libertad del empresario ante un grupo de reglas y principios que, en la línea de pensamiento que venimos expo-

1 La casación aludida convalidó la extensión del “bono por cierre de pliego” bajo la forma de un “bono por integración”, adoptando un argumento que podemos resumir en que la ley no prohíbe al empleador la extensión unilateral, conforme con su fundamento jurídico décimo quinto. Se trata de una invocación al principio dispositivo que parece sugerir la inexistencia de un bloque de legalidad en la materia, al ni siquiera sopesar razones que puedan definir límites al poder de dirección que provengan de normas jurídicas aplicables al caso.

niendo, parece insuficiente por no justificar el razonamiento legal en el modelo de pluralidad sindical ni en los fundamentos de las reglas de representatividad. Tampoco se observa, en este caso, una consideración sobre los actos antisindicales ni sobre la discriminación indirecta. En el segundo pronunciamiento se expone primordialmente la falta de correlación entre la operación de la extensión y el presunto daño a la libertad sindical (la desafiliación), así como la invocación descontextualizada de la libertad sindical negativa (al referirse a la falta de prueba de que la falta de afiliación provenga de los comportamientos del empresario).

Recientemente, Boza y Briones (2024, p. 77) han ofrecido uno de los elencos más completos de sentencias casatorias emitidas alrededor de esta polémica. Se trata de 15 casaciones que acogen la tesis favorable a la extensión de beneficios del convenio colectivo acordado con un sindicato minoritario, dadas entre 2010 y 2016, en un primer tramo y entre 2018 a 2023. Añaden cuatro casaciones entre 2016 y 2017² que plantearon que esta extensión no era posible y 20 que, entre 2017 y 2022, acogieron una tesis mixta: denegatoria de la extensión, aunque con importantes excepciones (que, a la larga, suponen una autorización fáctica). Es importante subrayar, en ese conjunto de pronunciamientos provenientes de la judicatura, al VIII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional, emitido en 2019, y cuyo objetivo unificador permitía establecer que el estado de cuestión judicial se posicionaba, con claridad, en favor de la extensión de beneficios.

Esta tesis parece haber sido rectificada en la Casación Laboral 50298-2022 Lima, donde la Corte Suprema ha sentado doctrina jurisprudencial respecto de este asunto, la que parece rectificar el criterio antes sostenido. Expresamente, el cuarto fundamento jurídico establece lo siguiente:

Cuarto. Doctrina Jurisprudencial: interpretación del artículo 42° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo
[...]

3. Tratándose de sindicatos minoritarios, los efectos de los convenios que celebren solo podrán extenderse a sus afiliados y no pueden hacerse extensivos a quienes no los integran.

2 Cuando menos, en el año 2017 se registra una Casación adicional en este grupo, como es la Casación Laboral 1315-2016 Lima. En particular, esta casación recoge, dentro de su fundamentación, a lo resuelto por el TC en la Sentencia del expediente 3655-2011-PA/TC, que definió a las minorías sindicales como objeto de protección dentro de los sistemas de mayor representación.

Con perspectiva unificadora, esta referencia podría ser interpretada como el retorno sigiloso de la tesis que restringía la extensión de beneficios desde sindicatos minoritarios. Más aún si la Corte Suprema expresa, en el quinto fundamento jurídico de su decisión, que se aparta de la interpretación preexistente del artículo 42 del TUO de la LRCT efectuado por el mismo órgano jurisdiccional. Lamentablemente, la ausencia de un razonamiento extendido sobre la materia evita que pueda concluirse esto categóricamente, pues la Casación Laboral 50298-2022 Lima y aquella a la que alude al apartarse, resuelven un problema jurídico puntual: si prestadores de servicios que alegan que no pudieron afiliarse a un sindicato por la modalidad de contratación a la que se encontraban sujetos, debido a la decisión de su empleador, tienen derecho a los beneficios sindicales logrados durante ese periodo.

En relación con la posición del Tribunal Constitucional, desde la segunda década del presente siglo cabe referirse a dos sentencias emitidas en el Sento del máximo intérprete de la Constitución. La primera, emitida por el Pleno del Tribunal Constitucional, unánimemente sostuvo que la exclusión de los afiliados de un sindicato minoritario de los aumentos salariales resultaba justificado pues supone un trato diferenciado o desigual no antijurídico ya que quienes estaban sindicalizados podrían aspirar a tales aumentos a través de la negociación colectiva (fundamentos jurídicos 7 a 9 de la Sentencia del 24 de octubre de 2011, expediente 2974-2010-PA/TC). En cambio, la Sala Primera del Alto Tribunal resolvió que constituía un acto discriminatorio el que se ofrezcan condiciones diversas por razón del estatus de afiliado o no afiliado a un sindicato, por lo que (en este caso) se consideró como acto antisindical el otorgamiento de tales incentivos económicos (fundamento jurídico 11 de la Sentencia del 2 de noviembre de 2011, expediente 2476-2010-PA/TC).

El tema ha permanecido dentro de una relativa indefinición dentro de los pronunciamientos del máximo intérprete de la Constitución. Más adelante, a través de la sentencia interlocutoria del TC del 23 de junio de 2021 (expediente 1073-2021-PA/TC), se estimó, al declararse como improcedente un recurso de agravio constitucional, que no existía razón para cuestionar una resolución expedida por el Octavo Juzgado de Trabajo de Chiclayo que calificaba a la tesis de la extensión de beneficios acordados con sindicatos minoritarios como una restricción formal que podría verse superada, al ofrecer “un tratamiento remunerativo de notoria inequidad ante la aplicación voluntaria que efectúa el

empleador a la totalidad de trabajadores”. Este criterio fue validado, indicándose que el órgano judicial había expresado sus razones sin que la sala estime que exista reproche alguno sobre la motivación de lo resuelto.

Posteriormente, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional del 20 de mayo de 2024 —expediente 4818-2022-PA/TC— ha fallado considerando que una práctica acreditada de extensión de beneficios no fue antijurídica al no haber impedido las negociaciones colectivas que el empleador y sindicato afectado por la medida culminaron con acuerdos a lo largo de cuatro años. La sala del Alto Tribunal consideró que como los afiliados al sindicato percibían aumentos remunerativos respectivos, los que, además, pese a ser en sustancia coincidentes con los que la empresa adelantaba a los no afiliados antes de que se suscriba cualquier acuerdo con la organización de trabajadores, no resultaban en afectaciones contrarias al contenido protegido de la negociación colectiva (fundamentos jurídicos 13 y 14).

Finalmente, el Tribunal de Fiscalización Laboral, instancia de revisión de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, también participa de la polémica, con un entendimiento sobre la cuestión que contemporáneamente objeta lo resuelto por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional. Los precedentes establecidos por el colegiado administrativo en las Resoluciones de Sala Plena núm. 9-2022-SUNAFIL/TFL, 4-2023-SUNADIL/TFL y 26-2024-SUNAFIL/TFL ha establecido, en suma, que la extensión de beneficios fuera de lo permitido por el modelo legal —que examinaremos a partir de los artículos 9 y 42 del TUO de la LRCT— supone un comportamiento antisindical, sin que se requiera de la comprobación de un daño palpable en la organización minoritaria que padece el acto antisindical. El tribunal administrativo, definiendo a las reglas de extensión de beneficios conforme a los atributos de representatividad o no del sindicato participante del acuerdo junto con la naturaleza del beneficio pactado, ha calificado a la extensión como un acto que desobedece la fuerza vinculante plasmada en el ámbito subjetivo del convenio colectivo ordenado por las reglas imperativas del modelo de relaciones colectivas de trabajo, reglas a las que, por cierto, les ha atribuido un carácter imperativo sobre la pretendida autorización de un sindicato minoritario al empleador para extender los acuerdos convenidos.

II. LA POSICIÓN QUE SOSTENGO. LA METODOLOGÍA PROCURADA

Cuando someto este tipo de casos a la evaluación de mis estudiantes de la clase de Derecho Laboral General que dicto en la Facultad de Derecho de la PUCP —personas que nacieron alrededor de la época en la que se aprobó el TUO de la LPCL— les advierto que se acompañan lecturas de autores que argumentan en contra de la extensión de beneficios y a favor de este criterio. Procuro no develar mi posición, para que los y las estudiantes evalúen los razonamientos expuestos por ambas fuentes y así no traten de argumentar, convenientemente, en la misma línea de pensamiento del docente. Desde luego, quienes han seguido las clases con mayor atención podrían inferir qué posición sostengo, pero si son personas que tienen tal interés en el aprendizaje del derecho ante casos controversiales, seguramente podrían valorar la posibilidad de arribar a conclusiones propias y desarrollar así su propio razonamiento legal. Cuando esto forma parte de una dinámica calificada, se premia de forma especial a quien desarrolla argumentos contemplando las ideas de ambas fuentes.

Me parece importante que en el aprendizaje y ejercicio del Derecho existan oportunidades relevantes para la síntesis por el contraste de ideas encontradas. Así, en la examinación de razones alrededor de los problemas jurídicos que motivan este artículo, el valor de la argumentación constitucional y de la lógica formal —por tanto, contra de la invocación de falacias *ad vaculum* o *ad hominem*— resulta esencial para el ejercicio de la profesión, sin perjuicio del nicho ocupacional que se ocupe.

En lo que me corresponde, actualmente cumplo funciones como vocal titular de la primera sala del Tribunal de Fiscalización Laboral. Gané el concurso público de méritos en 2020 y desde 2021, cuando se instaló dicha sala, pude participar en la discusión y formulación de los tres precedentes de observancia obligatoria antes citados, que consagran un entendimiento que considero jurídicamente correcto en relación a la materia. Estos precedentes adoptan algunos parámetros metodológicos que me parece conveniente mencionar: i) se trata de decisiones colegiadas que recogen la interpretación aplicada en varios expedientes, los que reúnen al entendimiento de al menos cinco vocales que alternaron o alternan en la misma sala; ii) se han citado pronunciamientos previos del órgano y otros, incluso de criterios opuestos, añadiéndose a referencias dogmáticas que se juzgan relevantes dentro del ámbito; iii) se han ofrecido razones para apartarse de la tesis del VIII Pleno Jurisdiccional Supremo en

materia Laboral y Previsional de 2019, que sujeta la extensión de los beneficios de un convenio colectivo ratificado con un sindicato minoritario a condiciones ciertamente imprecisas.

Respecto de lo último, considerando las premisas de la posición divergente, opino que el Tribunal de Fiscalización Laboral ha ofrecido elementos suficientes, dentro de la motivación de los respectivos precedentes, para que se adviertan los fundamentos razonados para abordar los problemas jurídicos relevantes alrededor de la operación de la extensión de beneficios que corresponden a un sindicato minoritario. La suficiencia de la justificación razonada para una decisión de estas características resulta en una exigencia indispensable para la legitimidad de un órgano que administra justicia (en este caso, en la vía administrativa).

Hay algo más que anotar. En este apartado me he permitido aludir a mi experiencia en el órgano pues considero relevante que quienes participan en el debate laboral, en general y, en esta discusión —en particular— expongan si los argumentos que se ponen en blanco y negro encuentran algún elemento subjetivo relevante o hasta conflicto de interés respecto del asunto abordado. Me parece exigible un estándar ético inevitable el que quienes debaten en el derecho con argumentos, así procedan. Sobre todo, si sus argumentos pueden tener (como el caso del suscrito) algún impacto en el ámbito profesional —en mi caso, por la mera circunstancia de ocupar, provisionalmente, una función pública— o, cuando corresponde, por gozar de una reconocida trayectoria en el ámbito profesional o en el académico (y en ambos espacios, en aquellos rarísimos casos donde aplica).

En general, muchos escritos de debate en el Derecho Laboral parecen asignársele al lector la responsabilidad de saber discernir si los argumentos expuestos en los artículos que abordan temas como éstos pueden verse afectados de estos riesgos de parcialización. Esto me parece criticable pues debe considerarse dentro del universo de destinatarios de estos textos a una importante porción de personas que recién atraviesan su formación en el Derecho y por el hecho de que muchas personas prefieren aproximarse únicamente a cuanto resulte congruente con una cierta forma de pensar y argumentar.

Entonces, siguiendo una metodología que revele posibles coincidencias entre los argumentos esgrimidos y la defensa privada de intereses, la persona destinataria del texto deberían contar elementos de juicio para examinar, por

ejemplo, si la tesis de un autor respalda el sentido de las resoluciones que firma (por ejemplo) o si el argumento presentado por alguien redundante en el espectro de la expresión de ideas dispuestas bajo la máxima del diligente patrocinio y sus rendimientos económicos (que son muy justificados en el ámbito forense, pero no necesariamente pueden extrapolarse sin cuidados ya en el ámbito del intercambio de ideas con pretensión académica).

Quiero aclarar que los ejemplos citados a lo largo de este artículo buscan señalar que es preciso invocar un derecho o una libertad de una forma atenta al método sociológico en el Derecho, para evitar construir argumentos falaces desde la lógica formal. Por ejemplo, la construcción del falso dilema (“la diferencia salarial originada en un convenio colectivo celebrado con un sindicato minoritario genera discriminación contra quienes no están afiliados”), sin establecer que, pudiendo existir alguna práctica discriminatoria extraordinaria, el efecto señalado proviene de las reglas dispuestas por el modelo democrático de relaciones sindicales. Otro ejemplo muy manido en estas construcciones argumentativas es la falacia *ad verecundiam* (“si la Corte Suprema lo sostiene, es necesariamente cierto”), sin examinarse la suficiencia de la motivación desplegada por aquel Alto Tribunal con respecto a si el derecho a la igualdad de trato es realmente un pretexto justificante para la extensión de este tipo de beneficios. También encontramos falacias *ad ignorantiam* (“no se ha demostrado que los trabajadores no sindicalizados deseen sindicalizarse, por lo que tienen que, necesariamente, ejercer la libertad sindical negativa”).

De esta manera, solo tras una construcción lógica formal válida, los argumentos puestos en escrito deben ser examinados por lectoras y lectores, especialmente quienes deben resolver controversias jurídicas respecto de estos temas. Tras esta opción metodológica, debe establecerse una argumentación constitucional que examine a las instituciones jurídicas en concurso. Procuraremos explicar esta secuencia en la sección siguiente.

III. EL PROBLEMA DE LA EXTENSIÓN DE BENEFICIOS DE UN SINDICATO MINORITARIO DENTRO DEL MODELO CONSTITUCIONAL DE LIBERTAD DE SINDICAL

Es importante observar que, sin perjuicio de la opinión que se tenga sobre un sindicato, un grupo de ellos —o sobre la totalidad de estas organizaciones—

que su actividad recae en la base misma de nuestro modelo jurídico de relaciones laborales. Son actores que intermedian entre los sujetos que los constituyen y el empleador o conjunto de empleadores ante los que negocian. La función que cumplen es doble: la prototípica regulatoria —tan explorada en la dogmática y que puede ser ejercida por aquellas organizaciones que finalmente se consolidan dentro de su ámbito— y otra función que, en países como el nuestro, muchas veces explica a la existencia del propio sindicato: la función defensiva ante incumplimientos laborales del empleador.

La polémica que nos interesa explorar es una que se produce dentro del ámbito de la empresa, cuestión que nos exonera de contemplar aquí al panorama amplio de la libertad sindical. Además, el nivel de empresa es el contexto en donde la sindicación peruana se presenta de forma prevalente, esto muy a pesar de un número no especificado de trabajadores que laboran en empresas que no superan los veinte trabajadores, lo que supone una grave restricción legal a la libertad sindical en nuestro país. Se ha especulado que esta regulación ha contribuido al permanente declive de la tasa de sindicalización en Perú, la misma que representa un 4.9% de los ocupados en el sector privado formal a nivel nacional (Marcos-Sánchez & Balbín, 2025, p. 10).

354

Las razones por las que existe un modelo constitucional que ofrece una alta valoración sobre la presencia del sindicato pueden evidenciarse desde perspectivas interdisciplinarias. Desde una mirada jurídica —la que interesa aquí—, debe subrayarse la concreción de los valores democráticos y participativos, asignándose un rol social y económico a la asociación sindical para representar a intereses homogéneos dentro del mundo del trabajo, en general, y en su ámbito de incidencia, en particular. Estos intereses combinan expectativas tutelables y también a derechos laborales, propiamente. En razón de lo segundo, el sindicato se comporta como órgano defensivo ante incumplimientos de los derechos laborales de los afiliados y los de la organización, que puedan ser cometidos por el empleador.

Respecto a otros contextos, se alude al rol que cumplen los sindicatos para evitar el crecimiento de la desigualdad económica. Así, citando a un estudio aplicado a los Estados Unidos de Norteamérica, se subraya que la reducción constante de la sindicación y de su influencia puede ofrecer una vía para que se consoliden lógicas de mercado desenfrenadas (Cohen, 2021, p. 229). En

nuestro medio, esta reducción vino acompañada por un giro normativo, que no hizo sino —en palabras de Villavicencio— plasmar una “visión autoritaria y excluyente de las relaciones laborales, que ve al sindicato como un enemigo al que hay que presentar todos los obstáculos posibles para su surgimiento y desenvolvimiento” (2002, p. 221). Por esto, resulta indiscutible la pertenencia de estos grupos al propio modelo democrático de las relaciones de trabajo y su protección ante operaciones que pueden significar actos antisindicales merece un análisis riguroso y no simplista.

Para nuestro tema de investigación, consideramos que, en esencia, no se ha puesto en entredicho a la libertad sindical individual positiva. Si bien algunos escritos cuestionan que los sindicatos minoritarios puedan obtener beneficios que no se apliquen al resto de trabajadores (la literatura que defiende la extensión de beneficios del convenio con el minoritario omite —deliberada o involuntariamente— razonar sobre los artículos 9 y 46 de la LRCT), en el fondo las tintas se han cargado en relación con la *libertad sindical individual negativa*. Así, se ha planteado a esta vertiente de la libertad sindical individual como parámetro de control para justificar a la extensión sobre quienes no están afiliados al sindicato minoritario.

355

1. ¿No quiero afiliarme, no puedo afiliarme o ignoro el asunto?

La dimensión negativa de la libertad sindical no está reconocida expresamente en la Constitución peruana ni en las normas internacionales del trabajo que conforman al bloque constitucional de nuestro sistema jurídico. Sin embargo, no parecen haber razones para dudar de que se trata de una manifestación implícita de la libertad sindical que, de forma precisa, ha sido estimada por los órganos de control de la OIT.

La dinámica propia de una libertad negativa es un asunto que requiere una examinación rigurosa, mayor en todo caso que la que se ha dedicado en nuestro medio. Bobbio (citado por Gianibelli *et al.*, 2011, p. 7) explicaba que la libertad negativa comprende, de forma indispensable, a la ausencia de impedimento (o la posibilidad de hacer) y a la ausencia de restricción. Como recuerda Pamparacuatro —recogiendo en esta parte al pensamiento de Isaiah Berlin— la libertad negativa se relaciona con concepciones formales de ley y de un imperativo ético, constituyendo un valor en tanto que no es susceptible de deformación: se

refiere a la ausencia de coacción y debe ser una libertad semejante para todos (2015, pp. 63-64). De allí que la libertad sindical negativa requiere examinarse en relación con la capacidad de sus agentes de ejercerla contra la posibilidad de verse obligados a realizar alguna acción sindical (típicamente: afiliarse a una organización existente).

Así, la referencia a la libertad sindical negativa puede justificarse en contextos determinados. De manera que, digamos, es distinto interponerla como una libertad defensiva ante cláusulas de seguridad sindical —en el contexto de legislación norteamericana expedida en favor de la sindicación como medida anticíclica de respuesta a la gran depresión— o invocarla en un contexto precario, donde su ejercicio parece ser un acto de resistencia poco favorecido.

Cláusulas como las conocidas como *closed shop* (contratación de empleo exclusiva para afiliados al sindicato pactante), de empleo preferencial (contratación prevalente de afiliados), taller sindicado (tras la contratación libre, el empresario se compromete a lograr la afiliación total de los trabajadores del sindicato negociador), de mantenimiento de la afiliación (que ningún trabajador abandone el sindicato), representan ejemplos que ponen en mayor tensión a la libertad sindical, al contraponerla a la libertad de trabajo. Tales casos representan la típica tensión entre derechos individuales e intereses colectivos tutelables.

Otro grupo de cláusulas también han sido señaladas dentro de esa polémica: las *cláusulas de ventajas reservadas* también encuentran recepción dentro de una tensión típica, por cuanto excluyen a los no afiliados de los beneficios. Sin embargo, en Perú existe un mandato legal en ese sentido, derivado de los artículos 9 y 42 de la LRCT. Bajo esa perspectiva, no se trataría de ventajas reservadas por un mandato delimitador del convenio colectivo, sino una opción claramente anclada en la formulación de los criterios de representatividad habidos en un modelo de pluralidad sindical y de garantía de la sindicación, como resulta ser el caso peruano.

Se puede echar de menos esta conceptualización cuando se examina a la libertad sindical negativa como base argumentativa para sostener a la supuesta legitimidad de la extensión de beneficios pactados con un sindicato minoritario. Entonces, quienes así proceden dedican su atención a una manifestación de la libertad sin reparar en las condiciones indispensables para el ejercicio de la misma. Esto recuerda lo subrayado por Ermida, quien —citando a Mario Grandi— exponía

la perplejidad que merece para un observador externo que en Latinoamérica se preste igual o aún mayor atención a la manifestación negativa que a la positiva de este derecho (2012, p. 51). No parece ser una cuestión exclusiva de esta parte del mundo, en todo caso, si tomamos en cuenta que Ferradans informa que ha llevado a que en la práctica española no se observe una difusión de cláusulas que amplíen o mejoren los derechos de los afiliados a los sindicatos (2015, p. 273).

Lo cierto es que la enunciación de una libertad sindical negativa debe recaer en ciertas condiciones objetivas determinables en el contexto, lo que hace que este ejercicio negativo se defina no por actitudes omisivas como sí por manifestaciones expresas de voluntad. Por eso, de forma acertada proceden Matos y Manrique cuando, por ejemplo, alegan que la imposición de la agremiación a un colegio profesional resulta un supuesto análogo a la afectación a la libertad sindical negativa, por compelerse a personas a asociarse (2020, p. 79). En ese caso se evidencia una obligación tendente a la asociatividad, que entonces, ya no será libre. Llevado el caso a la libertad sindical negativa, Sanguinetti ha precisado que el trabajador que la ejerce debe desear no ejercer la afiliación (s/a, p. 12).

En cambio, en ediciones pasadas de esta revista *Laborem* constan esfuerzos argumentativos tendentes a equiparar al otorgamiento de beneficios para trabajadores afiliados a un sindicato minoritario con un comportamiento compulsivo que buscaría obligar a quien no forma parte de un sindicato a afiliarse a él contra su voluntad (Pasco, 2023, p. 274). Del mismo modo, otros sostienen que todo trabajador no afiliado a una organización sindical es un trabajador que ejerce la libertad sindical negativa (Cornejo, 2023, p. 264). No parecen trasladar ideas muy precisas sobre la libertad si consideramos las cosas con cuidado.

En el derecho comparado, la judicatura también ha resuelto con una mirada suspicaz sobre la diferencia de trato basada en la sindicación. Ferradans informa, en ese sentido, que cierta jurisprudencia española ha anulado los acuerdos que conllevan a un trato más favorable a los afiliados del sindicato firmante como actos de discriminación que lesionan la libertad negativa. La autora subraya casos donde así se razonó, por ejemplo: la exclusión de los no afiliados de beneficios derivados del cambio de concesionario en un centro de trabajo; o el incremento de la indemnización correspondiente a los afiliados cuando se adopten medidas tales como la reducción de la jornada, la suspensión perfecta de labores o hasta la culminación de contratos (Ferradans, 2015, p. 270).

Estas alegaciones parecen coincidir con la tesis de los Friedman, que consideran a los sindicatos como nuevas clases de grupos privilegiados que reemplazan a otros, generando nuevas desigualdades (Friedman y Friedman, citados por Pamparacuatro, 2015, p. 78). Desde luego, estos autores escribieron esto atendiendo a un contexto con relaciones industriales robustecidas, donde la práctica de actos antisindicales es conjurada, principalmente, por la fuerza de los mismos sindicatos. Pareciera, por tanto, que emplear este tipo de premisa dentro del panorama laboral peruano pudiera ser una importación de dudoso provecho.

Creo que una forma clara de exponer el error resultante de argumentar que los no afiliados a un sindicato minoritario ejercen la libertad sindical negativa de forma necesaria es el pensar en otra libertad y su manifestación negativa (aunque más inusual): la libertad de empresa negativa. El que un emprendedor decida interrumpir su *vita activa* para dedicarse, a tiempo completo, a la meditación y a la vida contemplativa, pudiera significar que, efectivamente, estará ejerciendo la libertad empresarial negativa. Esto es así pues, teniendo condiciones suficientes para realizar actividades tendentes a la obtención de rentas empresariales, simplemente rechaza esta alternativa. En cambio, resultaría más difícil argumentar con seriedad que —digamos— un enajenado en situación de calle ejerce la libertad empresarial negativa: este último supuesto implica que el personaje no tiene siquiera opciones materiales para emprender la libertad en cuestión.

Añadamos otro ejemplo: una persona que, producto de un comportamiento criminal como la extorsión —sufrida en carne propia o padecida por negocios vecinos al suyo— decide dejar de lado la actividad empresarial no estaría ejerciendo, en rigor, la libertad de empresa negativa. Por el contrario, se requerirían medidas jurídicas profilácticas para remover los comportamientos antijurídicos y restituir a la posibilidad de que el sujeto se comporte con libertad. Esto mismo ocurre respecto de la libertad sindical —positiva y negativa— y la remoción de los actos antisindicales y las formas de discriminación directas e indirectas por razón de la sindicación que dificultan adoptar una tesis absoluta sobre la libertad sindical negativa.

Entonces, los linderos de la libertad sindical negativa deben predicarse en donde *de iure* y *de facto* sea posible que se ejerza la opción de sindicalizarse. Así, podríamos descartar argucias argumentativas que, de otro modo, podrían llevar a sostener que los cientos de miles de trabajadores que operan en empresas con

menos de veinte trabajadores ejercen la libertad sindical negativa de, por ejemplo, conformar sindicatos de ámbito superior al de la empresa o de afiliarse a los existentes. La opción, en este caso negativa, se debe determinar por una manifestación de voluntad espontánea antes que por una hipótesis no comprobada.

2. La funcionalidad de los criterios de representatividad y la minoría en las relaciones colectivas de trabajo

Desde 1992, la LRCT contempla entre sus reglas matriz al artículo 9, que otorga al sindicato mayoritario la aptitud de ser parte pactante especial para la eficacia *erga omnes* del convenio colectivo, dentro del ámbito correspondiente. Es así como el modelo legal ha consagrado a la extensión de beneficios universales como un elemento consustancial al estatus de representatividad que goza la organización de trabajadores pactante. La extensión de beneficios, entonces, se fundamenta en dos condiciones: la bilateralidad del acuerdo entre empleador y sindicato pactante y la aptitud de aquella organización de trabajadores: es mayoritario absoluto dentro del ámbito, reuniendo a más de la mitad de los votos.

Los sindicatos se comportan en una libre competencia respecto de la captación de afiliados en sus ámbitos de operaciones. Un sindicato de empresa puede competir con otro u otros, del mismo nivel, de nivel infraempresarial o supraempresarial. El que reúna a más de la mitad de posibles afiliados para su ámbito respectivo adquiere esta aptitud, la misma que es tan dinámica como volátil pueda llegar a ser la afiliación y desafiliación de un sindicato a otro. Además, el propio artículo 9 del TUO de la LRCT admite otra manifestación típica de la democracia representativa: la coalición de dos o más sindicatos para, en una ocasión en concreto, comportarse como un sindicato mayoritario, sin que medie fusión ni absorción entre las diversas personerías jurídicas concurrentes.

El Tribunal Constitucional ha establecido algunos criterios significativos sobre los sindicatos minoritarios. Muchos de ellos, relacionados a la posibilidad de reconocer su capacidad para ser sujetos de la negociación colectiva, aunque con una restricción esencial en relación con la existencia de una organización que afilie a la mayoría de trabajadores en su ámbito. Así, en la Sentencia del Pleno del TC, del 10 de noviembre de 2020 (expediente 3982-2019-PA/TC) se sostiene —recogiendo el sentido de un fallo más antiguo, de la Sala Primera— que los minoritarios no podrían negociar “[...] supuestamente en representación de

todos los trabajadores, y en forma directa al margen del sindicato que represente a la mayoría de los trabajadores” (fundamento jurídico 19).

En efecto, este entendimiento se construye desde la Sentencia de la Sala Primera del TC, del 21 de julio de 2014 (expediente 3655-2011-PA/TC), que fue citada en varias otras sentencias de la misma sala del Alto Tribunal. Lo particular del fallo de la Sala Plena del TC de 2020 es que, recogiendo varios de los fundamentos jurídicos de la sentencia original, se omitió uno que, en particular, cometía un error. El fundamento jurídico 18 de la sentencia de 2014 afirmaba que los sindicatos minoritarios *debían* ser escuchados y sus propuestas integradas en forma activa dentro de la negociación a cargo del sindicato mayoritario, quien tendría —bajo esta particular óptica— “el deber de recibir todas las propuestas de las minorías sindicales y concertar de la mejor forma posible todos los intereses involucrados por las partes involucradas” (fundamento jurídico 18). Lo cierto es que el modelo de mayor representatividad no acoge esta creativa interpretación y existen buenas razones para ello. Incluso no parece que pudiese postularse a esta como una buena práctica sindical, habida cuenta de los frecuentes conflictos inter sindicales existentes y ciertas prácticas antisindicales desplegadas por (o a través de) sindicatos. El modelo de representatividad otorga más poder al mayoritario en un contexto en el que se prohíben las injerencias que también pueden practicar unas organizaciones de trabajadores respecto de otras.

El fallo del 2020 del TC confirma una serie de casos conocidos por el Alto Tribunal en donde un sindicato minoritario coexiste con otro mayoritario. Todos estos casos se resuelven con relativa simpleza: basta invocar las reglas explícitas sobre la *representatividad* del mayoritario y aptitud que los efectos de sus acuerdos adquieran eficacia general (*erga omnes*) debe dilucidarse únicamente por aplicación de una fórmula legal y reglamentaria existente hace más de tres décadas.

En opinión de Neves —recojida por Chinchay (2023, p. 10)— la causa objetiva de la diferente representatividad del sindicato mayoritario versus el minoritario radica en la capacidad de representar a todos, el primero y sólo a sus afiliados, el segundo. En ese sentido, el trato diferenciado impartido por la ley resultaría justificado.

El propio Comité de Libertad Sindical recuerda que el artículo 3, párrafo 5 de la Constitución de la OIT consagra la noción de “organizaciones profesionales más representativas”. En ese sentido, para el órgano de control no

resulta criticable que en un ordenamiento jurídico se trate en forma diferente al sindicato mayoritario y al minoritario, debiendo preservarse, en todo caso, que éste último pueda desplegar su propio programa de acción (Comité de Libertad Sindical, 2018, p. 98).

Apuntando a razones fundamentales, se ha señalado que el mecanismo de la verificación administrativa de la afiliación respectiva, la ausencia de procedimientos y reglas es un asunto sensible, pues la negociación colectiva con eficacia personal es uno de los pilares del sistema democrático de relaciones colectivas (Villavicencio, 2010, pp. 162-163). No es este el único modelo, aunque se verifica que siempre la autoridad administrativa tiene cierto papel en la certificación de la calidad mayoritaria de una organización de trabajadores a través del atributo de la mayoría.³

Un problema adicional es el criterio para determinar el momento en el que el sindicato mayoritario efectivamente reúne el atributo de la representatividad. Acertadamente, Quiñones sugiere que esta oportunidad debe entenderse con arreglo a la magnitud de afiliados de esa organización a la fecha de la presentación del pliego de reclamos (2018, p. 135). Está siempre abierta la posibilidad de que un representativo deje de serlo en cierto punto, bien por la dinámica de libre competencia que rige a los sindicatos en libertad como también por el hecho de que se ensayen estrategias ingenieras para afectar la fuerza negociadora de una organización a través de una forma de comportamiento antisindical: la promoción —expresa o velada— de la desafiliación.

Existen variadas lecturas sobre la relevancia del artículo 9 del TUO de la LRCT, que en todo caso parece ser tenida como regulación cardinal. Bien para hacer cumplir los criterios de representatividad como base para la extensión, o bien para discutir su aplicación con arreglo al modelo de pluralidad sindical. Como hemos afirmado antes, se debe situar a esta regulación en el centro del análisis sobre la naturaleza jurídica del acto de extensión de beneficios pactados con un sindicato minoritario. Sin embargo, ciertos estudios omiten a esta norma. Inclusive, se registra la opinión que niega la existencia de esta regla (Pasco, 2023, p. 287), aunque no está justificado porqué esto se interpretaría de esa forma, por lo que parece tratarse de una alegación errada.

3 Así ocurre, incluso, en un sistema industrial de características tan distintas al nuestro como en los Estados Unidos de Norteamérica. Consúltase en el trabajo del profesor Compa (2019, p. 30).

Un sector de la doctrina parece considerar a la regla contenida en el artículo 9 del TUO de la LRCT como elemento suficiente para explicar el diferente destino del ámbito subjetivo que puede tener el acuerdo: si universal en el ámbito o no. Así, Cárdenas sostiene que la prohibición del segundo tipo de extensión de beneficios se desprende de las reglas de la LRCT (2019, p. 43). En cambio, otros parecen sugerir que el artículo comentado plasma una regulación expresa en relación con la aptitud del sindicato mayoritario para extender los beneficios pactados, sin que necesariamente deba concluirse necesariamente que los minoritarios estén vedados de tal extensión. No otra cosa podría desprenderse de la posición adoptada por Toyama y Torres cuando razonan que el restringir que todos los trabajadores se beneficien de un acuerdo con un sindicato minoritario representa una expresión del modelo de unicidad sindical (2017, p. 293); aunque es preciso advertir que esto se ha sostenido en la doctrina no respecto de la representatividad, como sí del reconocimiento de sindicatos múltiples (Ermida, citado por Morgado, 2021, p. 65).

Parece inconveniente concluir que el artículo 9 enuncia contingentemente a la eficacia *erga omnes* del acuerdo con el sindicato mayoritario. El que no refiera a la extensión del minoritario no es una omisión que pueda integrarse con el principio dispositivo sino una expresión del modelo de representatividad democrática. Parece claro que, en abstracto, esta regla se articula al principio de autonomía colectiva promoviendo que una real capacidad de representar al universo de trabajadores pueda partir de un sindicato con un cierto porcentaje de integrantes del universo respectivo.

Encontramos que el atributo de la representatividad incorpora a un valor que sostiene la arquitectura de la pluralidad sindical y, por lo tanto, que el sindicato mayoritario sea el facultado a activar el deber de negociar del empresario resulta justificado.

3. Los actos antisindicales en su modalidad de discriminación indirecta y la cuestión de la extensión de beneficios

Se ha señalado que el sindicato de empresa es particularmente sensible a los actos de discriminación sindical por encontrarse a mayor disposición del ejercicio desviado del poder de dirección (Ermida, 2012, p. 55). La magnitud de una medida adoptada por el empleador puede medirse entonces respecto

de un ámbito afectado —que, dadas sus características, adquiere un perfil colectivo— y otro que se beneficia del trato impartido por el empleador. Aquí, la inintencionalidad de discriminar recae en el plano fáctico, lo que tiene una serie de consecuencias anotadas por la doctrina: desde enfoques probatorios tendentes al uso de estadísticas referidas a los grupos afectados por el presunto trato desigual hasta la posibilidad de adoptar enfoques en pos de la superación de desventajas históricamente consolidadas (Rodríguez-Piñero, 2022, p. 16).

La igualdad se comporta como un principio jurídico basal para el modelo del Estado social y democrático de Derecho: limita la arbitrariedad de quienes detentan poder y soporta la idea de la justicia social (Seco, 2017, pp. 68-69). Por esto, para determinar en nuestro sistema jurídico a la relación entre este principio y derecho material con el problema de investigación abordado, parece pertinente emplear el método jurisprudencial con atención en lo resuelto por el máximo intérprete de la Constitución, respecto de estos asuntos.

Una referencia trato desigual impartido a sindicalizados y no sindicalizados se puede rastrear en la resolución del 12 de agosto de 2005, cuando el Pleno del TC resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 28175. En el fundamento jurídico 23 se alude como ejemplo de discriminación directa a la concesión de mayores beneficios a unos trabajadores sobre otros, por su mera condición de no afiliados a una organización sindical.

Como recuerda la doctrina, “el derecho subjetivo a obtener un trato igual pretende evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias” (Eguiguren, 1997, p. 66). Entonces, la inconstitucionalidad del trato diferenciador lo es, precisamente, por consagrar tales arbitrariedades y consolidar una situación en donde un conjunto de individuos obtienen un beneficio antijurídico. No parece ser el caso de los convenios colectivos, que provienen de un producto con especial reconocimiento constitucional (que goza de “fuerza vinculante”) y se desarrolla de acuerdo a un proceso —la negociación colectiva— que es objeto de fomento. Todo esto conforme con el artículo 28 de la Constitución.

Podemos perfilar a la población sindical como una que, en contextos de minoría porcentual dentro del universo de trabajadores asalariados, merece una atención tutelar específica ante comportamientos que quizá no se muestren como comportamientos discriminatorios explícitos, pero que en su aplicación sí adquieran características antijurídicas por afectar al mandato de no discriminación.

La estadística da a entender que es, concretamente, un grupo que subsiste en un entorno particularmente complejo, muy a pesar del enfoque constitucional sobre la dimensión de lo sindical. En esa medida, el análisis de las decisiones empleadoras o los acuerdos que arriben con actores sindicales —inclusive, los propios sindicatos afectados— deben determinarse en función de la medida en que la extensión consiste en una decisión —de fuente unilateral o bilateral, dependiendo del caso— que se permite excluir a un grupo protegido, de forma específica, reportándoles un perjuicio explicado en el ejercicio del derecho constitucional de sindicación.

La atención a la magnitud de la medida y su capacidad de excluir de una decisión en el trabajo a un grupo de personas de un grupo jurídicamente protegido nos recuerda a la doctrina del impacto adverso —*disparate impact*— que se concibió en 1971 cuando la Corte Suprema Norteamericana resolvió el caso *Griggs v. Duke Power Company*, utilizándolo como prueba para evaluar prácticas de reclutamiento de personal bajo criterios que, si bien son técnicamente neutros, afectan desproporcionadamente a los miembros de un colectivo discriminado (Otero, 2022, p. 270; Balta, 1996, pp. 118). Se ha reseñado acertadamente que la construcción de esta técnica varió el enfoque, desplazándolo desde una cuestión subjetiva (la intención de discriminar hacia una de tipo objetivo (la existencia de políticas que generan el efecto discriminatorio), facilitando así que los trabajadores ganen juicios antidiscriminatorios y, de otro lado, obligando a los empleadores a considerar si sus políticas podrían generar efectos discriminatorios sobre colectivos protegidos (Cohen, 2021, p. 199). Si bien se trata de un enfoque sobre la fase de la contratación laboral, ha servido como criterio inspirador para el desarrollo de la discriminación indirecta y, en particular, puede extrapolarse a casos como éste, donde el comportamiento antijurídico discriminatorio se materializa dentro de la relación de trabajo.

Respecto de ambas dimensiones de la discriminación, ya en el ámbito internacional se hizo un enfático recordatorio a las funciones públicas —jurisdiccionales o administrativas— sobre la necesidad de garantizar que los trabajadores y sus representantes gocen de adecuada protección en el empleo contra todo acto de coacción o de discriminación, directa o indirecta, tendiente a menoscabar el ejercicio de su libertad sindical (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2021, p. 31). Así, para el órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano, ha

sido importante referir de forma explícita a la discriminación indirecta, que obra de forma subyacente, en el Convenio 98 de la OIT.

Esta precisión es muy importante. Más allá de que existan comportamientos explícitamente antisindicales, se debe tener en cuenta que en la práctica forense se observa esta forma especial de discriminación como manifestación típicamente indirecta. Esto puede obedecer a muy diversas razones, pudiendo presentarse combinadamente cuestiones dentro del pudor comercial (ante el posible descrédito que pudiese surgir tras hacerse conocidas las prácticas antisindicales), para ocultar comportamientos de mala fe en las relaciones sindicales (que pudieran ser tomados como base para pretensiones jurídicas que van desde la imputación causal del arbitraje potestativo hasta la acción por daños y perjuicios) o por el temor de las consecuencias económicas (las que pudiera imponer la Autoridad de Trabajo o las que provienen de un contratante externo que exige el cumplimiento de los derechos fundamentales en el trabajo dentro de su cadena de valor).

Pues bien, un argumento usualmente esgrimido a favor de las prácticas del empleador para evitar que los sindicalizados “cierren el paso” al resto de trabajadores a ser tratados con igualdad cuando las condiciones de empleo se basa en el conflicto entre la libertad sindical y el derecho a no ser tratado con discriminación. La cuestión central a ser resuelta es si la Constitución permite esta diferenciación de trato o si ella es adoptada por un poder privado (en este caso, el del sindicato pactante), frente al cual el poder privado del empleador —convengamos: uno prevalente en el espacio de trabajo— pudiera adoptar algún recaudo, también con base constitucional, para atender a la situación de los no sindicalizados.

En perspectiva, este argumento debe examinarse para determinar si cabe sostener la legalidad de alguna forma de discriminación inversa, orientada a permitir a los no afiliados equiparar su tratamiento jurídico laboral con aquellos que forman parte de un sindicato. No obstante, no podría reconocerse a esta como una acción afirmativa, en tanto que no se observa que los no afiliados pertenezcan a un conjunto de individuos que enfrenten situaciones estructurales de discriminación que deban superar. No sería la extensión de beneficios sobre este universo —ajeno al ámbito de aplicación subjetiva del convenio aplicable— una operación legítima. No se trata de un colectivo que se defina como necesitado de una medida que se oriente a superar obstáculos que impidan la materialización

de la igualdad ante la ley o su aplicación ni formas de intervención que posibiliten un mejor acceso a derechos (Eguiguren, 1997, p. 69). En rigor, se trata de una pluralidad de individuos que pueden elegir la sindicación, pero deciden no hacerlo, o que tienen temor (más o menos fundado, en cada caso) de las consecuencias adversas que les represente el ejercer este derecho o simplemente desconocen de la posibilidad de ejercer acción sindical. Tampoco se descarta que en ese colectivo hayan quienes ignoren de la sindicación o su utilidad.

Por otro lado, debemos notar que resulta común que el comportamiento antijurídico busque ser ocultado por su perpetrador. Invocaciones a la neutralidad del poder de dirección o a la protección de los intereses tutelables de los no sindicalizados han sido argumentados —como hemos pasado revista— en ese sentido. Nada de nuevo tiene esto, razón por la que la teoría del Derecho del Trabajo ha motivado la objetivización de esta forma especial de discriminación, que incluye a un elenco amplio y variado de comportamientos caracterizados por perjudicar indebidamente a un titular —individual o colectivo— de los derechos sindicales en el ejercicio de esa actividad o a causa de ésta (Ermida, 1987, pp. 41-42).

366

El rol del Comité de Libertad Sindical, en ese sentido, se ha caracterizado por su relevancia conceptual y su rigor para calificar comportamientos discriminatorios del empleador por razón del ejercicio de la actividad sindical por parte de sus trabajadores (Rodríguez-Piñero, 2022, p. 12). Estos criterios deben ser contemplados, inclusive, para enjuiciar comportamientos aparentemente tolerados por el mismo órgano de control de la OIT, como se verá más adelante.

4. La fuerza vinculante del convenio colectivo de trabajo

Lo típico y lo atípico en materia de eficacia personal del convenio colectivo de trabajo lleva a entender que mientras que dicha fuente suele ser un instrumento aplicable a los afiliados a la organización sindical pactante, bajo ciertas condiciones, el acuerdo puede extenderse a sujetos que no están afiliados al sindicato. Es más, entre ellos pudiera existir alguna persona que no desee jamás formar parte del grupo de afiliados al sindicato o que nunca jamás forme parte de alguna organización de trabajadores (ejemplos éstos de ejercicio de la libertad sindical negativa, en sentido estricto). Pero igual, de cumplirse las condiciones específicas, el acuerdo les será extensible.

Esta muy interesante cuestión sobre la libertad individual y las imposiciones colectivas provienen de la configuración del modelo de relaciones laborales. Los artículos 23, 28, 58 y 59 de la Constitución reportan un contenido cuya lectura sincronizada sugiere que la sindicación compone al modelo de la economía social de mercado en un entorno democrático. Esto impone que las organizaciones sindicales sean entendidas como agentes de intermediación de intereses dentro de un contexto que intersecta a varios valores relevantes para la Constitución. Así, debe entenderse que el rol autónomo desempeñado por estas organizaciones resulta congruente con la configuración de relaciones colectivas de trabajo con regulaciones razonables, determinadas en procesos significativos de diálogo social.⁴

Consecuentemente, una mirada sistemática a las regulaciones de rango constitucional debe tener en cuenta que el empleador, como centro de imputación de responsabilidades laborales, está sujeto de forma positiva y negativa a varias obligaciones derivadas de esa posición jurídica. Debe evitar que el ejercicio de su poder privado altere el ejercicio de los derechos constitucionales derivados de la libertad sindical o que, en términos del Convenio núm. 98 de la OIT, cometa actos de injerencia o participe de ellos, de alguna forma, directa o indirecta. De otro lado, se encuentra vinculado, positivamente, a deberes relacionados a la negociación colectiva.

En lo que respecta a la eficacia personal del convenio colectivo, existen reglas que se refieren a la posibilidad de la extensión de los convenios a sujetos atípicos: los no sindicalizados. Como se ha visto, las primeras son reglas de representatividad del órgano representativo de trabajadores pactante —si es mayoritario, por vía de la afiliación de los más entre aquellos concernidos en el ámbito o por la coalición de dos o más organizaciones que logran dicha condición— y otras reglas están referidas al convenio colectivo como producto jurídico con eficacia especial. En este apartado, prestaremos atención al segundo tipo de reglas, habida cuenta de lo tratado en el punto anterior, respecto del primer conjunto de ellas.

4 Asimismo, este marco ordena que, cuando resulta necesario, el Estado adopte una actitud promocional para la superación de las desigualdades, pero que no cometa injerencias indebidas dentro de este ámbito. En este trabajo nos enfocaremos en el abordaje garantista antes que el promocional, sin dejar de lado que esta expresión resulta fundamental desde la identificación de los sindicatos como una expresión del pluralismo social y económico (Villavicencio, 2002, p. 211).

La Constitución atribuye al convenio colectivo la “fuerza vinculante”, que —en opinión de la doctrina— ofrece una perspectiva clara en relación con el componente normativo y el atributo de la fuente de Derecho (Boza [1989], citado por Neves, 2024, p. 33). Es una fuente especial del Derecho Laboral: representa a una forma especial de autonomía privada que se busca privilegiar, como es la autonomía colectiva, de naturaleza bilateral y necesariamente arreglada a los márgenes que otorgan las normas imperativas.

Es preciso tener muy en cuenta que los convenios colectivos son acuerdos que vertebran regulaciones privadas dentro del sistema de relaciones laborales, un sistema donde otras regulaciones públicas y privadas coexisten. Respecto de las primeras, existe un deber de respeto del bloque de legalidad existente (sin perjuicio del deber estatal de fomentar a la negociación colectiva como proceso deliberativo para arreglar los contratos colectivos); mientras que respecto de las segundas (otros contratos individuales, así como el poder normativo del empleador) el deber constitucional de fomento del proceso dialéctico asigna a su producto, el convenio colectivo, un rol prevalente.

Estos últimos instrumentos (acuerdos individuales entre el empresario y sus trabajadores o el ejercicio unilateral del poder normativo del empleador) representan un riesgo permanente para el régimen del valor constitucional de la fuerza vinculante del convenio colectivo. La doctrina sostiene que la inderogabilidad *in peius* de las cláusulas del convenio colectivo demanda una “tutela jurídica superior a la función normativa del convenio colectivo respecto de esa misma función desarrollada por el contrato de trabajo” (Valdés, 2004, p. 30).

Ciertamente, al acordar un convenio colectivo, las partes fijan determinados parámetros contractuales. Las cláusulas expresan y, en buena fe, dejan entrever la intención de las partes con respecto al ámbito objetivo de lo acordado (condiciones vinculadas al qué se acuerda y cómo se procedimentaliza su cumplimiento), el ámbito temporal (el lapso en el que se ejecutan los acuerdos) y el ámbito subjetivo (a quienes se le extienden determinados beneficios). Las condicionalidades que afectan a estos ámbitos son determinadas por las normas estatales y por el principio dispositivo.

En particular, para el tema que nos interesa en este trabajo, el ámbito subjetivo del convenio colectivo también está afectado por la fuerza vinculante del instrumento, un plus jurídico a la mera conceptualización de esta fuente como

contrato entre privados. Como bien recuerda Valdés —al indagar sobre este tema en los propios orígenes del Derecho del Trabajo— en el nivel de empresa la cuestión estuvo alejada de los debates sobre la extensión personal de los efectos del contrato colectivo sobre los individuales, cuando los pactantes eran el empresario y una representación social de los trabajadores a su servicio (2004, pp. 32-33).

En todo caso, la discusión sobre la extensión de beneficios de los minoritarios se debe estimar considerando el rol histórico de esta fuente del derecho del trabajo, construido desde fundamentos protectores. En cambio, un enfoque puramente civilista sobre el convenio colectivo no puede ser útil para abordar la extrapolación de los beneficios contemplados en cláusulas normativas de eficacia limitada hacia situaciones jurídicas no regidas por dicho convenio colectivo. Por ello, ni la libertad de contratación ni la libertad de empresa se pueden sostener como criterios útiles en la exploración de fundamentos para esta operación, máxime en un sistema jurídico en donde la fuerza vinculante del convenio colectivo ha sido consagrado constitucionalmente, como es el caso de Perú.

En ese sentido, la regla consagrada en el artículo 42 del TUO de la LRCT debe interpretarse sincronizadamente con la ya analizada del artículo 9 del TUO de la LRCT. Se define, entonces, al ámbito subjetivo del convenio colectivo en términos relativos a la representatividad del producto, obligando a las partes suscriptoras, a las personas en cuyo nombre se celebró y a quienes les sea aplicable, como reza la ley. Sin hacer alusión explícita a este marco jurídico, el Decreto Supremo núm. 14-2022-TR añadió al Reglamento de la ley la prohibición al empleador de extender los efectos de la convenio y me parece que esta adición —reiterativa de lo que se desprende ya del artículo 9 del TUO de la LRCT— se fundamenta también en la fuerza vinculante predicada sobre la dimensión subjetiva del convenio colectivo, que impide al empresario efectuar operaciones que trastoquen el diseño de las reglas de representatividad, vinculadas al régimen democrático de pluralidad sindical.

5. La dimensión salarial de la facultad organizativa del empleador como escenario típico de las tensiones propias del ejercicio del poder normativo empresarial y los derechos sindicales

Quizá el caso que menores dificultades conceptuales ofrece es el de la extensión unilateral del empleador de los beneficios derivados de un acuerdo con el sindicato minoritario. El comportamiento unilateral parece encontrar justificación, dentro de los estándares argumentativos empleados por la Corte Suprema de Justicia de la República, en dos supuestos: (i) la autorización que un sindicato otorgue a su empleador para extender los efectos del convenio colectivo a los demás trabajadores, de forma abierta; o (ii) en la configuración de beneficios más favorables por la operación de la extensión unilateral. Cárdenas ha subrayado que se habría construido una regla general prohibitiva (2019, p. 46).

Preguntas operativas pueden desprenderse del planteamiento aprobado por el Alto tribunal en 2019: ¿un sindicato puede autorizar al empleador a hacer aquello que la ley ha impedido? Si la respuesta fuera sí, claramente necesitará una suficiencia argumentativa para advertir que dicha autorización es compatible con la regla, digamos, a través de la invocación a principios y derechos fundamentales pertinentes para resolver la aparente colisión.

Una pregunta adicional surge, en vista de la pragmática conocida de las relaciones laborales domésticas: ¿Este criterio contempla u omite la existencia de organizaciones de trabajadores que son afines a los intereses de empleadores? Al no haberse contemplado ningún criterio que absuelva esta cuestión, tal falta de previsión no puede sino resultar en un déficit de motivación que peligrosamente podría ser adoptado por algún órgano que deba administrar justicia.

En sentido estricto, un caso de extensión unilateral de los beneficios del convenio colectivo supone un hecho donde el poder privado del empresario se estaría usando de manera tal que al sindicalizado se le trataría de forma menos favorable por una razón legalmente prosrita para generar distinciones en el trato impartido dentro de las relaciones de trabajo. No debemos olvidar que esta forma de trato diferenciado recae sobre un motivo prohibido de forma evidente. Como cita Balta, la Corte Suprema Norteamericana ha calificado a este tipo de discriminación —en donde el motivo prohibido salta a la vista— como la “más fácilmente entendible” (1996, p. 117), a diferencia de la discriminación indirecta.

No es vano recordar que las facultades organizativas que forman parte del poder de dirección pueden, sin que haya lugar a dudas sobre esto, generar efectos discriminatorios (García, 2022, p. 93). Por esto, contra lo que se ha argumentado —entre otros, consúltense los trabajos de Cornejo (2023, p. 263) o Pasco (2023, p. 263), aparecidos en números pasados de esta revista—, no resulta compatible con el mandato de no discriminación el que un empleador se permita excluir a los sindicalizados de sus instrumentos de gobernanza salarial. No constituye un trato diferenciado legítimo por dos razones: no ampara a un conjunto de sujetos históricamente protegidos y, precisamente, posterga a quienes sí componen a un grupo protegido. Por lo demás, no parece conceptualmente riguroso depositar en manos del ente frente al cual el órgano sindical ejerce funciones representativas-defensivas el asignar criterios compensatorios en beneficio de quienes, mediando el ejercicio de la libertad sindical negativa o sin él, no se encuentran sindicalizados.

Llevado el argumento de la discriminación positiva a favor de los no sindicalizados a sus consecuencias últimas, cabría deducir que bastaría el poder privado del empleador para ofrecer mayores compensaciones a quienes no requieren de licencias por maternidad, ya que —permitiéndonos extrapolar los argumentos que venimos criticando— las madres trabajadoras ya resultaron agraciadas por dicho beneficio. Tampoco resultaría atendible el caso de un empresario que, movido por una genuina preocupación por el trato igualitario, busque ofrecer políticas preferentes de reclutamiento de personas sin discapacidad alguna, habida cuenta de la cuota de empleo que ya beneficia a las personas que componen a dicha población vulnerable. Como se ve, no parecen existir razones jurídicas convincentes que justifiquen estas prácticas, como tampoco las hay para descuidar que, como bien recuerda Miguel Rodríguez-Piñero la tutela discriminatoria laboral originaria se centró en los actos antisindicales, por producirse principalmente éstos comportamientos dentro de los lugares de trabajo (2022, pp. 12-13).

Por tanto, resulta necesario advertir que el poder privado del empleador está vedado para producir tal efecto —a través de la operación de la extensión de los beneficios pactados con un sindicato minoritario o a través del acuerdo con el propio sindicato— desde el reconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores como límite externo del poder de dirección.

La antijuridicidad del comportamiento unilateral de extensión del mismo beneficio, de un beneficio análogo —analizable en su cuantía, oportunidad y universo subjetivo desde la primacía de la realidad— se postula desde la utilización de un criterio de diferenciación históricamente significativo. Se suele incluir en los listados de motivos históricos de trato peyorativo que pueden ser discriminación a la actividad sindical. En ocasiones, se alude al acto de la afiliación como detonante del trato discriminatorio (Otero, 2022, p. 268). De esta forma, el Sistema Jurídico atiende al trato desigual vedado que estas medidas procuran por razón de la sindicación, un motivo de postergación histórico para las relaciones laborales y, por tanto, discriminatorio.

De otro lado, observamos que la cláusula del convenio colectivo por la que se extiende cierto beneficio acordado entre el empresario y un sindicato minoritario y que termina afectando a un tercero (otro sindicato) podría verse afectada en su validez desde la propia teoría del negocio jurídico. Es así como podemos encontrar fundamentos normativos consistentes para predicar su anulabilidad: un sindicato afectado por la extensión pactada entre el empleador y otro sindicato minoritario podrían invocar la aplicación sincronizada de los artículos 221 —inciso 3— y 190 del Código Civil, para solicitarse ante el Juez que se anule el acuerdo.

Considerando esta entrada desde la teoría del negocio jurídico, destacada doctrina laboralista ha argumentado en un sentido que nos parece perfectamente aplicable a la dimensión de las relaciones colectivas. Así, el acuerdo entre un sindicato y una empresa puede verse afectada por el efecto nulificante que una decisión judicial extienda sobre dicha operación contractual cuando ella oculte otro negocio jurídico que perjudica a terceros. De esta forma, el acto jurídico simulado para ocultar otro será afectado de nulidad; mientras que el negocio disimulado será anulable bajo la acción del tercero interesado (Toyama, 2012, p. 469). En consecuencia, ante la vía del proceso laboral, el sindicato afectado por la extensión acordada por el empleador y otro sindicato minoritario podrá accionar la anulación del acuerdo de extensión, sin perjuicio de otras pretensiones (como, por ejemplo, la eventual responsabilidad civil por esta operación).

Por último, también debemos referirnos a la invocación, por parte del VIII Pleno de 2019, a un criterio habilitante para la extensión unilateral: la mayor favorabilidad de los beneficios otorgados por el empresario.

6. La extensión como acto de injerencia.

Una conjugación de criterios sentados por el Comité de Libertad Sindical puede ofrecer claridad sobre la presencia de la exclusión de los afiliados al sindicato de medidas adoptadas durante el empleo que comporten, entre otros actos perjudiciales, a la postergación y a cualquier acto de represalia contra quien ejerce actividades sindicales. (Comité de Libertad Sindical, 2018, p. 208). Así, en una de las sumillas sobre sus decisiones, el órgano de control sostiene lo siguiente.

1099. El otorgamiento de gratificaciones al personal no afiliado a la organización sindical – aun si no es a la totalidad de los trabajadores no afiliados – excluyendo de ellas a todos los trabajadores afiliados en momentos que existe un conflicto colectivo, es un acto de discriminación antisindical contrario al Convenio núm. 98. (Comité de Libertad Sindical, 2018, p. 209).

El caso analizado por el Comité es uno en donde la privación de los trabajadores sindicalizados de pagos fue sintomático de un comportamiento antisindical adoptado por el empleador. Sobre el particular, el órgano de control internacional consideró que “los actos de acoso e intimidación perpetrados contra los trabajadores por motivo de su afiliación sindical o de sus actividades sindicales legítimas, aunque no impliquen necesariamente perjuicios en su empleo, pueden desalentarlos de afiliarse a las organizaciones de su elección, lo cual constituye una violación de su derecho de sindicación” (Comité de Libertad Sindical, 2012). La potencialidad del daño es un asunto crítico aquí pues, con razón, se requiere de estándares de comprobación que permitan discernir en el contexto la comisión del acto antijurídico. Sin embargo, es preciso distinguir al ánimo de causar mella en el sindicato de la objetividad del reproche jurídico por tal situación.

La doctrina también ha prestado atención al asunto. Es muy reconocida la posición de Ermida en torno a la irrelevancia de la intención del agente que comete el acto antisindical cuando se evidencian los efectos contrarios a la sindicación deriva, de forma necesaria, en una inversión de la carga de la prueba (1987, p. 71). Por su parte, Paredes se pregunta si acaso la extensión no resulta en un desincentivo al ejercicio de la libertad sindical (2011, p. 199), atribuyéndole una connotación negativa desde su potencialidad.

Para otros, se requiere una prueba de la afectación de la libertad sindical. Por ejemplo, Toyama y Torres sostienen, con base en un criterio del Comité

de Libertad Sindical, que la extensión implica una potencialidad de daño al sindicato, por poderse promover la desafiliación. Así, concluyen que “la OIT no es determinante en asegurar que existiría una afectación a la libertad sindical en caso se extienda el convenio colectivo a los no afiliados” (2017, p. 294). Los autores pierden de vista, sin embargo, que la supervisión practicada por el órgano de control internacional se practica contra la actividad del Estado, razón por la cual el Informe Definitivo se dirige, en ese caso, al gobierno del Perú para exigirle que asegure de que los convenios individuales ofrecidos por la empresa a los trabajadores no sindicalizados no impliquen discriminaciones con respecto a los afiliados a un sindicato minoritario (Comité de Libertad Sindical, 1997).

Como se aprecia, la situación antijurídica creada por la extensión de los beneficios pactados por un empleador con un sindicato minoritario ha sido puesta en debate. El Tribunal Constitucional, dentro de un caso en el que se quiso proteger a la libertad sindical de la práctica de la extensión de beneficios a través de un proceso de amparo, razonó que no estaba probado que quienes resolvieron desafiliarse del sindicato tras la extensión de beneficios sea una consecuencia del incremento salarial operado sobre los trabajadores no sindicalizados.

374

Lo que observamos es que parecen confundirse algunas cuestiones en este punto. Es preciso observar que la desafiliación no es el único daño posible y por ende no necesariamente debe verificarse para comprobar la existencia del acto antisindical. No es lo mismo el daño producido por el acto de injerencia que uno de sus efectos, entre tantos otros, como puede ser la decisión de un número de trabajadores sindicalizados de desafiliarse a la organización. Por lo tanto, un comportamiento como la extensión de los beneficios derivados de un convenio colectivo con un sindicato minoritario no debe, indispensablemente, originar la desafiliación. Cuando ella se produzca y pueda determinarse con prueba, los órganos jurisdiccionales o administrativos podrán emplear esa evidencia como un elemento de comprobación de la hipótesis del comportamiento antisindical. Pero, podemos admitir de forma pacífica que ciertamente existirá un acto de injerencia sin que se requiera de ninguna desafiliación cuando la antedicha extensión origina malestar de los afiliados respecto a la junta directiva (por no evitar los actos antisindicales anotados).

¿Por qué el resultado del último ejemplo constituye un resultado jurídicamente censurable? Un órgano que administra justicia ante este tipo de casos

requiere aterrizar su análisis en una cuestión importante: no es imperativo establecer un juicio causal sobre el comportamiento desplegado por el empresario y su resultado. Por el contrario, basta que el comportamiento pueda ser encuadrable en un acto de injerencia, típicamente prohibido por el artículo 2 del Convenio 98 de la OIT, convenio fundamental del sistema internacional de derechos humanos laborales que, además, goza de nivel constitucional dentro del Derecho peruano.

El Comité de Libertad Sindical —cuya pragmática tiene relevancia constitucional por razones ya abordadas en este trabajo— expone, sobre las injerencias vedadas, que ellas pueden operar sobre la constitución, funcionamiento o la administración de los sindicatos, y que, entre las diversas formas de injerencia conocidas, está la asignación de prestaciones que procuran afectar la subsistencia de negociaciones colectivas futuras (Comité de Libertad Sindical, 2018, 227 y 230). El propio órgano debió exhortar a un gobierno para que evitase que los empleadores debiliten las organizaciones sindicales con medidas tendentes a menoscabar el universo de trabajadores que pueden ejercer, efectivamente, la libertad sindical (Comité de Libertad Sindical, 1991).

Entonces, la apreciación de la pragmática internacional nos es útil para determinar que los actos de injerencia, vedados por el Convenio 98 de la OIT, adquieren significancia por su aptitud. Entonces, un juzgador que debe resolver sobre la existencia de un acto antisindical aquí debe examinar los hechos estableciendo un nexo causal esencial entre el comportamiento específico —la extensión de beneficios pactados con un sindicato minoritario a quienes no están afiliados a dicha organización— y la intromisión en la esfera jurídica del sindicato. No es necesario establecer un nexo causal entre el comportamiento y el daño (nexo causal complementario y meramente contingente) para la determinación del acto antisindical. Sin embargo, en el ámbito de la responsabilidad civil, este daño sí debe ser estimado desde la prueba correspondiente.

IV. ALGUNOS CASOS PRÁCTICOS

A lo largo de este trabajo hemos analizado el estado de cuestión jurisprudencial y se han examinado los argumentos esgrimidos en el debate existente, incluyendo los que a juicio del autor constituyen los trabajos más citables (por su rigor conceptual o por la visibilidad de los artículos o por haberse incluido

en números pasados de esta misma revista). Ahora debemos poner a prueba los criterios en un caso hipotético. Pretendo exponer que las reglas que afectan la eficacia subjetiva del convenio colectivo pactado con el sindicato minoritario podrían ceder ante un cuidadoso balanceo con otros fines constitucionalmente valiosos que puedan impactar en los derechos fundamentales.

Imaginemos un caso donde un sindicato minoritario (*m*) acuerda con el empresario un convenio colectivo que incluye, entre ciertos beneficios, a los siguientes: (i) el incremento de la remuneración en 1%; (ii) el otorgamiento de un bono por cierre de pliego. Una cláusula obligacional del convenio colectivo establece lo siguiente: “Las partes acuerdan que la cláusula referida al incremento de la remuneración en 1% será otorgada, durante el presente ejercicio, a los trabajadores no sindicalizados”.

Ya en el caso, podemos asumir que “*m*” promueve esta extensión subjetiva con propósitos divulgativos, para fomentar que otros sujetos —no sindicalizados— conozcan y experimenten los beneficios de la sindicación de forma directa. Estaría en la expectativa de esta parte contratante el que se incremente su tasa de afiliados dentro de su ámbito de operaciones. El empleador, por otro lado, aceptaría esta fórmula en el entendimiento de que no es un coste desproporcionado y que ello puede contribuir a una lógica de paz industrial.

Un caso de este tipo nos lleva a examinar la legalidad del acuerdo, examinando los valores constitucionales detrás de la causa jurídica existente: el fomento de la actividad sindical. Esto se comportaría como un parámetro en donde habría que evaluar al valor de la libertad sindical en contexto: ¿hay otros sindicatos eventualmente afectados por la medida? ¿existe, no un sindicato con personería gremial como sí un movimiento de un número de trabajadores interesado en constituir un sindicato? En estos casos actúa la garantía constitucional de la libertad sindical (inciso 1 del artículo 28 de la Constitución), conjugadamente con la prohibición de injerencia del Convenio 98 de la OIT.

De esta forma, si no existiese otro sindicato y si además no se cuenta con un grupo de trabajadores que se encuentre desplegando medidas para conformar una organización de trabajadores, entonces la operación concertada entre “*m*” y el empresario podría ser examinada dentro del marco constitucional para determinar su legitimidad. Realmente, pienso que nos encontraríamos ante un comportamiento tendente a plasmar normas significativas relacionadas con la

libertad sindical. En este supuesto, cabría examinar entonces la compatibilidad de la regla contemplada en los artículos 9 y 42 de la LRCT en tanto consagran al mayoritario como ente apto para la extensión de beneficios. En pocas palabras, resultaría procedente un análisis que enjuicie la proporcionalidad de la restricción impuesta a los sujetos pactantes: *m* —único sindicato del ámbito, sin que exista ninguna otra organización que esté siguiendo los pasos para obtener la personería gremial— y a su empleador.

Entonces, siempre desde mi perspectiva, ciertas condiciones deben reunirse para que la extensión pueda ser convalidable. En concreto, cuando se supere un típico *test* de proporcionalidad, cuyos linderos se esbozan a continuación como parte de la aportación metodológica que este artículo busca procurar para los órganos judiciales y administrativos que tienen a su cargo motivar en relación con este tipo de casos.

En primer lugar, la finalidad de la medida debe ser legítima, por promover la afiliación sindical a *m*, precisamente. En ese sentido, no debe dejarse de lado que el sindicato debe ser uno que obra en libertad sindical, esto es, no podría constituir una organización “títere” del empleador —empleamos aquí el término usado por el Comité de Libertad Sindical— y en su autonomía busca un acuerdo de extensión por resultar conveniente para promover la afiliación de las personas concernidas en el ámbito. La idoneidad de la medida puede explorarse desde la articulación de este acuerdo, si bien controvertido, anclado en la cláusula constitucional de fomento de la negociación colectiva. Así, la autorización a extender beneficios como acto de publicitación dentro del ámbito relevante para el sindicato parece adecuado, a la vez que menos restrictivo que otras medidas de fomento de la sindicación. Además, podemos asumir que su eficacia pudiera llegar a ser significativa.

Creo que, dentro del plano de la evaluación de la legitimidad del fin, debe determinarse con precisión que en el ámbito donde se producirá la extensión no existe otro sindicato ni movimiento tendente a conformar una organización de trabajadores o acción tendente, por parte de algunos, a afiliarse a otra de ámbito distinto al de empresa. De lo contrario, esperaríamos un acto de injerencia concertado entre el empresario y el sindicato pactante contra ese sindicato o “proto sindicato”.

Es esperable que el acuerdo de extensión que venimos ejemplificando sea percibido con características realmente excepcionales, lo que abona a que el ejemplo proporcionado supere al juicio de proporcionalidad *strictu sensu*, a fin de que el diseño del modelo de representatividad en un contexto de pluralidad sindical no se vea trastocado de forma significativa. Por tanto, no es un pacto cuya repetición pueda encontrar justificación ni respecto de la misma cláusula ni de otras que pudieran conformar el convenio colectivo. Si se permitiese la extensión sucesiva de diversos acuerdos resultaría difícil discernir un comportamiento antijurídico en la suma de estas extensiones.

En adición, creo que sería deseable que se exprese la voluntad expresa de los pactantes, para determinar las condiciones indispensables para su legalidad. Desde la existencia de elementos que permitan establecer el objeto de la contratación y, eventualmente, las prestaciones recíprocas alrededor de este tema, lo que permitiría examinar de forma sistemática a la funcionalidad del acuerdo: bien para promover la afiliación sindical o bien para fines que puedan tildarse de antijurídicos.

En cambio, un caso donde este no sea el único sindicato minoritario, hace esta operación más crítica desde un enfoque constitucionalmente informado, alterando significativamente los cuadrantes en los cuales los pactantes acuerdan la extensión, desplazándola del terreno de lo viable a lo antijurídico.

Imaginemos ahora que el sindicato minoritario pactante no es el único existente. Esta organización (*m1*) acuerda con el empresario un convenio colectivo que incluye semejantes beneficios a los tomados en el ejemplo anterior. Ambas partes acuerdan la extensión de un beneficio económico a todo el universo y se expresa una razón pretendidamente articulada con la Constitución: fomentar la actividad sindical. El problema es que no es el único sindicato existente en el ámbito. Otro sindicato minoritario (*m2*) acaba de obtener, el día de hoy, su personería gremial, tras seguir el trámite administrativo. En este supuesto el pacto de extensión resulta abiertamente objetable, pues afecta a un universo de otra organización minoritaria existente dentro del ámbito. Cualquier intención deliberada de favorecer a la sindicación respecto de *m1* se estrella ante la existencia de otro que, conforme con el modelo de pluralidad sindical, también merece la tutela de la garantía de la libertad sindical.

El reciente caso expone lo crítico de la práctica de la extensión del ámbito subjetivo del convenio colectivo. Una observación aguda frente al caso anterior se plantearía si, por ejemplo, llegaríamos a la misma conclusión si un grupo de trabajadores se encontrase en proceso de conformar un nuevo sindicato y los interesados en afiliarse a esa nueva organización se les extendiesen los beneficios. Seguramente que en tal supuesto la misma razón resulta justificante, aunque quizá resulte necesario determinar la prueba de los actos tendentes a conformar la nueva organización para que pueda invocarse a la tutela contra actos antisindicales, a través de la prohibición de injerencia, específicamente.

Otro supuesto, del que tuve alguna vez noticia, puede servir también para ejemplificar los temas tratados en este artículo. Supongamos que una empresa pacta con un sindicato minoritario (*m*) un convenio colectivo, incluyendo un cláusula en la que se adjudicará a sus afiliados una bonificación por cierre de pliego de mil soles y otra en donde esta organización de trabajadores admite que el empleador puede extender beneficios, “conforme con su poder de dirección”. El empleador, posteriormente, otorga una gratificación extraordinaria en un monto casi equivalente al de la bonificación por cierre de pliegos: novecientos soles. Este monto se extendió al 89% de los no afiliados e incluye, en esta entrega, a dos de los afiliados al sindicato minoritario. Si bien el citado acuerdo ya resultaría anulable por su incompatibilidad con el régimen establecido dentro del modelo de pluralidad y mayor representatividad la haría anulable, la medida de extensión de estos beneficios resultaría censurable, además, por impactar desfavorablemente sobre el universo de sindicalizados, para lo cual debemos acudir a la discriminación indirecta que hemos reseñado.

V. CONCLUSIONES

El modelo legal peruano acoge un sistema de relaciones colectivas laborales, donde las reglas de representatividad se vinculan a la mayoría y minoría. Pasar por alto esta configuración puede no solo hacer peligrar las bases sustancialmente democráticas, sino prolongar las condicionantes adversas que afectan a la tasa de afiliación sindical dentro de nuestro medio. El papel de los sindicatos, conforme con la Constitución laboral impone que se evalúen los comportamientos aparentemente neutros que afectan la garantía de la libre sindicación.

Resulta imprescindible que los órganos llamados a administrar justicia en casos de extensión de beneficios pactados con sindicatos minoritarios contemplen en la motivación de sus decisiones a una dimensión seria de los derechos a la no discriminación, la libertad sindical positiva y negativa y los límites del poder privado del empleador. Esto es más urgente pues, conforme con nuestro diagnóstico, los pronunciamientos más significativos del periodo reciente que provienen de la judicatura vienen incurriendo en vicios de motivación aparente e insuficiente respecto de los contenidos de las citadas instituciones jurídicas. Creemos que los órganos judiciales y administrativos deben cumplir con mayor rigor el deber de adoptar decisiones razonadas, expresando con rigor la justificación adecuada de sus resoluciones para así evitar que los sesgos ideológicos, las falacias argumentativas o cualquier otra razón vicien la garantía constitucional de motivar tales decisiones.

En este trabajo hemos ofrecido algunos elementos conceptuales y metodológicos para examinar casos donde se ha puesto a prueba la tesis de la prohibición absoluta de extensión y la del permiso al empleador para extender beneficios. Como resultado de esta evaluación jurídica, la primera tesis ha sido acogida, aunque con una importante matización: el caso del sindicato minoritario que acuerda la extensión de un beneficio bajo una lógica excepcional y con fines tendentes a promover la afiliación al sindicato.

BIBLIOGRAFÍA

- Balta, José (1996). El impacto adverso. *Thémis*, pp. 117-124. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11837/12405>
- Boza, Guillermo y Briones, Joaquín (2024). La eficacia personal del convenio colectivo de trabajo: Idas y venidas sobre la extensión unilateral del convenio colectivo a los trabajadores no sindicalizados. *Ius et veritas* (69), pp. 70-86. https://revistas.pucp.edu.pe/public/documentos/iusetveritas/revista_ius_veritas_69-1.pdf
- Cárdenas, Ernesto (2019). Prohibido prohibir. La extensión de convenios colectivos celebrados con sindicatos minoritarios. *Análisis Laboral. Dossier Aele negociación colectiva*. Aele. <https://www.estudiorodrigo.com/wp-content/uploads/2020/03/ERNESTO-CARDENAS-Análisi.pdf>

- Chinchay, Erika (2023). Extensión de los convenios colectivos de sindicatos a trabajadores no afiliados a éste. ¿Afectación a la sindicación?. Tesis para optar por el título de segunda especialidad en derecho del trabajo y de la seguridad social, Facultad de Derecho, PUCP. <https://tesis.pucp.edu.pe/server/api/core/bitstreams/e7ae7f37-7b78-4fc3-bbba-9a9eb0eb0016/content>
- Cohen, Adam (2021). *Supreme inequality. The supreme court's fifty-year battle for a more unjust America*. Penguin Random House.
- Comité de Libertad Sindical (2012). Informe en el que el Comité pide que se le mantenga informado de la evolución de la situación – Informe núm. 363. Caso núm. 2752 (Montenegro). https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:3057189
- Comité de Libertad Sindical (1997). Informe definitivo – Informe núm. 306. Caso núm. 1845 (Perú). https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=NORMLEX-PUB:50002:0::NO::P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2903607#1
- Comité de Libertad Sindical (1991). Informe provisional – Informe núm. 278. Caso núm. 1534 (Pakistán). https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2901988
- Compa, Lance (2019). La NLRA y los principios de libertad sindical de la OIT: ¿relación compatible o contradictoria?. *Laborem* (21), pp. 17-46. <https://www.sptdss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem21-17-46.pdf>
- Cornejo, Carlos (2023). Trabajadores sindicalizados y no sindicalizados: ¿buscando o eludiendo la igualdad?. *Laborem* (27), pp. 245-267. <https://laborem.sptdss.org.pe/index.php/laborem/article/view/38/83>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2021). Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género. Opinión consultiva OC-27/21. Corte Interamericana de Derechos Humanos. https://cijur.mpba.gov.ar/files/articles/2810/CIDH_Opinión_Consultiva_DERECHOS_A_LA_LIBERTAD_SINDICAL__NEGOCIACIÓN_COLECTIVA_Y_HUELGA__Y_SU.pdf

Eguiguren, Francisco (1997). Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. *Ius et veritas* (15), pp. 63-72. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/15730/16166/0>

Ermida, Óscar (2012). Crítica de la libertad sindical. *Derecho PUCP* (68), pp. 33-61. <https://www.redalyc.org/pdf/5336/533656142004.pdf>

Ermida, Óscar (1987). *La protección contra actos antisindicales*. Fondo de Cultura Universitaria.

Ferrands, Carmen (2015). Análisis jurisprudencial de cláusulas de ventajas reservadas pactadas en la negociación colectiva española. *Derecho & Sociedad* (46), pp. 267-264. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/18843/19063>

García, Jordi (2022). El concepto de la libertad sindical individual en España. *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de la Seguridad Social* (4), p. 74-104. <https://revistas.uma.es/index.php/REJLSS/article/view/13940/14774>

Gianibelli, Guillermo, José Tribuzio, Luis Campos, Javier Delfino, Javier Izaguirre, Rocío De Hernández, Victoria Flores, Julián Hofele, Jimena Frankel, Julia Campos, Maria Elena Mac'Enzie (2011). Estructura normativa y garantías para el ejercicio de un derecho fundamental: la libertad sindical en Argentina, 2003-2011. Proyecto UBACyT. Informe preliminar. <https://www.derecho.uba.ar/institucional/2014-ubacyt-version-final.pdf>

Marcos-Sánchez, José y Balbín, Edgardo (2025). *Diagnóstico sobre libertad sindical en Perú: limitaciones legales y prácticas para el ejercicio de un derecho fundamental*. Fundación Friedrich Ebert, Confederación General de Trabajadores del Perú, Central Unitaria de Trabajadores del Perú, Central Autónoma de Trabajadores del Perú y Centro de Solidaridad. <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/peru/22107.pdf>

Matos, Mauricio y Manrique, Fiorella (2022). Los colegios profesionales en el Perú: una mirada desde la libertad sindical negativa. *Laborem* (22), pp. 71-86. <https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem22-71-86.pdf>

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2021). *Libertad de asociación y negociación colectiva. Informe de diagnóstico y línea de base Plan Nacional*

de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos (PNA) 2021-2025. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. https://globalnaps.org/wp-content/uploads/2023/01/Peru_Libertad-de-asociacion-y-negociacion-colectiva-Informe-de-DLB-del-PNA-2021-2025.pdf

Monteblanco, Alejandro (2016). La extensión de los convenios colectivos dentro de la negociación colectiva a nivel de empresa. *Derecho & Sociedad* (46), 259-265. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7793011.pdf>

Morgado, Emilio (2021). Releyendo “Sindicatos en libertad sindical” al analizar ciertos contenidos de Derecho Colectivo en el Código del Trabajo de Chile. *Revista Jurídica del Trabajo* (4), pp. 52-82. <https://oaji.net/articles/2021/9213-1620071118.pdf>

Neves, Javier (2020). El convenio colectivo en el sistema peruano de las fuentes del Derecho. *Laborem* (24), pp. 29-42. <https://www.spdts.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem24-03.pdf>

Oficina Internacional del Trabajo (2018). La libertad sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical. Sexta edición. Oficina Internacional del Trabajo. https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40ed_norm/%40normes/documents/publication/wcms_635185.pdf

Orpetti, Paola y Marabotto, Andrés (2008). La libertad sindical negativa en el ordenamiento jurídico uruguayo. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo* () 27-52. <http://revistas.um.edu.uy/index.php/revistaderecho/article/view/777/946>

Otero, Laura (2022). La prohibición de discriminación laboral. Apuntes sobre su construcción, evolución y actualidad en el derecho comparado y la legislación mexicana. *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social* (4), pp. 265-280. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8386766&orden=0&info=link>

Pamparacuatro, Javier (2015). La igualdad no igualitarista: una perspectiva normativa. *Revista de Estudios Políticos - nueva época* (170), pp. 49-90. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5277588.pdf>

Paredes, Paul (2011). Cuando la generosidad del empleador viola la libertad sindical: un caso de discriminación laboral por acción indirecta. *Derecho & Sociedad* (46), 196-199. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13172/13785>

Pasco, Mario (2023). La libertad sindical negativa puesta en cuestión por la SUNAFIL. *Laborem* (27), pp. 269-288. <https://laborem.sptdss.org.pe/index.php/laborem/article/view/39/85>

Quiñones, Sergio (2018). El derecho constitucional a la libertad sindical: una mirada actual a su contenido y alcances. *Derecho & Sociedad* (51), pp. 131-141. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7793049.pdf>

Rodríguez-Piñero, Miguel (2022). *Temas laborales* (162), pp. 11-18. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/8442387.pdf>

Sanguinetti, Wilfredo (s/a). Los sindicatos y la libertad sindical en la nueva Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto-Ley 25593). <https://wilfredosanguinetti.wordpress.com/wp-content/uploads/2008/09/lrct-peru-sindicatos.pdf>

384

Seco, José María (2017). De la igualdad formal a la igualdad material. Cuestiones previas y problemas a revisar. *Derechos y libertades. Época II* (36), pp. 55-89. <https://core.ac.uk/download/pdf/288498757.pdf>

Toyama, Jorge (2012). Validez y eficacia del contrato de trabajo. *Derecho Pucp* (68), pp. 449-467. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2842>

Toyama, Jorge y Torres, Alfredo (2017). Extensión de los convenios colectivos de sindicatos minoritarios. *Ius et veritas* (55), 284-302. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/19772/19832/>

Valdés, Fernando (2004). La eficacia jurídica de los convenios colectivos. *Temas laborales* (76), pp. 21-65. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1060619.pdf>

Vílchez, Lidia (2017). Apuntes en torno a las prácticas antinsindicales: ¿es realmente posible probarlas?. *Ius et veritas* (55), pp. 74-88. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/19758/19820/>

- Villavicencio, Alfredo (2010). La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación. Organización Internacional del Trabajo, Programa Laboral de Desarrollo y Pontificia Universidad Católica del Perú. <http://files.pucp.edu.pe/posgrado/wp-content/uploads/2017/05/22162507/LA-LIBERTAD-SINDICAL-EN-EL-PERÚ-2010-FINAL.pdf>
- Villavicencio, Alfredo (2002). La crisis del sindicalismo y la necesidad de promoción de la libertad sindical como expresión del interés público. *Ius et veritas* (24), pp. 211-226. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16181/16598>