

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

**“EL ARBITRAJE POTESTATIVO COMO FORMA DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS
LABORALES”**

Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa

Carole Ivonne Neyra Salazar

Asesor: Dr. Jorge Toyama Miyagusuku

LIMA – PERÚ

2014

ÍNDICE

CAPÍTULO 1: LA CONSTITUCIÓN Y LA OIT: CONFLICTOS LABORALES Y ARBITRAJE LABORAL	6
1.1. CONFLICTOS LABORALES	6
1.2. MÉTODOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO	9
1.2.1. Autocomposición	10
1.2.1.1. Negociación directa	10
1.2.1.2. Mediación	11
1.2.1.3. Conciliación.....	11
1.2.1.4. Reuniones de extraproceso	12
1.2.2. Heterocomposición	13
1.3. ARBITRAJE: MARCO GENERAL	15
1.3.1. Alcances generales.....	15
1.3.2. Clasificación del arbitraje: Rasgos relevantes	15
1.3.2.1. Arbitraje voluntario	15
1.3.2.2. Arbitraje obligatorio:	16
1.3.2.3. Arbitraje potestativo:.....	16
1.4. LA CONSTITUCIÓN, ARBITRAJE LABORAL Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	17
1.4.1. La Constitución y arbitraje laboral	17
1.4.2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	19
1.4.2.1. Sentencia recaída en el Exp. N° 3561-2009-PA/TC y Resolución Aclaratoria (trabajadores portuarios)	19
1.4.2.2. Sentencia recaída en el Exp. N° 02566-2012-PA/TC (caso SUNAT)	21
1.5. PRINCIPIOS, CONVENIOS, DECLARACIONES Y PRONUNCIAMIENTOS DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO - OIT	24
1.5.1. Principios de una negociación colectiva	27
a. Principio de negociación libre y voluntaria	27
b. Libertad para decidir el nivel de negociación.....	27
c. Principio de buena fe	28
1.5.2. Convenio 87 de la OIT: Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación	28
1.5.3. Convenio 98 de la OIT: Derecho de sindicación y negociación colectiva.....	29
1.5.4. Convenio 154 de la OIT: Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública.....	30
1.5.5. Declaración de la Organización Internacional de Trabajo relativa a los Principios y Derechos Fundamentales	30
1.5.6. Comité de Libertad Sindical (CLS)	31
1.5.7. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR)	34
CAPÍTULO 2: EL ARBITRAJE POTESTATIVO COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COLECTIVOS	36
2.1. MARCO DE LA REGULACIÓN LABORAL	36
2.1.1. Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.....	36
2.1.2. Decreto Supremo N° 014-2011-TR – Regulación del arbitraje potestativo (RAP).....	37
2.1.3. Resolución Ministerial N° 284-2011-TR	40

2.1.4. La acción popular y el arbitraje potestativo.....	41
2.1.5. Lineamiento para la intervención administrativa en conflictos colectivos - R.M. N° 076-2012-TR.....	44
2.1.6. Proyecto de leyes.....	45
2.2. DESARROLLO DEL PROCESO ARBITRAL POTESTATIVO	46
2.2.1. Presupuestos del arbitraje potestativo.....	46
2.2.2. Supuestos de procedencia del arbitraje potestativo	49
2.2.2.1. Primera negociación colectiva	49
2.2.2.2. Determinación del nivel de negociación colectiva.....	49
2.2.2.3. La mala fe negocial	50
2.2.3. Selección de los árbitros	51
2.2.4. Procedimiento del arbitraje potestativo.....	51
2.2.5. El laudo arbitral.....	53
CAPÍTULO 3: ESTUDIO DE PROCESOS Y LAUDOS ARBITRALES	55
3.1 ALCANCES GENERALES.....	55
3.2. ESTUDIO DE LAUDOS ARBITRALES.....	55
3.2.1. Casos de admisibilidad.....	55
3.2.1.1. Primera negociación colectiva	55
3.2.1.2. Nivel de negociación colectiva.....	56
a.1. Negociación entre sindicato de actividad con una sola empresa	57
a.2. Objeto social de empresa no pertenece a la rama de actividad:	57
3.2.1.3. Supuestos de mala fe.....	60
a. Negativa de recepción del proyecto del convenio colectivo.....	60
b. Información económica financiera	61
c. Negativa de entrega de información acordada.....	67
d. Información confidencial	70
e. Negarse a recibir a los trabajadores o no negociar en los plazos establecidos.....	71
f. Presión por reemplazo de integrantes	73
g. Ejercer fuerza física en las cosas, o física o moral en las personas	74
h. Actos de hostilidad	75
i. Incumplimiento de obligaciones previamente acordadas	76
j. Práctica que dilata un proceso de negociación colectiva.....	78
k. Injerencia sindical	86
l. Discriminación.....	87
3.2.1.4. Arbitraje incausado.....	88
3.2.2. Supuestos de buena fe negocial	88
3.2.3. Contenido de los laudos.....	105
3.2.3.1. Conceptos contemplados en las propuestas planteadas por las partes.....	105
a. Por los sindicatos	106
b. Por las empresas.....	110
3.2.3.2. Criterios de los tribunales arbitrales.....	112
3.2.4. Criterios de atenuación arbitral	114
3.2.4.1. Adopción de propuestas	117
3.2.4.2. Atenuaciones generales.....	118
3.2.4.3. Atenuaciones específicas.....	124
3.3. BALANCE DEL ARBITRAJE POTESTATIVO	127
CONCLUSIONES.....	135
BIBLIOGRAFÍA.....	142

EL ARBITRAJE POTESTATIVO COMO FORMA DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES

INTRODUCCIÓN

El tema a tratar en el presente trabajo versa sobre el arbitraje potestativo como una forma de solución de conflictos laborales colectivos, el mismo que ha sido implementado a fines del 2011 en nuestro ordenamiento jurídico y que se ha erigido como una herramienta relevante dentro del marco de las relaciones laborales en las negociaciones colectivas entre sindicatos y empresas.

La implementación del arbitraje potestativo es, probablemente, la reforma más relevante en las relaciones colectivas de trabajo de los últimos años. Las estrategias de las partes han cambiado, algunas organizaciones de empleadores están cuestionando judicialmente la norma que estableció esta modalidad de solución de conflictos, la doctrina nacional tiene posiciones divergentes y existe un número suficiente de procesos arbitrales que pueden ayudarnos a analizar esta nueva institución laboral.

Este trabajo de investigación, que versa sobre la institución del arbitraje potestativo, se divide en tres partes. El primer capítulo se encuentra destinado a estudiar el contenido de los conflictos laborales, negociación colectiva y arbitraje, desde una perspectiva constitucional y de los instrumentos y criterios de la Organización Internacional de Trabajo (en adelante la OIT), referidos a los principios vinculados a esa misma materia. Además, en esta primera parte, se describirán los alcances y métodos de solución de conflictos laborales desde una perspectiva constitucional.

El segundo capítulo brinda una visión global del marco normativo sobre el arbitraje potestativo, que contempla desde su regulación primigenia, su desarrollo normativo en el 2011 hasta los proyectos encaminados a su modificación, e inclusive un análisis de la acción popular que cuestiona su inconstitucionalidad. En esta misma sección revisaremos los supuestos de su procedencia: la primera negociación colectiva, determinación del nivel de negociación colectiva y la consideración de la “mala fe”. Finalmente, brevemente nos referiremos al procedimiento arbitral.

El tercer capítulo se centra en realizar un estudio de la teoría de casos, efectuando un análisis de los métodos y las reglas que han sido desplegadas en las resoluciones de admisibilidad (supuestos de mala fe), primera negociación colectiva, determinación del nivel de negociación colectiva y los laudos emitidos por los tribunales arbitrales. En esta misma sección, se efectuará un análisis de las propuestas planteadas por las partes (sindicato - empresa), para luego conocer las posiciones adoptadas por los respectivos tribunales arbitrales. No dejaremos de comparar las posiciones de las empresas y los sindicatos en el uso del arbitraje potestativo como instrumento de negociación colectiva

en nuestra realidad nacional, para finalmente realizar un balance de esta figura jurídica desde el momento de su implementación hasta la actualidad.

La figura del arbitraje potestativo tiene posiciones discrepantes que serán desarrolladas en este trabajo pero, además, describiremos, con prescindencia de su constitucionalidad o no de dicha modalidad arbitral, si ha servido para modificar el patrón de comportamiento de las partes, dentro del marco de las relaciones laborales.

Finalmente es necesario mencionar que el presente trabajo de investigación tiene ciertas limitaciones; teniendo en cuenta que si bien se ha realizado un esfuerzo por acceder a la mayor cantidad de casuística (laudos), existen otros procedimientos arbitrales, que por un tema de confidencialidad no hemos tenido acceso, en tanto no existe un registro público de procesos arbitrales. Por otro lado, si bien los laudos estudiados en el presente trabajo son abordados con el mayor detenimiento posible, se prescinde de los eventuales cuestionamientos judiciales que las partes hubieran presentado posteriormente. Asimismo, no trataremos sobre la problemática de los arbitrajes del Sector Público, los cuales tienen un tratamiento diferente.

A pesar de las limitaciones descritas, consideramos que el presente trabajo busca contribuir al estudio sobre las relaciones laborales colectivas, desde una óptica teórica (con un enfoque constitucional laboral), así como práctica (realizando un balance de las resoluciones de admisión arbitral y laudos arbitrales emitidos hasta la fecha con ocasión de la norma que regula el arbitraje potestativo). Pretendemos contribuir al debate de esta nueva institución laboral y que definitivamente ha tenido impacto en las relaciones laborales del país.

CAPÍTULO 1: LA CONSTITUCIÓN Y LA OIT: CONFLICTOS LABORALES Y ARBITRAJE LABORAL

1.1. Conflictos laborales

Los intereses antagónicos que se suscitan dentro de un contexto laboral, cuyos actores principales son los trabajadores y empleadores, conlleva a afrontar diversos conflictos laborales dentro de cada organización, que considerando que cada quién tiene sus propios y legítimos intereses, es necesario advertir a qué tipo de conflicto nos referimos a fin de manejarlo de la forma más adecuada dentro de un marco laboral para evitar controversias dilatadas y graves.

En relación a ello, y a fin de determinar cuál es la posición que el Estado debería adoptar en este tipo de conflictos es necesario contextualizar el régimen¹ en el cual se encuentra el Perú. De esa forma, el modelo adoptado por nuestra actual Constitución Política de 1993 (en adelante la “Constitución”) se encuentra respaldada en un régimen de Estado Social y Democrático de Derecho, considerando que el Estado parte del reconocimiento de los conflictos laborales como un problema natural y circunstancial de las relaciones laborales entre los sindicatos y las empresas, y no como un mal dañino a la sociedad. Al respecto, el Estado no es un tercero ajeno a dicha relación, más aún si consideramos que el rol que desempeña en dicho contexto laboral tiene entre una de sus principales labores el brindar a las partes los mecanismos de solución pacífica a sus conflictos.

De esa forma, si bien la doctrina tiene diversas clasificaciones referidas a los conflictos laborales, para el presente trabajo nos hemos adscrito a la perspectiva sistematizada acogida por la OIT², la misma que los clasifica tanto en individuales como en colectivas, y

¹ De esa misma opinión es SANGUINETTI, al señalar que “*mientras dentro de los regímenes de corte autoritario e intervencionista tales conflictos suelen ser vistos como un elemento disfuncional o patológico (...); en los regímenes de carácter democrático y liberal, más aún si se asumen la forma de Estado Social y Democrático de Derecho, se parte de aceptar a las situaciones de confrontación entre trabajadores y empresarios como manifestaciones de la dinámica misma de las relaciones laborales.* SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. “La Mediación en los Conflictos Colectivos de Trabajo”. En: Mediación: un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar, Madrid, Ed. Colex, 2010, pp. 249-266.

² El autor esquematiza la clasificación efectuada por la OIT, que recoge la posición de muchos autores, considerando que las controversias individuales son aquellas que comprometen derechos concretos de personas. Por su parte, son colectivas las que afectan intereses abstractos de categoría. Jurídicas o de derecho (o de aplicación, en la moderna nomenclatura) son las que se refieren a la interpretación o aplicación de un derecho nacido y actual, importando poco que éste tenga su fuente en una prescripción formal de la ley o en una disposición de un convenio individual o colectivo. Las económicas o de intereses no versan sobre la interpretación de un derecho adquirido, fundado en la ley o el contrato, sino en reivindicaciones que tienden a modificar un derecho existente o a crear un derecho nuevo. PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “Controversias y Conflictos Laborales”. En: Themis – Revista de Derecho. Lima, Segunda Época, 1987, N°6, p.24.

por otro lado, en jurídicas (derecho) y económicas (intereses), pudiéndose inclusive conjugar entre ellas.

a) Los conflictos individuales: El contexto en el cual se desarrolla este tipo de conflictos deviene de una relación laboral entre el trabajador y la empresa. En este tipo de conflicto usualmente se suscitan más conflictos jurídicos que económicos³. Un ejemplo simple de este tipo de conflicto es el caso de un trabajador que reclama *“el cumplimiento de una disposición no observada o de la diferente interpretación de una norma vigente, siempre con relación a un contrato individual de trabajo, vigente o extinguido”*⁴.

Al respecto, si bien los conflictos individuales tienen una condición más directa entre los trabajadores y las empresas, toda vez que es poco probable que dichos conflictos puedan afectar los procesos productivos de las empresas, es necesario tener un adecuado manejo de dichas relaciones, a fin que ello no repercuta de manera generalizada en el clima laboral, en tanto que si dicho conflicto no se logra solucionar es probable que la situación pueda devenir en un tema mucho más complejo a resolver.

b) Los conflictos colectivos⁵: A diferencia de los conflictos individuales, el colectivo se presenta entre sindicatos y empresas bajo un interés colectivo en común de todos los involucrados, el mismo que en caso se difiera en el tiempo podría generar una afectación severa en el desarrollo de sus actividades dentro de las empresas, tal como lo señala SANGUINETI, al manifestar que se presenta como una *“(…) situación de tensión generalizada, que es capaz de alterar globalmente la marcha de la empresa o el sector al que afectan”*⁶. Por ello es que se hace necesario focalizar el conflicto, a fin que pueda ser canalizado de la manera más adecuada.

Si bien cuando nos referimos a un conflicto colectivo nos centramos en una pluralidad de trabajadores, que usualmente son representados por los sindicatos, en este tipo de conflictos se requiere adicional al tema de la cantidad, la naturaleza del conflicto y la

³ En este caso, si bien la doctrina mayoritaria apuesta por establecer que los conflictos individuales pueden dividirse en jurídicos e intereses, PASCO COSMÓPOLIS señala que *“(…) la controversia individual económica sólo tiene existencia virtual, mas no reconocimiento jurídico. No existe derecho individual para promover una controversia que conduzca a la revisión de la ley, y a la creación de la norma”*. PASCO COSMÓPOLIS, Mario, *Ibidem*.

Para ver la posición mayoritaria se sugiere revisar a: TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “Los medios extrajudiciales de solución de conflictos laborales en el sistema peruano”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 160. Marzo 2007. Lima: Gaceta Jurídica, pp.205-214.

⁴ SAPPÍA, Jorge. “Justicia laboral y medios alternativos de solución de conflictos colectivos e individuales del trabajo”. En: Documento N° 149. Oficina Regional para América Latina y el Caribe – Proyecto CIMT – Organización Internacional del Trabajo, p.5.

⁵ Si bien puede existir otros tipos de conflictos dentro de la categoría de colectivos e inclusive dentro de los conflictos jurídicos, tales como los conflictos políticos, culturales, religiosos, etc., cabe indicar que en esta oportunidad sólo nos centraremos en aquellos que por su mayoría han sido acogidos por la doctrina, los mismos que son: el jurídico y el económico.

⁶ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Ob. Cit.*, p.66.

existencia de un interés colectivo. A continuación detallamos la clasificación⁷ de los conflictos colectivos:

- i. Los conflictos jurídicos (o de derecho) son aquellos que en la discrepancia existente entre los sindicatos y las empresas con respecto a la interpretación de una norma vigente, los mismos que usualmente aparecen cuando se produce el incumplimiento de obligaciones laborales de las empresas o simplemente cuando se trata de dos posiciones encontradas sobre la aplicación o interpretación de una norma.

Si bien este tipo de conflictos se enmarcan dentro de los conflictos individuales, en la práctica se advierte que dichos conflictos suelen extenderse, en algunas oportunidades al ámbito colectivo, las cuales son representadas por las agrupaciones sindicales, quienes a su vez tienen diversas maneras de asegurar su cumplimiento, ya sea a través de los órganos jurisdiccionales, tales como los procesos de amparo y los procesos ordinarios laborales e inclusive los procesos administrativos como son las inspecciones laborales⁸.

- ii. Los conflictos económicos (o de intereses) son aquellos que se derivan de intereses comunes de los afiliados a los sindicatos en contra de los que tienen las empresas, en cuyo caso los primeros buscarán mejorar sus ingresos económicos y/o condiciones laborales, y los segundos maximizar su capital dentro del marco de una negociación colectiva. A través de estos conflictos se intenta realizar modificaciones y/o cambios significativos en la normativa interna sobre expectativas económicas, las mismas que serán plasmadas en los convenios colectivos, las cuales se encuentran sustentadas en su naturaleza normativa.

Por su parte, las alternativas que tienen las agrupaciones sindicales para resolver sus conflictos de intereses son, entre otros: las negociaciones de trato directo, las conciliaciones, las mediaciones, los extraprocesos y el arbitraje o, del otro lado, la huelga.

En definitiva, una diferencia sustancial entre ambos tipos de conflictos radica en que *“mientras el conflicto de derecho presupone la existencia de una norma (estatal o convencional) donde se discute su vigencia, aplicación o interpretación, en el conflicto de*

⁷ Algunos estudios referidos a los conflictos colectivos puede revisarse en la doctrina señalada a continuación: a) SANGUINETI RAYMOND Wilfredo. “La regulación de los conflictos laborales en España: Entre la garantía de la autotutela y el fomento los sistemas autónomos de solución”. En: Revista de Derecho de los alumnos de la Universidad de Lima. Athina N.05. b) SAPPPIA, Jorge. “Justicia Laboral y medios alternativos de solución de conflictos colectivos e individuales del trabajo”. En: Documento N° 149. Oficina Regional para América Latina y el Caribe – Proyecto CIMT – Organización Internacional del Trabajo.

⁸ Al respecto se ha indicado: *“(…) lo habitual sería que los conflictos de interés o económicos sean siempre colectivos y los jurídicos o de derecho sean individuales en la mayoría de las ocasiones, pero la realidad que es mucho más rica que las disquisiciones académicas, revela que es imposible fijar un criterio unívoco en esta cuestión”*. SAPPPIA, Jorge. Ob. Cit., p. 6.

intereses una de las partes o ambas quieren introducir una nueva norma, modificar o extinguir una existente”⁹.

Asimismo, cabe mencionar quién es el encargado de resolver este tipo de conflictos; y para ello tenemos que por el lado del conflicto jurídico, el obligado a resolver las circunstancias que se suscitan con respecto a la naturaleza o interpretación de una norma será naturalmente el Estado, ya sea a través del Poder Judicial o de la Autoridad Administrativa de Trabajo (en adelante AAT). Por su parte, y en lo referido a los conflictos de intereses, por regla general los responsables de la solución son las mismas partes que participan en dicho conflicto, coadyuvados de los diversos métodos de solución de conflictos; y de forma excepcional el Estado cuando una huelga se haya prolongado excesivamente, y esta situación pudiera causar algún daño al sector productivo o, en aquellos casos que se haya derivado en actos de violencia, en donde el obligado a intervenir es la AAT para resolver el conflicto de forma definitiva.

1.2. Métodos de solución de conflictos colectivos de trabajo

Como ya se mencionó anteriormente, el Estado tiene como una de sus principales obligaciones la promoción de las diversas formas o métodos de solución de conflictos, las mismas que cumple un rol importante dentro de las relaciones laborales. Al respecto, la solución de los conflictos colectivos como materia de análisis en las relaciones laborales tienen gran relevancia en nuestra sociedad, y es por ello que nuestra Constitución lo ha regulado de la siguiente manera: “*Artículo 28°.- El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: (...) 2. Fomenta la negociación colectiva y **promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales (...)**”.* (El resaltado es nuestro).

A través de este artículo el Estado no sólo reconoce y cautela el derecho de la negociación colectiva sino también se encarga de fomentar que las partes utilicen los diferentes métodos de solución de conflictos laborales como medio de sustitución a “*la intervención del Estado en la solución de los conflictos por la búsqueda de diversas formas de solución pacífica, que resulta más acorde con la autonomía colectiva (...)*”¹⁰. Esto quiere decir que si bien el Estado tiene un rol activo en la promoción de las formas de solución pacífica de conflictos, ello no significa que deba tener un papel intervencionista dentro de su actuación dentro del ámbito de las relaciones laborales.

Por su parte, el Tribunal Constitucional (en adelante TC) también se ha referido a las formas de solución pacífica de los conflictos laborales, como por ejemplo en el desarrollo de los procesos de conciliación, mediación y arbitraje, estableciendo que la finalidad de estos métodos es “*asegurar que el desacuerdo entre los agentes negociadores no se prolongue indefinidamente en el tiempo, de modo que se consolide la paz laboral y el normal desarrollo de la actividad económica y otorgar satisfacción mancomunada, por la vía pacífica, a las pretensiones de las partes contendientes en el conflicto laboral*”¹¹.

⁹ ERMIDA URIARTE, Oscar. “Algunas reflexiones sobre los conflictos laborales, el arbitraje y la justicia de trabajo”. En: Revista anales del Foro N° 43-4. Montevideo, 1982, p.19. Citado por TOYAMA MIYAGUSUKU. Jorge. Ob. Cit., p. 207.

¹⁰ NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Primera edición, marzo de 2009. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. p.68.

¹¹ STC.N° 008-2005-PI/TC, f.j.35.

De esa forma, estamos ante herramientas que comparten un especial atributo que es la consecución de un acuerdo, de modo tal que el conflicto, que es su origen, pueda ser resuelto o controlado, ya sea de forma directa por las partes o con ayuda de un tercero. Así, coincidimos con los alcances establecidos por el TC en la determinación de las razones por las cuales el Estado debería intervenir en un conflicto laboral, señalando que *“(...) esta promoción se justifica en razón de las dos consideraciones siguientes: - Asegurar que el desacuerdo entre los agentes negociadores no se prolongue indefinidamente en el tiempo, de modo que se consolide la paz laboral y el normal desarrollo de la actividad económica. - Otorgar satisfacción mancomunada, por la vía pacífica, a las pretensiones de las partes contendientes en el conflicto laboral”*¹².

Siendo ello así, y con el objeto de describir los diversos métodos desde una perspectiva laboral, a continuación estudiaremos brevemente las formas más usadas para resolver un conflicto colectivo, sin dejar de mencionar que si bien existen otros tipos de clasificaciones, en esta oportunidad nos centraremos en los más usuales desde el punto de vista laboral.

1.2.1. Autocomposición

La característica esencial que identifica a los métodos de autocomposición radica en la capacidad de resolución de los conflictos laborales que tienen cada uno de los involucrados (los sindicatos y las empresas) en dicho conflicto, más aún teniendo en cuenta que para someterse a estos procesos se requiere de un elemento importante como es la voluntad de las partes para llegar a un acuerdo de negociación colectiva. Así, podemos sostener que a través de estos métodos se refleja de manera más precisa el principio de autonomía de voluntad, que lo veremos con más detalle posteriormente, en tanto no existe ningún otro método que contemple de manera idónea la indudable voluntad de los sujetos que forman parte del conflicto.

De esa forma, a continuación detallaremos los siguientes métodos autocompositivos que, generalmente, se usan cuando estamos frente a un conflicto colectivo:

1.2.1.1. Negociación directa¹³: Es el método de solución de conflictos por excelencia, cuya participación es de forma exclusiva y excluyente de las partes; y, en virtud de la facultad que tienen, son ellas mismas las que proponen las condiciones de solución frente a una negociación colectiva, y en caso de arribar a un convenio de someterse a su propio acuerdo. Por citar un ejemplo simple: el caso de una negociación colectiva por mutuo acuerdo, donde tanto el sindicato como la empresa suscriben un convenio colectivo sin intervención de un tercero (sea este un árbitro o la AAT).

¹² *Ibíd.*

¹³ Si bien en la doctrina existen autores que consideran a la negociación y conciliación como un método de autocomposición, existen otra posición que estiman que dichos métodos se encuentran dentro de los métodos de heterocomposición. Un laboralista que considera que se encuentra dentro del método heterocompositivo es Sanguinetti. SANGUINETI RAYMOND WILFREDO. “La regulación de los conflictos laborales en España: Entre la garantía de la autotutela y el fomento los sistemas autónomos de solución. En: M.S. Velarde Aramayo (Coordinadora), Introducción al Derecho del Arbitraje y la Mediación, Salamanca, Ratio Legis, 2006, pp. 239-266.

De todos los métodos autocompositivos, la negociación directa es la más utilizada e inclusive el preferido por las partes, en tanto recoge las verdaderas necesidades e intereses de los intervinientes y que finalmente se entiende que lo acordado responde a la real voluntad de las partes sin que ello requiera de la intervención de un tercero.

1.2.1.2. Mediación: Es también un método de solución que intenta resolver un conflicto de intereses laborales pero con la participación de un tercero (mediadores), quien si bien se encuentra facultado para sugerir una propuesta a las partes, ello no implica que estas se sientan obligadas a adoptar la recomendación planteada, quienes de manera voluntaria sí podrían acogerse a esa propuesta.

Por su parte, el TC se ha referido a dicho mecanismo considerándolo como la participación “(...) *de una forma interventiva, a través del cual un tercero neutral propone, a pedido de las partes en conflicto, alternativas de solución. Estas pueden ser aceptadas o desestimadas por los agentes negociadores. El tercero interviniente en la solución del conflicto juega como mediador un rol más activo que como conciliador, en razón de que directamente sugiere las propuestas de solución*”¹⁴.

Ahora, si bien en el ámbito laboral el mediador se encuentra facultado para realizar propuestas y lograr el acercamiento más preciso entre las partes, cabe manifestar que dicho criterio no se aplica necesariamente en todas las disciplinas jurídicas, como por ejemplo en las demás áreas la situación es inversa; atendiendo que en el proceso de mediación no se sugiere ninguna propuesta, en tanto las partes son las encargadas de buscar la forma más adecuada de solucionar su propio conflicto¹⁵.

1.2.1.3. Conciliación: Es un método de solución que busca resolver un conflicto a través de la intervención de un tercero (conciliador), quién sin proponer una forma de solución intentará un acercamiento entre las partes con la finalidad que éstas arriben a un acuerdo de voluntades de solución a su conflicto.

De esa misma manera, el TC también se ha pronunciado con respecto a la conciliación como método de solución de conflicto, estableciendo que es una forma pacífica de solución a su conflicto laboral, mediante la cual interviene un tercero cuando la negociación directa entre las partes ha fracasado¹⁶, según se señala a continuación:

“Se trata de una forma interventiva de solución pacífica del conflicto laboral – acentuado por el fracaso de la negociación directa entre los representantes de los empleadores y de los trabajadores–, que consiste en que un tercero neutral (el Estado) interpone sus buenos oficios induciendo a las partes a zanjar sus diferencias y ayudándolos a encontrar una solución satisfactoria para ambos; vale decir, se propende a que alcancen por sí mismos un acuerdo que ponga fin al

¹⁴ STC. Exp. N° 008-2005-PI/TC, f.j.37.

¹⁵ Al respecto puede revisarse: a) TOUZARD, Hubert. La Mediación y la Solución de los Conflictos. Editorial Herder, Barcelona, España, 1981, p. 367; b) FLINT, Pinkas. Negociaciones Eficaces. Empresa Editora El Comercio S.A., Lima, Perú, 2001, p. 283. c) GARCIA MONTUFAR, Juan. “Los medios alternativos de solución de conflictos”. En: Derecho y Sociedad. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 16, año XII, 2001.

¹⁶ STC.N° 008-2005-PI/TC, f.j.36.

conflicto. La labor conciliadora consiste en apaciguar y frenar la confrontación. Atenuar las diferencias, propiciar un diálogo constructivo y sugerir vías de entendimiento”.

Cabe mencionar que, por regla general, en el proceso de conciliación laboral usualmente el conciliador no se encuentra facultado para presentar propuestas, sin embargo existe una excepción, y esta se genera cuando ambas partes lo solicitan, mutando en este caso el rol de conciliador por el de mediador.

En el ámbito procesal, la Nueva Ley Procesal de Trabajo, Ley N° 29497¹⁷, señala que quien invita a las partes a conciliar sus posiciones es el mismo juez; esto quiere decir que en este caso es él quién asume el papel de conciliador a fin que las mismas partes puedan tratar de solucionar sus diferencias desencadenadas en conflicto.

Como puede apreciarse, a diferencia de la mediación, este método procede cuando tantos los sindicatos como las empresas no han arribado a un acuerdo y se requiere la intervención de un tercero para conciliar las posiciones de ambas partes, y sean éstas mismas las que decidan solucionar o no su propio conflicto.

1.2.1.4. Reuniones de extraproceso: Si bien es una denominación atípica, porque hasta antes de la resolución denominada *“Lineamientos para la intervención administrativa en conflictos laborales colectivos”*¹⁸ (en adelante el *“lineamiento”*) el extraproceso no estaba contemplado en ninguna disposición normativa, en la práctica esta modalidad tiene una función muy similar a la mediación o conciliación en el marco de las relaciones laborales colectivas, cuyas reuniones también se realizan en las instalaciones de la AAT.

Por su parte, el citado lineamiento, que lo veremos con mayor detalle posteriormente, conceptualiza el término *“extraproceso”*, y lo considera como un mecanismo de solución de conflictos laborales, que coadyuvados con los elementos de los métodos anteriormente estudiados –*la mediación y la conciliación*– buscarán una aproximación más cercana para resolver sus propios conflictos de intereses.

Cabe señalar que las reuniones de extraproceso que son realizadas a solicitud de parte, quedando a discrecionalidad de la AAT su intervención en dicho conflicto, por ende la participación de los involucrados no es obligatoria, más aún si consideramos que el conflicto colectivo puede resolverse fuera del marco del proceso típico de la negociación

¹⁷ *“Artículo 43°.- Audiencia de conciliación: La audiencia de conciliación se lleva a cabo del siguiente modo: (...) 2. El juez invita a las partes a conciliar sus posiciones y participa activamente a fin de que solucionen sus diferencias total o parcialmente”.*

¹⁸ R.M. N° 076-2012-TR, Directiva General N° 005-2012-MTPE/2/14, denominada Lineamientos para la intervención administrativa en conflictos laborales colectivos: los llamados *“extraproceso”*, la preferencia por el arbitraje potestativo y la intervención resolutoria como facultad excepcional. La citada directiva conceptualiza al extraproceso como un *“(…) mecanismo de solución de controversias que integra elementos de la conciliación y de la mediación, y cuya finalidad consiste en incentivar el diálogo entre los representantes de trabajadores y del empleador o empleadores, para propiciar el acercamiento de sus posiciones en función a intereses comunes que trasciendan al conflicto”.*

colectiva, pudiendo inclusive realizarse de forma paralela a las negociaciones que tengan las partes.

También es necesario señalar que por más que este mecanismo anteriormente no se haya encontrado regulado en alguna disposición normativa, su uso durante el tiempo no fue reducido, con respecto al resto de métodos de solución de conflictos. Para ello basta revisar las estadísticas publicadas por la AAT, que refleja cantidades similares de reuniones a las realizadas por medio de la conciliación, como se aprecia a continuación:

Gráfico 1

ETAPAS DE SOLUCIÓN					
	2008	2009	2010	2011	2012
PRESENTADOS	610	639	641	722	804
SOLUCIONADOS - REGISTRADOS 1/	419	454	502	550	435
- NEGOCIACIÓN DIRECTA	364	398	418	440	353
- CONCILIACIÓN	26	25	44	37	32
- EXTRA PROCESO	24	24	28	58	20

FUENTE : MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN

1.2.2. Heterocomposición

La heterocomposición¹⁹ es una forma de solución de conflicto, a través del cual las partes intervinientes renuncian de forma voluntaria u obligatoria a su capacidad de resolver su propio conflicto, con el objeto de trasladar dicha competencia a un tercero, quedando sometidos a la decisión que se pueda emitir *-sustituyendo cualquier voluntad de las propias partes-* dentro de dicho proceso.

Pues bien, usualmente esta forma de resolución de conflicto laboral surge cuando las partes han agotado todas las formas posibles de solucionar sus diferencias, a través de diversos métodos, tales como el trato directo, mediación, conciliación y/o extraproceso, habiendo fracasado en su solución, es decir, se procederá con este método en aquellos casos que las partes no hayan logrado finiquitar sus conflictos con los medios antes citados.

De esa forma, si realizamos una clasificación de los métodos heterocompositivos diremos que, por un lado, el proceso típico es el arbitraje, y por el otro, que si bien no tiene una denominación específica, es aquella intervención que realiza el Estado en virtud del artículo 68²⁰ de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (intervención atípica).

¹⁹ Al respecto se puede revisar: BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "La naturaleza del arbitraje en la negociación colectiva". En: Soluciones Laborales N° 46. Octubre 2011. Lima: Gaceta Jurídica, pp.13-19.

²⁰ Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo: "Artículo 68.- Cuando una huelga se prolongue excesivamente en el tiempo, comprometiendo gravemente a una empresa o sector productivo, o derive en actos de violencia, o de cualquier manera, asuma características graves por su magnitud

Con respecto a la primera, el TC se ha manifestado en reiteradas oportunidades, señalando que al arbitraje se genera como “(...) consecuencia de una sumisión voluntaria, en donde las partes en conflicto, a través de sus negociadores, acuden a un tercero neutral para la solución del conflicto; o de una sumisión obligatoria en donde las partes quedan vinculados a los resultados de un arbitraje por mandato de la ley”²¹.

Asimismo, el TC también se ha pronunciado sobre la relación existente entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción arbitral, como por ejemplo al manifestar que:

“El artículo 139, inciso 1 de nuestro ordenamiento constitucional consagra la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, lo que determina que en el actual contexto el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una jurisdicción privada”, así como que “(...) el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias”²².

Con relación al segundo método heterocompositivo cabe indicar que, dicha forma de intervención del Estado, a través de la AAT, se produce cuando una huelga se ha prolongado excesivamente en el tiempo, comprometiendo de forma grave a la empresa o al sector productivo, derivándose en hechos de violencia o que refleje características graves por su consecuencia o magnitud, conforme lo establece el artículo 68 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. De esta forma, sólo en estos casos, la AAT puede intervenir en la solución de conflicto de forma definitiva. Si bien antes se desconocía cual era la naturaleza de esta forma de solución de conflicto, con la difusión del “lineamiento” se tiene claro que los actos generados en este proceso tienen naturaleza arbitral y no de ius imperium.

De esa forma, si bien es necesario reconocer que el Estado tiene por objeto fomentar los métodos alternativos de solución de conflictos, cabe mencionar que en la práctica si comparamos la cantidad de procesos autocompositivos (cuadro 1) y heterocompositivos (cuadro 2) concluiremos que los más usados son los primeros, conforme se puede apreciar a continuación:

o consecuencias, la autoridad administrativa promoverá el arreglo directo u otras formas de solución pacífica del conflicto. De fracasar ésta, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo resolverá en forma definitiva.

²¹ STC. N° 008-2005-PI/TC, f.j. 38.

²² STC. N° 6167-2005-PHC/TC, f.j 7.

Gráfico 2

ETAPAS DE SOLUCIÓN					
	2008	2009	2010	2011	2012
ARBITRAJE	5	5	10	15	30
. (ACUERDO DE PARTES) *	(2)	(5)	(6)	(8)	(16)
. (RESOL. DIRECTORAL) *	(1)	-	(3)	-	(3)
. (RESOL. MINISTERIAL) *	-	-	-	-	-
. (ARBITRAJE UNIPERSONAL) *	(2)	-	(1)	(7)	(8)
. (ARBITRAJE OBLIGATORIO) *	-	-	-	-	(1)
. (AUTO DIRECTORAL GENERAL) *	-	-	-	-	(2)

FUENTE : MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO

Esto significa que si bien los métodos heterocompositivos se encuentran contemplados en nuestro ordenamiento jurídico, los más recomendables y usados en la práctica son aquellos en las cuales las mismas partes pueden solucionar sus propios conflictos.

1.3. Arbitraje: Marco general

1.3.1. Alcances generales

El arbitraje es una institución jurídica que a través del tiempo ha logrado solucionar diversos conflictos en nuestra sociedad, que si bien ha tenido una mayor acogida en el ámbito comercial no se puede desconocer el impacto de los arbitrajes en materia laboral.

Actualmente, si bien el Perú cuenta con una normativa general sobre arbitraje, contenida en la Ley General del Arbitraje - D.L.1071, en el ámbito laboral ésta tiene su propia regulación contemplada en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante LRCT), y su reglamento (en adelante RLRCT), la cual no significa un distanciamiento de las disposiciones contenidas en el marco general sino que se utiliza de forma complementaria al arbitraje laboral.

1.3.2. Clasificación del arbitraje: Rasgos relevantes

Si bien pueden existir otros tipos de arbitraje, en esta oportunidad las clasificaremos según los tipos adoptados por el TC²³:

1.3.2.1. Arbitraje voluntario: El punto de partida de esta modalidad es la “voluntariedad” de las partes, quienes son las que deciden someter su conflicto de intereses a un tercero, denominado “árbitro” o “tribunal arbitral”, para que a través de ellos se resuelva la controversia que pueda haberse suscitado entre las partes. En caso decidan someterse a

²³ STC.N° 3561-2009-PA/TC, f.j. 6. “Sobre el particular, debe tenerse presente que el arbitraje en el ámbito laboral es, cuando menos, de tres clases: voluntario (cuando se establece de consuno entre las partes), potestativo (cuando una de las partes tiene la capacidad de obligar a la otra a someter el conflicto a un método heterocompositivo a través de la intervención del árbitro) y obligatorio (cuando el arbitraje viene impuesto por una tercera voluntad, distinta de la de las partes)”.

esta modalidad arbitral es necesario, como prueba de su manifestación voluntaria, que suscriban un compromiso arbitral.

1.3.2.2. Arbitraje obligatorio: El arbitraje obligatorio (a diferencia del voluntario) radica en la inexistencia de la voluntariedad. Por regla general, el arbitraje debería ser consensuado, no obstante existen excepciones en las cuales se evalúan otros bienes jurídicos en conflicto por las cuales tienen que someterse a un arbitraje obligatorio, en tanto el bien jurídico protegido es superior a los intereses de los sindicatos y de las empresas. Por ejemplo, el hecho que los trabajadores de suministro de agua efectivicen una huelga podría implicar un riesgo considerable para la sociedad.

Cabe señalar que esta modalidad tiene por finalidad que los conflictos no queden abiertos o sin solución, tal como señala BLANCAS BUSTAMANTE al manifestar que es usada “(...) *frecuentemente, en caso de huelgas prolongadas o que afectan a sectores neurálgicos*”²⁴. Por su parte, la OIT también se ha pronunciado con respecto al arbitraje obligatorio, restringiendo su procedencia de forma exclusiva a los “servicios esenciales”²⁵.

1.3.2.3. Arbitraje potestativo: Es una modalidad innovadora que ha sido implementada en nuestro país, y cuyo origen radica en la sentencia del TC recaída en el Exp. N° 3561-2009 - PA/TC. Si bien *-legalmente-* no existe una definición precisa del arbitraje potestativo²⁶, dicha resolución ha considerado al arbitraje potestativo como una forma de solucionar un conflicto de intereses a través del cual una parte somete a la otra en alguno de los siguientes supuestos: a) cuando sea la primera negociación colectiva; o, b) cuando el conflicto sea la determinación del nivel de la negociación colectiva; o, cuando c) exista mala fe que tenga por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo entre las partes.

De esa forma, si bien una de las partes en conflicto decide de forma voluntaria someterse al arbitraje, la participación de la otra *-que usualmente es la empresa-* queda supeditada

²⁴ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “La naturaleza del arbitraje en la negociación colectiva”. En: Soluciones Laborales N° 46. Octubre 2011. Lima: Gaceta Jurídica, p.15.

²⁵ La Comisión de Expertos de la OIT ha señalado que los «servicios esenciales» se refiere únicamente a aquellos cuya interrupción podría poner en peligro, la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población, y en los cuales podría estar justificado imponer restricciones e incluso prohibiciones, las cuales deberían ir acompañadas de garantías compensatorias (357° Informe del Comité Libertad de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo, aprobado por el Consejo de Administración en su 308° reunión -Ginebra, junio 2010).

Por su parte el Comité de Libertad Sindical en el numeral 585 del citado informe también ha señalado que pueden ser considerados como servicios esenciales al sector hospitalario, electricidad, abastecimiento de agua, telefónicos, la policía y las fuerzas armadas, los bomberos, los servicios penitenciarios públicos y privados, el suministro de alimentos a los alumnos en edad escolar y la limpieza de los establecimientos escolares y el control de tráfico aéreo.

²⁶ La R.M. N° 076-2012-TR, que contiene Directiva General N° 005-2012-MTPE/2/14, define al arbitraje potestativo como “*Llamado también unilateral o voluntario vinculante. Se conoce así al mecanismo extrajudicial mediante el que, en función de una prerrogativa normativa -inspirada en la jurisprudencia constitucional-, las partes se encuentran facultadas para someter la solución del conflicto a la decisión de un tercero, ajeno a ellas, con competencia para resolverlo a través de un laudo o fallo arbitral; quedando obligada la otra parte a dicho sometimiento y decisión*”.

a la decisión del tribunal arbitral. Por citar un ejemplo, si el sindicato considera que la información económica financiera proporcionada por la empresa ha afectado el proceso de negociación colectiva, en tanto no ha sido suministrada de forma completa y oportuna podría someter el conflicto de negociación colectiva a un arbitraje potestativo, aún en contra de la voluntad de la empresa.

1.4. La Constitución, arbitraje laboral y Tribunal Constitucional

En el Perú, la actual Constitución es la norma suprema que cimienta las bases necesarias que requiere todo Estado para su actuación en virtud de los alcances democráticos que debe primar en una sociedad, contemplando para ello también los mecanismos necesarios, tal como el arbitraje, para la defensa de los derechos fundamentales del ser humano.

En virtud de ello, a continuación desarrollaremos los aspectos acogidos por la Constitución, con respecto al arbitraje laboral, desde una perspectiva constitucional.

1.4.1. La Constitución y arbitraje laboral

Como antecedentes legislativo es necesario señalar que, la Constitución de 1979 ya contemplaba la jurisdicción arbitral como garantía de la administración de justicia, y lo señalaba de la siguiente manera: “*Son garantías de la administración de justicia: 1.- La unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar*”²⁷. (El resaltado es nuestro).

Por su parte, el inciso 1 del artículo 139 de la actual Constitución establece que: “*Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral (...)*”. (El resaltado es nuestro).

En ese sentido, el origen de la función jurisdiccional del arbitraje en nuestra sociedad tiene refuerzo constitucional en dos fuentes debidamente amparadas en la Constitución, tal como lo sostiene LANDA ARROYO²⁸ al señalar que “*(...) siendo el Perú un Estado constitucional y democrático de Derecho, esta legitimación proviene de la voluntad general, plasmada por el constituyente en las Cartas de 1979 y 1993; mientras que, en el marco de una determinada controversia, es el principio de autonomía de voluntad de los privados, el elemento que legitima la intervención de los árbitros en la resolución del conflicto*”.

Al respecto, queda claro que la jurisdicción arbitral se encuentra contemplada en la Constitución, por lo que cualquier persona que tenga legítimo interés de resolver un conflicto, de diversa índole, tiene plena facultad de recurrir, ya sea a la vía jurisdiccional o arbitral. Sin embargo, si bien los tribunales tienen la capacidad de resolver cualquier discrepancia que pudiera suscitarse dentro del marco de una negociación colectiva, esta

²⁷ Constitución Política del Perú 1979, artículo 233, inciso 1.

²⁸ LANDA ARROYO, César. “El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisdicción del Tribunal Constitucional”. Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje. Primera edición, p.107.

potestad requiere ser ejercida de manera cautelosa, y de conformidad con los principios constitucionales y derechos fundamentales que prima en nuestra sociedad, tal como el TC lo ha señalado a continuación:

“De otro lado, el reconocimiento del control difuso arbitral exige también resaltar que los tribunales arbitrales deben ejercer esta facultad con especial prudencia, a fin de no desnaturalizar el fundamento del arbitraje (...). Así como una excesiva judicialización del arbitraje puede llevar a desconocer su carácter célere y alternativo de solución de conflictos sustentado esencialmente en la autonomía de la voluntad, una desvinculación absoluta de los derechos fundamentales es irrazonable en el actual Estado constitucional democrático”²⁹.

De esta forma, y partiendo de la premisa que nos encontramos ante un Estado Social y Democrático de Derecho³⁰, la interpretación que el TC realiza sobre los alcances del arbitraje parte de dicha situación, considerándolo como un tema fundamental en el desarrollo y sistematización de los casos analizados, y que inclusive sirve de parámetro para el sustento de sus decisiones en los diferentes tipos de conflictos que pudieran suscitarse.

Así, los alcances del artículo 28.2 de la Constitución deben sustentarse en el principio de autonomía de voluntad³¹, teniendo por un lado, a la negociación colectiva como un derecho de los sindicatos; y por el otro, a la obligación del Estado de fomentar y de promover las formas de solución de conflicto de manera voluntaria. Ahora, si consideramos que el arbitraje es una forma de solución de conflictos colectivos, debemos partir del elemento de “voluntariedad” para comprender al arbitraje como método heterocompositivo, tal como el TC lo ha indicado de la siguiente manera: “(...) *al normar un arbitraje obligatorio se contraviene el principio de autonomía de la voluntad y el derecho a la tutela judicial efectiva*”³². A través de este considerando se refleja la posición del TC sobre el principio de autonomía de voluntad al considerar que el arbitraje obligatorio lo contraviene.

Es este caso es necesario resaltar que si bien el TC señala que el Estado es el encargado de promover y velar por el ejercicio adecuado de la autonomía colectiva buscando que las propias partes lleguen a un acuerdo, a través de la negociación directa, conciliación, mediación y finalmente el arbitraje, ello no significa desplazar la decisión de las partes para someterlas a un arbitraje potestativo en el cual sólo decida una de ellas. De esa forma, nadie desconoce la obligación de las partes de negociar de buena fe y con recíproca lealtad, sin embargo ello no debería determinar que la decisión de sometimiento

²⁹ STC. N° 00142-2011-PA/TC, f.j.12 (fundamento de voto del magistrado Urviola Hani).

³⁰ Constitución Política del Perú. “Artículo 4.-La enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

³¹ Constitución Política del Perú. “Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona: Toda persona tiene derecho: (...) 24.a. **Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe**”. (El subrayado es nuestro).

³² STC. N° 02513-2007-PA/TC, f.j.33.

de las partes a un arbitraje quede sujeta a una interpretación distinta a la establecida por ley.

Sin embargo, tal como lo veremos a continuación, el criterio del TC en los últimos años ha ido evolucionado, considerando ahora al arbitraje potestativo como una forma de solución de conflictos incorporado en el marco de las relaciones laborales.

1.4.2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Sin lugar a dudas, no podemos desconocer que el caso más emblemático que ha dado origen al arbitraje potestativo como mecanismo de solución de conflictos laborales es el recaído en los trabajadores portuarios (Exp. N° 3561-2009-PA/TC). Sin embargo, tampoco podemos dejar de lado un reciente análisis realizado por el TC en el caso del Sindicato de SUNAT (Exp. N° 02566-2012-PA/TC), en adelante “Caso SUNAT”, que si bien adopta una posición similar al caso de los trabajadores portuarios, emite un alcance con una nueva interpretación, que a diferencia de la primera que incluía causales específicas para someterse a un arbitraje potestativo, esta no comprende los casos exigidos inicialmente, tales como el hecho de estar en una primera negociación o la configuración actos de mala fe para su sometimiento a esta modalidad arbitral, sino que el solo hecho que una de las partes lo solicite, la otra se encuentra obligada a someterse al arbitraje.

De esa forma, a continuación desarrollaremos cada una de las resoluciones adoptadas por el TC en el caso de los trabajadores portuarios y de SUNAT.

1.4.2.1. Sentencia recaída en el Exp. N° 3561-2009-PA/TC y Resolución Aclaratoria (trabajadores portuarios)

El 17 de agosto de 2009, el TC emitió la Resolución recaída en el Exp. N° 3561-2009 – PA/TC (publicada el 03 de julio de 2010), mediante la cual se resolvió una controversia suscitada entre el Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao (SUTRAMPORPC) contra la Asociación Peruana de Operadores Portuarios (ASPPOR), la Asociación Peruana de Agentes Marítimos (APAM) y la Asociación Marítima del Perú (ASMARPE), en adelante “las demandadas”.

El petitorio de la demanda estaba referido al cumplimiento del Decreto 447 emitido por la AAT³³, así como al hecho que las demandadas habían vulnerado su derecho de negociación colectiva, debido a que se resistían a negociar por rama de actividad, además que no habían asistido a las reuniones durante las etapas de trato directo y de conciliación. Por su parte, las demandadas alegaron que el sindicato no tenía derecho a negociar colectivamente por rama de actividad sino a nivel de empresa, en tanto no había acuerdo de partes, tal como lo establecía el artículo 45 de la LRCT.

³³ Decreto N.º 447, de fecha 23 de noviembre de 2007, emitido por la División de Negociaciones Colectivas y Registros Generales de la Dirección de Trabajo y Promoción del Empleo del Callao, en el Exp. N° 052-2007-MTPE/2/12.710, que señala lo siguiente: *“Por recibido el expediente de Negociación Colectiva seguido entre el Sindicato Único De Trabajadores Marítimos Y Portuarios Del Puerto Del Callao con Asociación Peruana De Agentes Marítimos, Asociación Peruana De Operadores Portuarios y Asociación Marítima Del Perú: Estando a lo dispuesto por el Auto Directoral N° 037-2007-MTPE/2/12.7, de fecha 20 de noviembre de 2007, continúese con el procedimiento de negociación colectiva, en la etapa de trato directo”.*

Al respecto, la controversia se centró principalmente en: 1) determinar si las inasistencias a las reuniones para negociar por rama de actividad durante las etapas de trato directo y conciliación vulneraba el derecho de negociación colectiva y, 2) analizar si el artículo 45 de la LRCT contraviene el derecho de negociación colectiva reconocido por el artículo 28 de la Constitución.

En la citada resolución el TC determinó que, negarse a recibir a los representantes de los trabajadores o ejecutar actos de mala fe durante el proceso de negociación es una afectación al derecho de negociación colectiva; y en este caso, teniendo en cuenta que las partes emplazadas no asistieron injustificadamente a la mayoría de reuniones convocadas, abusaron de su facultad para decidir el nivel de negociación. Por ello, el TC concluyó que, en tanto no exista acuerdo con respecto al nivel de negociación, es posible determinarlo de forma excepcional mediante el arbitraje, siempre que se evidencie que alguna de las partes haya incumplido su deber de negociar de buena fe.

De esta manera, tal como también lo estableció el TC, si bien los convenios de la OIT no imponen la obligación de negociar un acuerdo colectivo, ello no implica que el Estado se abstenga de su obligación de fomentar los mecanismos de negociación; asimismo y en caso alguna de las partes se niegue a negociar en un nivel determinado ello no constituye una contravención al derecho de negociación colectiva salvo que se evidencien actos de mala fe, en cuyo caso será posible que el nivel sea establecido mediante arbitraje.

De esa forma, para este caso, el TC inaplicó el segundo párrafo del artículo 45 de la LRCT, manifestando que la frase: *“A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa”* es inconstitucional, toda vez que *“no sólo contraviene la libertad para decidir el nivel de la negociación, sino también porque lesiona el derecho de negociación colectiva, en ese sentido (...) ninguna ley puede fijar imperativamente el nivel de la negociación, tal como ocurre con la frase referida”*³⁴. Una de las razones por la cual el TC también optó por determinar la inconstitucionalidad de esta disposición fue porque consideró que la legislación no debería imponer el nivel de negociación colectiva en tanto que dicha determinación debería surgir de las propias partes, y en el presente caso la LRCT establecía que a falta de acuerdo el nivel impuesto era el de empresa.

Posteriormente, con fecha 01 de marzo de 2010 (publicada el 05 de julio de 2010) el TC emitió una resolución aclaratoria, determinando que *“el arbitraje a través del cual deberá decidirse el nivel de la negociación ante la falta de acuerdo entre trabajadores y empleadores es aquél al que hace alusión el artículo 61 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, el cual es de carácter potestativo. En tal sentido, sometido el diferendo a arbitraje por cualquiera de las partes, la otra tiene el deber de someterse a éste”*.

Del contenido de la sentencia de trabajadores portuarios se desprende que el TC, a través de esta resolución, declara inconstitucional una oración del artículo 45 de la LRCT e incorpora al arbitraje potestativo como una figura innovadora, en aquellos casos que las partes no se ponen de acuerdo para determinar el nivel de negociación colectiva, siempre que durante el proceso de negociación se haya evidenciado actos que contravengan el principio de buena fe de alguna de las partes. Esto quiere decir, que si bien las partes se encuentran facultadas para negociar de manera libre y voluntaria, en aquellos casos que se susciten situaciones que demuestre que alguna de las partes está actuando de mala fe

³⁴ STC. Exp. N° 03561-2009-PA/TC, f.j. 28.

“corresponde al Estado introducir garantías que habiliten el acceso a la negociación colectiva”³⁵.

En nuestra opinión, y teniendo en cuenta el principio de autonomía de voluntad que contempla la Constitución y el reconocimiento de la voluntad de las partes para optar por el acuerdo y procedimiento de solución de conflictos que mejor satisfaga a ambas, no compartimos la posición contemplada en la resolución del TC, debido a que consideramos que no debió haberse impuesto el arbitraje como una forma de solución de conflictos, toda vez que si bien esta figura se encuentra contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, su naturaleza recae, precisamente, en un arbitraje voluntario pero no potestativo; más aún cuando un sistema como el señalado atenta directamente contra la facultad de las partes de plantear las diversas formas pacíficas de solucionar sus propios conflictos colectivos, y que inclusive más adelante veremos que contraviene los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical de la OIT. De esa forma, una alternativa que podría haberse planteado - *con la finalidad que las partes puedan continuar sus reuniones de negociación*- es ordenar de inmediato que las partes exploren otros mecanismos alternativos de solución de conflicto, tales como la mediación o conciliación; que si bien la AAT ya lo había dispuesto, el mandato del TC hubiera tenido más impacto para su determinación.

De esa forma, si bien la presente resolución de trabajadores portuarios -*emitida por el TC*- no es un precedente vinculante, en tanto sólo se encuentra referida a esa situación determinada, este caso ha sido el origen y sustento normativo para implementar al arbitraje potestativo como una alternativa de solución a los conflictos colectivos, a través de la modificación del RLRCT, habiendo generado posiciones divergentes en nuestra doctrina nacional.

1.4.2.2. Sentencia recaída en el Exp. N° 02566-2012-PA/TC (caso SUNAT)

Este caso se encuentra referido a un recurso de agravio constitucional³⁶ interpuesto contra la SUNAT por el Sindicato Nacional de Unidad de Trabajadores de la

³⁵ VILCHEZ GARCÉS, Lidia. “¿Modificar la ley en el caso concreto es una atribución del Tribunal Constitucional?. En: La obligatoriedad del arbitraje en la negociación colectiva. Revista Jurídica del Perú. Tomo 104. Octubre 2009, p.73.

³⁶ STC. Exp. N° 02566-2012-PA/TC (Caso SUNAT): La resolución emitida por el TC se deriva de un recurso de agravio constitucional interpuesto por Sindicato Nacional de Unidad de Trabajadores de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (el Sindicato) contra la resolución expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que declara fundada la excepción de prescripción. El caso tiene como antecedente una acción de amparo interpuesta por el sindicato mediante la cual solicita suscribir el acta de compromiso arbitral para someter a arbitraje su pliego de reclamos 2008-2009 al no haber existido acuerdo entre las partes durante la etapas de negociación directa y conciliación.

En primera instancia el 1° Juzgado Constitucional de Lima declaró infundada la excepción de prescripción y fundada la demanda de amparo por considerar que la negativa de la SUNAT a someter a arbitraje el pliego de peticiones, sin existir justificación alguna para ello, vulnera el derecho de negociación colectiva. La Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declara fundada la excepción de prescripción al considerar que la carta de negativa a someterse a arbitraje enviada por la SUNAT tiene fecha 25.09.2009 por lo que el plazo ya habría vencido a la fecha de la interposición de la demanda.

Sin embargo, el TC ha considerado que la excepción de prescripción es desestimable, toda vez que estamos ante una supuesta afectación de naturaleza continuada. No obstante ello, declaró

Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (en adelante el “Sindicato-SUNAT”) con el objeto se ordene suscribir el acta de compromiso arbitral, para someter a arbitraje el conflicto presentado con respecto a su pliego de reclamos por el periodo 2008-2009, dado que no habían llegado a un acuerdo durante las etapas de trato directo y conciliación, alegando además una vulneración de su derecho de negociación colectiva.

Teniendo en cuenta que la SUNAT no convocó a ninguna reunión para la instalación, procedieron a solicitar a la AAT que los convoque a la conciliación, no habiendo tampoco llegado a ningún acuerdo en dicha etapa, por lo que el Sindicato-SUNAT decidió someter su diferendo a un arbitraje potestativo al ser una opción excluyente del derecho de huelga.

Si bien tanto en primera como en segunda instancia, en adición al tema de la contravención del derecho de negociación colectiva, se enfocaron más en discutir un tema de excepción de prescripción alegada por la SUNAT, el TC consideró que al ser una denuncia de naturaleza continuada sí era necesario evaluar el fondo de la controversia.

Es por ello que tomó como sustento preliminar la posición adoptada por el TC en la resolución de la sentencia recaída en el Exp. N° 3561-2009 – PA/TC (caso de trabajadores portuarios) en la cual se precisó que el arbitraje al que se hace referencia en el artículo 61 de la LRCT es uno de carácter potestativo, y que para someterse a dicha modalidad arbitral se requiere cumplir determinados supuestos, como por ejemplo la configuración de los supuesto de mala fe; tal como se describe a continuación:

“(…) entonces resulta claro que el arbitraje al que alude el artículo 61° es uno potestativo, y no voluntario, además porque una interpretación contraria llevaría a la inconstitucional conclusión de que en caso de que los trabajadores optaran por acudir al arbitraje, el empleador tendría plena facultad, con su negativa, de frustrar esta vía heterocompositiva de solución, obligando a los trabajadores a acudir a la huelga; solución que no sólo se opondría al deber del Estado de promover y fomentar formas pacíficas de solución de conflicto, sino que además haría de la huelga no un derecho fundamental libremente ejercido por el trabajador, sino una vía obligatoria impuesta directamente por el empleador, lo que equivaldría a vaciar de contenido a este derecho fundamental³⁷. (El subrayado es nuestro).

No obstante, en el presente caso el TC adicionalmente a ello, ha realizado una nueva interpretación del arbitraje potestativo con referencia a lo establecido en Exp. N° 3561-2009–PA/TC, haciendo un análisis sistemático del contenido de los artículos 61, 62 y 63 de la LRCT. En dicha resolución se ratifica que el arbitraje contenido en el artículo 61 de la LRCT es potestativo y no voluntario, sin embargo no menciona las condiciones previamente establecidas, tales como la existencia del actuar de mala fe de las partes, señalando que *“(…) hallándonos ante un arbitraje potestativo, la decisión de acudir corresponde única y exclusivamente a los trabajadores, debiendo el empleador someterse a dicho procedimiento, sin tener la facultad de oponerse o negarse, salvo en el supuesto contemplado en el artículo 63 del TUO de la LRCT, que no es el caso”.* (El subrayado es nuestro).

infundada la demanda teniendo en cuenta que el sindicato ejerció su derecho de huelga, considerando que no se ha vulnerado el derecho de negociación colectiva, debiendo desestimar la pretensión de la demanda. Es decir, en tanto el sindicato ejerció el derecho de huelga, ya no podía optarse por un arbitraje.

³⁷ STC. Exp. N° 02566-2012-PA/TC, f.j. 12

En este caso, el TC también ha considerado que, en caso contrario, si los sindicatos no tuvieran la facultad de optar alternativamente por el arbitraje o la huelga, su facultad de recurrir a un método de solución de conflicto *-como es el arbitraje-* se vería limitado, toda vez que al tener dicha dificultad ejercerían su derecho de huelga como medida de presión frente a una negativa de acuerdo colectivo.

Es por ello que, en virtud de lo previamente señalado, se desprende que la nueva interpretación del artículo 61 del TUO de la LRCT adoptada por el TC conlleva a establecer que estamos frente a una nueva modalidad del arbitraje potestativo, pero que a diferencia del caso de los trabajadores portuarios, en ésta no se requiere una causal de mala fe, por lo que podríamos sostener que estamos ante el denominado “arbitraje potestativo incausado”. Así, de los alcances de esta nueva interpretación, los sindicatos y las empresas se encontrarían facultadas para someter cualquier conflicto de negociación colectiva a un arbitraje potestativo, sin requerir ninguna causal previa, *-en tanto no hayan ejercido su derecho de huelga en el caso de los sindicatos-* y la contraparte estaría obligada a aceptarlo.

1.4.2.3. Sentencia recaída en el Exp. N° 02566-2012-PA/TC (Fetratel Perú)

El 21 de mayo de 2014, el TC emitió la Resolución recaída en el Exp. N° 03243.2012-PA/TC, a través de la cual resuelven una controversia surgida entre la Federación de Trabajadores del Sector Comunicaciones del Perú (Fetratel Perú) contra Telefónica Gestión de Servicios Compartidos (TGSC). El petitorio de la demanda estaba referido al sometimiento de la negociación colectiva al arbitraje, considerando que ya se había concluido las etapas de trato directo y de conciliación. En atención a ello, la controversia se centró principalmente en determinar si la empresa había vulnerado el derecho de los trabajadores a la negociación colectiva.

De esa forma, el juzgado especializado en lo constitucional (1° instancia) declaró fundada la demanda al considerar que las formas de solucionar los conflictos colectivos conllevan a determinar que el arbitraje plasmado en el artículo 61° de la LRCT es potestativo y no voluntario. Por su parte, la Sala *-que revisó el presente caso-* declaró improcedente la demanda, al considerar que su sometimiento a la vía arbitral es impertinente, en tanto que su imposición solo debería nacer de la voluntad de la ley. Con respecto a este último apartado, si bien compartimos la posición de no imposición al arbitraje potestativo, no estamos de acuerdo en que la imposición nazca de la ley, sino que debería nacer de la propia voluntad de las partes.

Así, en la citada resolución el TC determinó que, el hecho de negarse a negociar en la vía arbitral *- señalando que el arbitraje no puede ser obligatorio, en tanto tiene un carácter voluntario-* demuestra una práctica abusiva que conlleva a entorpecer el proceso de negociación colectiva; por un lado, en la vulneración del derecho de los trabajadores a la negociación colectiva, y por el otro, al abuso de la empresa para negociar.

En atención a lo expuesto podemos advertir que, en esta resolución, nuevamente el TC se ratifica en señalar que la naturaleza del arbitraje contemplado en el artículo 61 de la LRCT es de carácter potestativo; y por ende, ante la manifestada voluntad de alguna de las partes de someterse a esta modalidad arbitral, la otra tiene la obligación de aceptarlo, no pudiendo negarse por ningún motivo ni circunstancia referida a la voluntad. Más aún, de la citada resolución se desprende que el TC no exige la afectación del principio de buena fe, tal como sí lo hacía en la sentencia de trabajadores portuarios, ni tampoco en la

configuración de alguno de los supuestos del. D.S. 014-2011-TR, que lo veremos más adelante con mayor detenimiento.

Sin perjuicio de lo señalado, es necesario manifestar el voto singular del magistrado Álvarez Miranda, quién no comparte la posición previamente señalada, considerando que no se puede forzar a los involucrados a solucionar sus controversias, a través de un arbitraje, en tanto se estaría vulnerando la autonomía de la voluntad, lo que significa suprimir el consentimiento de la otra parte, y el abuso en contra de la parte que no desea ventilar sus conflictos; lo cual debería ser sopesada previamente con la autonomía de las empresas.

1.5. Principios, convenios, declaraciones y pronunciamientos de la Organización Internacional de Trabajo - OIT

La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú³⁸ y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional³⁹ contemplan que los alcances de los derechos y libertades constitucionales deberán interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, con los tratados, acuerdos y decisiones que hayan sido adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, en tanto se encuentren ratificados por el Perú, los cuales inclusive forman parte de nuestra normativa interna.

En esa misma línea, en materia laboral el órgano facultado de emitir dichos alcances es la OIT, quien a su vez cuenta con diversas comisiones encargadas de velar que sus países integrantes cumplan con las disposiciones que se emiten. Así, en temas vinculados a relaciones colectivas laborales, la Comisión de Libertad Sindical, en adelante CLS⁴⁰, y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, en adelante CEACR, son los entes encargados de temas referidos a la negociación colectiva y libertad sindical.

Al respecto, teniendo en cuenta que el derecho a la negociación colectiva, contemplado en la Constitución, no solo tiene protección constitucional sino también supranacional, se hace necesario considerar cual es la influencia del derecho internacional en nuestra normativa nacional. Al referirnos al sistema internacional no sólo debemos considerar a los Convenios sino también a las interpretaciones realizadas por sus órganos especializados.

³⁸ Constitución Política del Perú. Cuarta Disposición Final y Transitoria.- *“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.*

³⁹ Código Procesal Constitucional.- Artículo V del Título Preliminar.- *“El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.*

⁴⁰ Comité de Libertad Sindical, creado en 1951, con el objetivo de evaluar las quejas presentadas, ya sea por los empleadores o trabajadores, sobre contravenciones al derecho de libertad sindical contra los estados miembros, hayan o no ratificado el Convenio N° 87 y 98 sobre libertad sindical o negociación colectiva respectivamente.

De esa forma, la interpretación que cualquier ente realice sobre el derecho de negociación colectiva debe encontrarse acorde a los convenios emitidos por la OIT, y por lo tanto podemos decir que cualquier alcance que contravenga dichas disposiciones también vulneran la Cuarta Disposición Final de la Constitución Política del Perú.

Bajo ese parámetro, desde nuestro punto de vista, la decisión adoptada por el TC sobre el arbitraje potestativo no se encuentra acorde a los criterios emitidos por el Comité de Libertad Sindical.

Por otro lado, y partiendo de la premisa que los pronunciamientos de la OIT son instrumentos internacionales que pueden influir en nuestra normativa nacional, es necesario establecer si sus alcances tienen carácter vinculante, o si por el contrario son *soft law*⁴¹.

Al respecto, el TC ya se ha pronunciado en reiteradas oportunidades que las opiniones realizadas por el CLS y la CEACR son *soft law*, tal como se señala a continuación:

“En consecuencia, a partir de la interpretación dada a lo dispuesto en los referidos convenios por el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, la misma que reviste el carácter de soft law para el derecho interno”⁴²

Sin embargo, algunos laboristas, como lo veremos más adelante, -a pesar que el TC señala lo contrario- consideran que las recomendaciones de la OIT no *“constituyen soft law, ni tampoco consisten en simple doctrina. Al contrario, son fuentes vinculantes del Derecho Internacional del Trabajo”*. Y, que dicha posición se ve reforzada *“porque el Tribunal Constitucional ha considerado a un Convenio Internacional del Trabajo como parte del bloque de constitucionalidad (...)”* y *“porque la Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley N° 29497) señala que (...) los derechos laborales, individuales o colectivos, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por el Perú, sin perjuicio de consultar los pronunciamientos de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y los criterios y decisiones adoptados por los tribunales internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte”⁴³*.

De esa forma y, en cuanto a los pronunciamientos del CLS y la CEACR cabe indicar que los alcances de las normas internacionales e interpretación de los Convenios de la OIT, emitidos por dichas entidades, tienen rango constitucional. Esta posición ha sido acogida

⁴¹ “La posición generalizada de la doctrina es considerar que el fenómeno del *soft law* aparece cuando el instrumento tiene un *carácter jurídicamente no vinculante y posee cierta relevancia jurídica*, siendo su espacio natural de producción el Derecho internacional, aun cuando se esté extendiendo, en la actualidad y por su influencia, a los derechos domésticos”. ALARCÓN GARCÍA, Gloria. “El *soft law* y nuestro sistema de fuentes”. En: Contribución al Libro Homenaje del profesor Álvaro Rodríguez Bereijo, 2010, p. 9.

⁴² Exp. N° 00026-2007-PI/TC. También puede verse las siguientes resoluciones: Exp. N° 00024-2009-PI, Exp. N° 02464-2011-PHC/TC y, Exp. N° 02111-2010-PA/TC

⁴³ SARZO TAMAYO, Víctor Renato. “La determinación no autónoma del nivel de negociación colectiva desde la óptica del uso judicial del derecho internacional del trabajo: a propósito de dos sentencias del Tribunal Constitucional”. Boletín electrónico del MTPE. Lima, Dex of /boletin/documentos/boletin_16, publicado el 12.06.2012.

por la doctrina nacional, en tanto se señala que su interpretación no sólo se realiza en concordancia con los tratados, previamente ratificados por el Perú, sino también con los alcances que hayan sido emitidos por las entidades encargadas de su creación.

Al respecto, laboristas como Neves Mujica, Blancas Bustamante, Villavicencio Ríos y Boza Pro consideran que los pronunciamientos emitidos por los tribunales internacionales, tales como los referidos a los Convenios de la OIT, tienen rango constitucional e inclusive forman parte del bloque de constitucionalidad, tal como se señala a continuación:

“(...) El bloque se extiende, en nuestra opinión, no sólo al texto del Tratado sino también a la jurisprudencia que sobre él ha nacido de los órganos de control de la Organización Internacional que lo produjo”⁴⁴.

“Sin embargo, a pesar de que el artículo 28° de la Constitución no aporta mayores elementos de juicio sobre el concepto de libertad sindical, precisamente por eso el contenido de ésta debe establecerse recurriendo a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú que se refieren a dicha libertad, los cuales poseen rango constitucional e integran el bloque de constitucionalidad”⁴⁵.

“(...) nuestro Tribunal Constitucional considera que las decisiones de los tribunales internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad, en la medida en que precisan el contenido de las normas internacionales que interpretan y que, como vemos, tienen rango constitucional (...)”⁴⁶.

En ese orden de ideas será necesario recurrir a los instrumentos internacional ratificados por nuestro país, en particular los convenios N° 87 y 98 de la Organización Internacional de Trabajo”⁴⁷.

Por otro lado, es necesario señalar que el Perú se ha adherido al Convenio 87 y 98 de la OIT, que se titula “Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación” y “Derecho de sindicación y negociación colectiva” respectivamente. Adicionalmente, existe una Declaración de la Organización Internacional de Trabajo relativa a los Principios y Derechos Fundamentales que establece que, a pesar que los países integrantes no hayan ratificado los convenios referidos a libertad sindical, se encuentran obligados a su cumplimiento, los mismos que veremos posteriormente de forma detallada.

⁴⁴ NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2012, pp.79-80.

⁴⁵ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. La cláusula del Estado Social en la Constitución. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2011, p.192.

⁴⁶ El autor refiere que *“(...) Siendo que para nosotros, estos pronunciamientos tienen también rango constitucional, cuando establecen interpretaciones generales de los Convenios de la OIT”*. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación. PLADES. Lima, 2010, p.53 - 70.

⁴⁷ BOZA PRO, Guillermo. Lecciones de Derecho del Trabajo. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2011, p.71.

Todo lo anterior y sumado al hecho que la propia Constitución considera que la interpretación de los organismos internacionales sobre derechos humanos tienen rango constitucional, no hace sino confirmar que se debe catalogar a estos criterios en el máximo nivel de nuestra pirámide normativa.

1.5.1. Principios de una negociación colectiva

Es necesario tener en cuenta que la OIT se ha pronunciado con respecto a los principales principios que influyen dentro de una negociación colectiva, las cuales también han sido desarrolladas en la sentencia de trabajadores portuarios, lo cual una vez más evidencia la influencia del derecho internacional en nuestro ámbito nacional. Si bien existen otros principios, en este caso nos referiremos sólo a aquellos que se encuentran relacionadas a nuestro trabajo de investigación:

a. Principio de negociación libre y voluntaria

Tal como lo ha establecido la OIT, la negociación voluntaria es un elemento inmerso dentro de los alcances del principio de libertad sindical y que para lograr su eficacia requiere que dicho elemento se encuentre imprescindiblemente en todos los procesos de negociación colectiva y que además no contenga actos coactivos que afecten dicha negociación⁴⁸.

De ello se desprende que ni las partes ni el Estado a través de sus disposiciones normativas deberían fomentar la imposición de una negociación obligatoria, como por ejemplo estar sujetos a un periodo determinado de negociación para resolver sus conflictos laborales colectivos o en caso de no resolverlos someterlos a un proceso arbitral⁴⁹, en tanto que ello afectaría el principio de negociación libre y voluntaria.

b. Libertad para decidir el nivel de negociación

Así como el principio de la voluntariedad debe primar durante todo el proceso de negociación colectiva dicha decisión también recae en el momento de la determinación del nivel de negociación al que desean someterse las partes, no pudiendo la legislación ni la AAT imponerlo⁵⁰.

⁴⁸ OIT - Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Véase párrafo 925 y 926. Quinta Edición (revisada).

⁴⁹ OIT - Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Véase párrafo 997. Quinta Edición (revisada).

⁵⁰ Al respecto puede verse un caso argentino en la cual su legislación establecía que de haber desacuerdo de las partes la Autoridad de Trabajo tendría la obligación de definir el nivel de negociación colectiva, ante lo cual el CLS, adoptando el criterio de la CEACR, estableció que ni la legislación ni la AAT pueden establecer dicho nivel, toda vez que contraviene el principio de negociación colectiva. Para un mayor alcance ver Informe del Comité de Libertad Sindical 310°, caso N° 1887, Serie B, núm. 2, Vol. LXXXI, 1998.

Sin embargo, en el caso núm. 2375⁵¹, el CLS ha considerado que si bien no puede ser impuesto –*en tanto que se busca la independencia de las partes*- ello no implica que dicha labor pueda ser delegada a un organismo realmente independiente.

c. Principio de buena fe

La OIT, a través del CLS, se ha pronunciado en reiterados casos⁵² sobre la importancia del principio de buena fe de una negociación colectiva en tanto que se busca mantener la armonía que debe primar en el marco de las relaciones laborales colectivas. Así, teniendo en cuenta dicho principio, y con el objeto de establecer una relación mutua y permanente de confianza, se requiere que las partes busquen todas las soluciones posibles para arribar a un acuerdo⁵³.

1.5.2. Convenio 87 de la OIT: Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación⁵⁴

El 04 de julio de 1950 entró en vigor el Convenio 87, denominado “Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación”, ratificado por el Perú en el año 1960. Si bien el referido Convenio reconoce la creación de organizaciones tanto para los empleadores como trabajadores, cabe indicar que tiene mayor incidencia para estos últimos, por las consideraciones que contempla el citado convenio.

El primer derecho contemplado en el Convenio 87 es el referido a la libertad sindical que contiene el derecho de constituir organizaciones, de afiliarse, redactar estatutos, elegir a sus representantes, organizar a su administración, entre otros. Y, el segundo, es el derecho de protección del derecho de sindicación, a través de la cual se garantiza el libre ejercicio del derecho de sindicación.

⁵¹ Este caso es una queja presentada contra el Gobierno peruano por la Organización Internacional de Empleadores (OIE), - la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas CONFIEP) y - la Cámara Peruana de la Construcción (CAPECO) sobre la imposición del nivel de rama de actividad en el caso del sector de la construcción. Al respecto, el detalle de este caso puede encontrarse en el Informe del Comité de Libertad Sindical 338°, caso N° 3275, Vol. LXXXVIII, 2005, Serie B, núm. 3.

⁵² Al respecto, un detalle de casos en los que el CLS ha determinado la importancia de mala fe se señala a continuación (OIT - Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Concejo de Administración de la OIT. Véase párrafo 934. Quinta Edición - revisada):

- Informe del CLS 338°, caso N° 2404, párrafo 1047, año 2005
- Informe del CLS 335°, caso N° 2244, párrafo 1258, año 2004
- Informe del CLS 333°, caso N° 2288, párrafo 826, año 2004
- Informe del CLS 332°, caso N° 2263, párrafo 298, año 2003.

⁵³ Al respecto, a continuación se detalla los casos en donde el CLS lo ha determinado (OIT - Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Concejo de Administración de la OIT. Véase párrafo 935. Quinta Edición (revisada)):

- Informe del CLS 338°, caso N° 2404, párrafo 1047, año 2005.
- Informe del CLS 333°, caso N° 2288, párrafo 826, año 2004
- Informe del CLS 332°, caso N° 2263, párrafo 298, año 2003.

⁵⁴ Para un mayor alcance del contenido del Convenio 98 de la OIT puede revisarse: MARCOS SÁNCHEZ, José y RODRÍGUEZ CALDERÓN, Eduardo. Organización Internacional de Trabajo (OIT). Manual para la Defensa de la Libertad Sindical. Segunda edición revisada, 2001.

Al respecto, es necesario señalar que el Convenio 87 acoge un gran número de derechos para ambas organizaciones -de los trabajadores y empleadores- las cuales no deben ser ejercidas de manera condicionada, ello con la finalidad que las partes tengan plena libertad para su ejecución.

1.5.3. Convenio 98 de la OIT: Derecho de sindicación y negociación colectiva

El 18 de julio de 1951 entró en vigor el Convenio 98 de la OIT, denominado “Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva”, ratificado por el Perú el año 1964. El citado Convenio contempla una serie de derechos, pero que a diferencia del Convenio 87 refleja una mayor protección al derecho de los trabajadores. Entre los derechos contemplados en el citado convenio se encuentran el no menoscabo a la libertad sindical.

Al respecto, si bien el Convenio 98 contempla varios artículos sobre derecho de sindicación y negociación colectiva, para el objetivo del presente trabajo nos centraremos principalmente en el siguiente:

“Artículo 4.- Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”. (El subrayado es nuestro).

De ello puede apreciarse que el artículo 4 del Convenio 98 establece la obligación del Estado de *estimular y fomentar* los procedimientos de una negociación voluntaria dentro de una negociación colectiva. Pero ¿qué debemos entender cuando nos referimos a “estimular” y “fomentar” la negociación? Con relación a esta terminología cabe mencionar los argumentos planteados en el acta durante la elaboración del Convenio 98, en donde se señalaba que los alcances de dicha denominación no tenían que ser “*susceptible de una interpretación de la que pudiera derivarse la obligación para los gobiernos de imponer negociaciones colectivas*”⁵⁵. De esta manera, y a través de dichos documentos de trabajo, se aprecia la real intención de los autores de este artículo, cuya finalidad no era forzar a las partes a someterse a una negociación colectiva sino que dicho interés se fomente a través de la voluntariedad de los propios interlocutores.

Esto significa, por una parte, que los Estados asumen el compromiso de promover, tanto a las empresas como a los sindicatos, las condiciones que sean necesarias para que éstas asuman un rol que conlleve a un acuerdo colectivo sustentado en el respeto de una negociación libre y voluntaria. Y, por la otra, que el Estado se limite únicamente a su rol como promotor mas no como intervencionista, renunciando a cualquier intromisión dentro de un proceso de negociación colectiva.

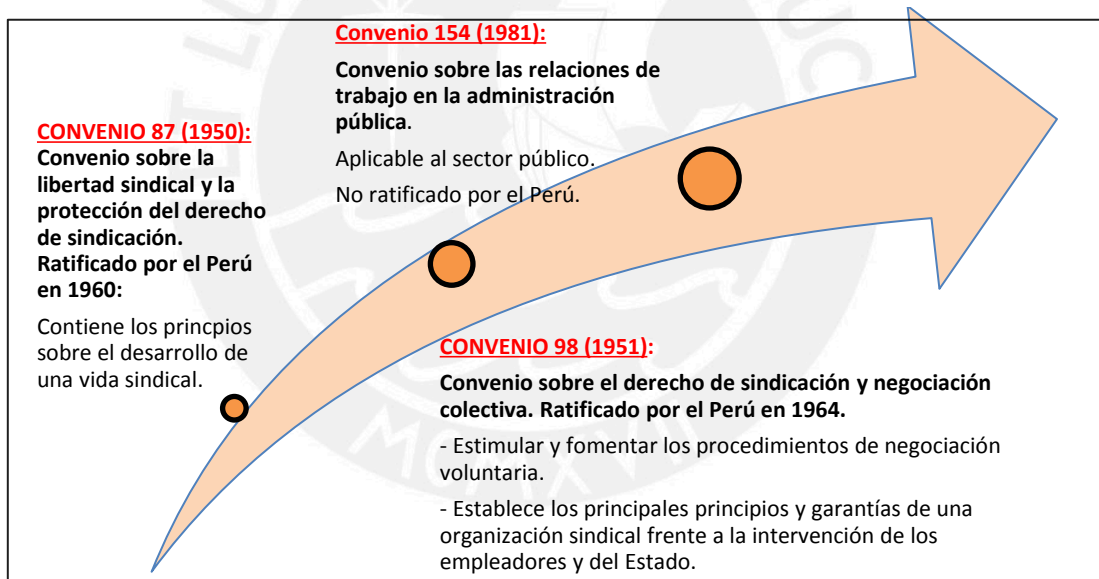
⁵⁵ Conferencia Internacional de Trabajo. Actas, 1981.pp. 22/6, citado por GERNIGON Bernard, ODERO Alberto y GUIDO Horacio. La Negociación Colectiva - Normas de la OIT y principios de los órganos de control. Oficina Internacional del Trabajo - Ginebra, Primera edición 2000, p. 40.

1.5.4. Convenio 154 de la OIT: Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública

Al inicio de presente trabajo manifestamos que nos limitaríamos únicamente al ámbito privado; sin embargo en este apartado realizaremos una excepción con respecto a este convenio, considerando que el Convenio 154 si bien es aplicable al sector público y no ha sido ratificado por el Perú, es necesario tenerlo en cuenta debido a la importancia de su contenido, además porque el TC en la sentencia de los trabajadores portuarios también lo consideró como parte del bloque de constitucionalidad de la negociación colectiva.

Por ello, es necesario señalar que, al igual que en los anteriores convenios, a través de este Convenio también se establece que la negociación colectiva es voluntaria; sin embargo a diferencia del Convenio 98 mediante el cual se dispone que se deben adoptar las medidas para promover y fomentar la negociación colectiva, a través del Convenio 154 se intenta generar los instrumentos necesarios para su aplicación. Esto significa que si bien el Convenio 154 no ha sido ratificado por el Perú, el hecho de haber sido considerado por el TC como parte del bloque de constitucionalidad de un derecho colectivo lo fortalece para complementarse con el resto de Convenios si ratificados.

A continuación se muestra un gráfico que resume los alcances de los Convenios de la OIT:



1.5.5. Declaración de la Organización Internacional de Trabajo relativa a los Principios y Derechos Fundamentales

La Declaración de la Organización Internacional de Trabajo relativa a los Principios y Derechos Fundamentales⁵⁶ (en adelante la "Declaración") es un instrumento de la OIT, que busca confirmar el compromiso, tanto de los Estados, empresas y trabajadores, sobre aquellos principios contemplados en la Constitución de la OIT, y que han sido considerados como fundamentales para lograr el avance conjunto del aspecto social, económico y desarrollo de los países partes de la OIT.

⁵⁶ Para un mayor alcance sobre la materia puede revisarse el siguiente link: [www.ilo.org/declaration/thedeclaration/lang--es/index.htm](http://ilo.org/declaration/thedeclaration/lang--es/index.htm). Revisado el 29.01.2014.

De esa forma, a través de esta Declaración se intenta acoger a aquellos trabajadores, que, estando en un país adherido a la OIT, no gocen de todas las consideraciones mínimas y necesarias que han sido contempladas como derechos fundamentales. Dichos derechos son aquellos que por su especial envergadura requieren de un reconocimiento y protección mínima de cumplimiento de los países miembros de la OIT, tales como el de libertad de asociación, libertad sindical; y, de reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, entre otros⁵⁷. Y, es así, como la OIT lo ha reconocido en su Declaración de la Organización Internacional de Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo⁵⁸.

De esta manera, si consideramos todos los convenios calificados por la OIT como fundamentales, diremos que estos ascienden a ocho convenios; sin embargo, si solo enmarcamos a los principios de libertad de asociación, libertad sindical y de reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva se contemplan dos convenios fundamentales; los cuales son: i) el convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (Convenio 87); y, ii) el convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (Convenio 98).

En ese sentido, si bien algunos países que han ratificado dichos convenios de la OIT han incluido a esta Declaración como parte de su normativa interna, no necesariamente aquellos que no lo han realizado se encuentran eximidos de su cumplimiento, toda vez que al tratarse de derechos fundamentales (derechos humanos y universales), en virtud de la presente “Declaración”, todos los países asumen el compromiso de respetarlos y promoverlos dentro de su política social. Inclusive, aquellos Estados que no hayan ratificado alguno de los convenios sobre derechos fundamentales, tienen como obligación esencial presentar anualmente un estudio sobre dichos principios y derechos, así como mencionar los impedimentos que les dificulta a no ratificarlos.

De esa forma, con la información presentada por los países, la OIT genera un informe que permite visualizar las tendencias planteadas con respecto a los principios y derechos contemplados en la Declaración. Finalmente, y luego de contar con la información procesada permite que la OIT se concentre en aquellas necesidades vinculadas a dicha Declaración.

Todo lo expuesto no hace más que destacar el carácter de derecho humano o fundamental que tiene la negociación colectiva y, a través de ello, la importancia que tiene para las partes el ejercicio de este derecho en forma libre y sin la menor intervención posible de terceros.

1.5.6. Comité de Libertad Sindical (CLS)

El CLS, creado en 1951, tiene como una de sus principales labores evaluar las quejas presentadas, ya sea por los empleadores o trabajadores, sobre contravenciones al derecho

⁵⁷ Adicionalmente al derecho de negociación colectiva y libertad sindical también se encuentran: a) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; b) la abolición efectiva del trabajo infantil; y c) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

⁵⁸ La Declaración de la Organización Internacional de Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo fue adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión, Ginebra, 18 de junio de 1998. A través de esta Declaración, tanto los gobiernos, trabajadores y empleadores ratifican los alcances fundamentales de la OIT.

de libertad sindical contra los estados miembros, hayan o no ratificado el Convenio N° 87 y 98 sobre libertad sindical y negociación colectiva respectivamente. De esta forma, y así como nuestro ordenamiento jurídico nacional ha acogido el derecho de libertad sindical en la Constitución, cabe indicar que para la OIT este principio también es una garantía fundamental que debe primar en la regulación de todos los Estados.

Es por ello que, luego de haber desarrollado en el numeral anterior los Convenios y Declaración de la OIT, en este apartado analizaremos los pronunciamientos principales que han sido emitidos por el CLS en materia de negociación colectiva y libertad sindical, especialmente los referidos a la negociación libre y voluntaria.

En cuanto a temas relacionados a la negociación colectiva, la posición adoptada por el CLS se centra en fomentar tanto a los sindicatos como a las empresas su deber de negociar conforme al principio de la negociación libre y de forma voluntaria, teniendo en cuenta que este derecho constituye un aspecto fundamental y además que se encuentra comprendido dentro de los alcances de la libertad sindical, y en el artículo 4 del Convenio 98 de la OIT.⁵⁹

De esa forma, ningún Estado tiene facultad para imponer forzosamente un sistema específico como medio de negociación colectiva⁶⁰, en tanto que, si bien el rol que desempeña debería ser como el encargado de “fomentar” la negociación, ello no implica que su intervención contravenga a la negociación voluntaria, y por ende al principio de libertad sindical. En esta línea, una manera que quizás el Estado pueda ejercer su rol como promotor del desarrollo de la negociación colectiva es facilitarles a ambas partes diversa información, como por ejemplo la “situación económica de la unidad de producción, salarios y condiciones de trabajos en unidades vecinas y sobre la situación económica y en general”⁶¹ todos los temas que intervengan y coadyuven al éxito de una negociación.

De otro lado, cuando el CLS ha tenido que pronunciarse con respecto a dicho principio de negociación voluntaria dentro del contexto de determinación del nivel de negociación colectiva ha sido enfático en manifestar que ninguna legislación o decisión administrativa debe imponer el nivel de negociación de los interlocutores, correspondiendo dicha facultad únicamente a las partes, en virtud del principio de voluntad⁶². Sin embargo, si bien esa es la regla general, existen algunos países cuya regulación les permite delegar dicha facultad a un tercero, para lo cual el CLS ha considerado que en estos casos el organismo tendría que ser totalmente independiente, y ello es válido teniendo en cuenta que si fuera un organismo parcializado devendría en una afectación al principio de libertad sindical.

Sin embargo, el hecho que las partes no tengan como obligación sistemática el negociar colectivamente e inclusive lograr un acuerdo, no significa que la contraparte carezca de herramientas que le impida el logro de sus objetivos, y es por ello que en algunos casos, como por ejemplo en los países que tienen un reducido desarrollo sindical, la OIT ha

⁵⁹ OIT - Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Concejo de Administración de la OIT. Véase párrafo 880, 881 y 925. Quinta Edición (revisada).

⁶⁰ OIT - Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Concejo de Administración de la OIT. p. 198. Quinta Edición (revisada).

⁶¹ Estudio general CE de 1994, párrafo 248.

⁶² OIT - Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Concejo de Administración de la OIT. Véase párrafo 988, 990 y 991. Quinta Edición (revisada).

generado formas sancionadoras para evitar que se presente este tipo de situaciones, aplicando para ello la imposición de algunas formas de solución de conflictos, tales como la mediación y la conciliación, sólo en aquellos casos que se advierta un comportamiento desleal o de mala fe de alguna de las partes⁶³.

Por su parte, el CLS establece que si bien es obligación del Estado fomentar la negociación colectiva y promover las alternativas de solución pacífica de conflictos laborales ello no implica que mediante sus actos de injerencia intervenga, limite el ejercicio de este derecho o imponga de alguna manera algún sistema que altere el carácter de las negociaciones colectivas⁶⁴, el cual inclusive significaría contravenir los alcances del artículo 4 del Convenio 98 de la OIT. De esta manera, queda claro que, tal como lo establece el CLS, mediante el citado convenio no se puede ejercer de forma impositiva ningún acto que conlleve a una negociación colectiva forzada, porque ello afectaría su carácter voluntario, además de una actitud intervencionista por parte del Estado; sin embargo agrega que esto no significa una actitud de abstención en el fomento de mecanismos de solución de conflictos colectivos⁶⁵ dado que es un rol que debería desempeñar como Estado.

Por otro lado, es necesario señalar que, para el CLS sólo existen dos clases de arbitrajes: i) el voluntario; y ii) el obligatorio. El primero no genera mayor controversia, en tanto se encuentra sujeto al acuerdo de las partes de someterse a dicha modalidad arbitral. Sin embargo, con respecto al segundo, para el CLS sólo es admisible en los siguientes supuestos⁶⁶: crisis nacional aguda, en los casos de conflicto dentro de la función pública (funcionarios de la administración del Estado), en los casos de servicios esenciales y, cuando después de varias negociaciones prolongadas e infructuosas se presenta el bloqueo de las negociaciones.

De esta forma, y de los pronunciamientos previamente señalados, puede apreciarse que si bien el TC ha determinado que el arbitraje al que se refiere la LRCT es uno de carácter potestativo, dicho criterio no se encuentra acorde con las disposiciones emitidas por los órganos internacionales en materia de libertad sindical, tales como los establecidos por la OIT, dado que este tipo de solución de conflictos debe ser excepcional y limitado a supuestos específicos.

⁶³ Este es un caso del Gobierno de Panamá en cuya legislación se estableció una sanción en caso la empresa no conteste a un pliego de peticiones, considerándose como una práctica desleal. Al respecto, el detalle de este caso puede encontrarse en el Informe del Comité de Libertad Sindical 318°, caso N° 1931, *Vol. LXXXII, 1999, Serie B, núm. 3*.

⁶⁴ OIT - Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Concejo de Administración de la OIT. Véase párrafo 927 y 928. Quinta Edición (revisada).

⁶⁵ OIT - Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Concejo de Administración de la OIT. Véase párrafo 929. Quinta Edición (revisada).

⁶⁶ OIT - Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Concejo de Administración de la OIT. Véase párrafo 515 y 860. Quinta Edición (revisada). B.O., vol LXXVII. 1995, Serie B, núm. 2, 299.° Informe, caso núm. 1768 (Islandia), párrafo 109.

1.5.7. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR)

La Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT, en adelante CEACR, creada en 1926, tienen por finalidad revisar de forma imparcial las memorias presentadas por los gobiernos que han ratificado los convenios de la OIT, con respecto a su aplicación en cada uno de los países miembros. Al momento que la comisión realiza el análisis de esta información emite dos tipos de comentarios: i) observaciones y; ii) solicitudes. La primera se refiere a temas fundamentales generados a raíz de la aplicación de un convenio, las cuales son publicadas en el informe anual de la comisión. Y, la segunda versa sobre las solicitudes de información o temas mucho más técnicos, los mismos que no son publicados en el informe de la Comisión.

Los comentarios generados por la CEACR son plasmados en el informe anual⁶⁷ de la Comisión de Expertos, los mismos que hemos tratado de sintetizarlos en este apartado en lo referido únicamente a temas vinculados a nuestro trabajo de investigación, esto es, la autonomía de la voluntad y el arbitraje potestativo.

Con respecto a la autonomía de la voluntad, la CEACR es enfática en determinar que *“los organismos y procedimientos existentes deben destinarse a facilitar las negociaciones entre los interlocutores sociales, que han de quedar libres de negociar”*⁶⁸. Esto significa que si bien el Estado asume un rol importante dentro del proceso de negociación colectiva, son las partes las únicas facultadas para determinar los alcances de su propia negociación.

Es decir, y como se ha manifestado, ninguna legislación debe imponer el nivel de negociación, inclusive la CEACR ha considerado como un conflicto a aquellos casos donde se imponga un nivel de ámbito superior, señalando que en estos casos también existiría incompatibilidad con el Convenio 98.

Por otro lado, y con relación al arbitraje potestativo, la CEACR también se ha pronunciado sobre esta materia opinando⁶⁹ que dicha modalidad arbitral incorporada a través de la regulación del arbitraje potestativo debe evaluarse de forma tripartita considerando los alcances de la negociación directa entre las partes, tal como se señala a continuación:

⁶⁷ El informe anual consta de tres partes: i) la primera contiene el Informe general, que incluye los comentarios acerca del respeto de los Estados Miembros de sus obligaciones constitucionales; ii) la segunda contiene las observaciones sobre la aplicación de las normas internacionales del trabajo; y, iii) la tercera contiene el estudio general.

⁶⁸ Estudio General CE de 1994, párrafo 248.

⁶⁹ La información procesada por la Comisión para emitir esa sugerencia se fundamentó en aquella suministrada por las siguientes partes:

- El Gobierno de Perú informó que el RAP tiene su origen en la resolución del TC, específicamente en aquel apartado que manifiesta que en caso alguna de las partes proponga el arbitraje, la otra parte se encuentra obligada a aceptarlo.
- El Gobierno de Perú manifestó que todos los niveles de negociación colectiva tienen iguales posibilidades de concretarse.
- La Cámara de Comercio de Lima manifestó que en caso de desacuerdo del nivel de negociación colectiva debe realizarse a nivel de empresa.

“La Comisión desea subrayar que los organismos y procedimientos existentes deben promover en la mayor medida posible las negociaciones entre los interlocutores sociales sobre los problemas de determinación del nivel de la negociación y contar con la confianza de las partes. La Comisión invita al Gobierno a que inicie consultas tripartitas sobre estas cuestiones”⁷⁰

De esta forma, con respecto al arbitraje en donde las partes se han sometido de forma voluntaria no existe ninguna controversia, sin embargo aquel proceso arbitral propuesto por una sola parte sí tiene la OIT desarrollado una preferencia sobre la solución directa de controversias colectivas antes que la imposición de una fórmula de solución de conflictos como un arbitraje, en tanto *“es contrario al principio de negociación voluntaria de los convenios colectivos establecido en el Convenio 98 y, por consiguiente, a la autonomía de las partes en la negociación”⁷¹*.



⁷⁰ Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Aplicación de las normas internacionales de trabajo, 2013 (I). Conferencia Internacional de Trabajo 102, reunión, 2013

⁷¹ GERNIGON Bernard, ODERO Alberto y GUIDO Horacio. ob. cit.

CAPÍTULO 2: EL ARBITRAJE POTESTATIVO COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COLECTIVOS

Tal como ya lo hemos analizado en el capítulo anterior, el arbitraje potestativo faculta a una de las partes a someter a la otra a un arbitraje laboral, aún en contra de su voluntad, en tanto se cumplan ciertos supuestos necesariamente indispensables para incurrir en esta modalidad.

La justificación de esta novedosa modalidad en nuestro ordenamiento nacional radica en otorgar a las partes, pero especialmente a los sindicatos, una herramienta de presión en caso de no llegar a una solución del conflicto colectivo, de tal manera que la empresa tenga que ceder a ciertas condiciones que hasta el momento no hayan sido otorgadas. El arbitraje potestativo funciona de manera alternativa y excluyente al ejercicio de la huelga. Si bien la regulación de esta figura tiene corto tiempo de vigencia, ya se han emitido lineamientos y modificaciones con respecto a esta materia así como procesos arbitrales que se analizarán cuando desarrollemos el Capítulo 3.

De esa forma, a continuación analizaremos todo el marco de la regulación laboral, empezando por los orígenes, cambios normativos hasta los proyectos vinculados al arbitraje potestativo; asimismo también desarrollaremos el proceso arbitral, incluyendo el presupuesto y supuestos de la procedencia del arbitraje potestativo, para finalmente remitirnos al proceso arbitral.

2.1. Marco de la regulación laboral

2.1.1. Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo

En virtud de la sentencia de los trabajadores portuarios y el Convenio 98 de la OIT, el TC consideró que ninguna norma legal puede imponer el nivel de una negociación colectiva, tal como lo hacía el artículo 45 de la LRCT⁷², la misma que se inaplicó para ese caso en específico, y se declaró la inconstitucionalidad del primer párrafo del citado artículo en tanto consideraba que contravenía uno de los principios de la negociación colectiva.

⁷² LRCT, artículo 45: “Si no existe previamente una convención colectiva en cualquier nivel de los señalados en el artículo anterior, las partes decidirán, de común acuerdo, el nivel en que entablarán la primera convención. A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa (...)”.

Así, hasta el momento de la publicación de la sentencia de los trabajadores portuarios, la interpretación del arbitraje al que se refería el artículo 61⁷³ de la LRCT era facultativo para ambas partes; no obstante, con la resolución aclaratoria del 01 de marzo de 2010, el TC estableció que el arbitraje al que se refería el citado artículo era de carácter potestativo.

En ese sentido, y en virtud de los parámetros de la sentencia del TC, se contempla una nueva modalidad de arbitraje, denominada “arbitraje potestativo”, que hasta antes de su aclaración y de una interpretación literal del artículo 61 la LRCT se entendía que estábamos frente a un arbitraje voluntario. Sin embargo, y si bien existía una posición doctrinaria que concebía al arbitraje como voluntario, también estaban aquellos que consideraban que se regulaba el arbitraje potestativo por una interpretación sistemática no sólo del artículo 61 sino también de los artículos 62 y 63 de la LRCT; con lo cual podemos señalar que no existe una posición unánime con respecto a qué tipo de arbitraje es el contemplado en la LRCT, que si bien el TC ha manifestado que es de carácter potestativo, existen aún opositores que señalan lo contrario, cuyo detalle de las posiciones lo veremos cuando desarrollemos la reglamentación del arbitraje potestativo.

2.1.2. Decreto Supremo N° 014-2011-TR – Regulación del arbitraje potestativo (RAP)

El 17 de setiembre de 2011 se publicó el D.S. N° 014-2011-TR, norma que regula el arbitraje potestativo, en adelante RAP, mediante el cual se incorporó el artículo 61-A al RLRCT, a través del cual se dispuso que:

“Las partes tienen la facultad de interponer el arbitraje potestativo en los siguientes supuestos: a) las partes no se ponen de acuerdo en la primera negociación, en el nivel o su contenido; y b) cuando durante la negociación del pliego se adviertan actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo (...)”⁷⁴.

Con respecto al primer supuesto, el RAP faculta a cualquiera de las partes a someter su discrepancia al arbitraje potestativo, en caso no haya acuerdo en el nivel de negociación o en el contenido del convenio colectivo, siempre que sea la primera negociación. Puede indicarse que en este literal existe en realidad dos supuestos: la primera negociación colectiva para determinar el contenido de dicha negociación; y el conflicto donde se discute el nivel de la propia negociación (por ejemplo, la determinación del nivel de rama de actividad o de empresa).

En relación al segundo supuesto, se refiere al caso cuando alguna de las partes demuestre una actitud cuyo comportamiento evidencie actos de mala fe, que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo, pudiendo la otra parte encontrarse en plena facultad de interponer esta modalidad arbitral, siempre que dicha conducta tenga por resultado afectar la negociación colectiva. En efecto, no basta que

⁷³ LRCT, artículo 61: “Si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, podrán las partes someter el diferendo a arbitraje”.

⁷⁴ Artículo 1 del D.S. N° 014-2011-TR: Modificación del Artículo 61°-A al Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas (D.S. 011-92-TR). En ese mismo Decreto se creó el Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas.

alguna de las partes haya actuado de mala durante el proceso de negociación colectiva sino que además se requiere, como condición sine qua non, que la negociación se haya visto afectada. Por ejemplo, cuando una empresa por error administrativo omite pagar a un grupo de trabajadores, incluido un dirigente sindical, una bonificación. En este caso, si bien podría alegarse que se trata de un acto de mala fe ello no habilita al sindicato a proponer un arbitraje potestativo, toda vez que el no haber pagado dicho concepto no necesariamente afecta el logro de un acuerdo colectivo, en todo caso tendría que demostrarse dicha afectación⁷⁵.

Por su parte, si bien en la sentencia de los trabajadores portuarios se determinó que el artículo 61 de la LRCT era un arbitraje potestativo, recién con la promulgación del Decreto Supremo N° 014-2011-TR se formalizó dicha modalidad en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, a pesar de ello, actualmente aún existen posiciones discrepantes, en tanto hay laboristas que se inclinan por establecer que el arbitraje potestativo (inclusive sin expresión de causa) sí se encuentra contemplado tanto en la LRCT como el RLRCT, criterio también adoptado por el TC, mientras que otros autores consideran que el arbitraje contemplado en la LRCT es voluntario, más aun cuando dicho criterio es el adoptado por la OIT.

En relación con la primera posición, BLANCAS BUSTAMANTE indica que el arbitraje potestativo se desprende de la LRCT y del RLRCT, pudiendo los sindicatos optar alternativamente por el arbitraje o la huelga⁷⁶, más aún porque el art 28.2 de la Constitución no considera a la huelga como una forma pacífica de solución de conflicto laboral, en tanto el Estado lo reconoce, pero no lo promueve.

VILLAVICENCIO RÍOS señala que *“(...) el arbitraje potestativo juega un rol muy relevante, entendido como parte de las políticas de fomento de la negociación colectiva que ordena el artículo 28 de la Constitución Política del Perú”*⁷⁷.

Con respecto a la segunda posición, ELÍAS MANTERO considera que el arbitraje potestativo contraviene la LRCT, y que al *“ser una imposición, es contrario a la naturaleza voluntaria del arbitraje”* y solo lo considera procedente *“en casos excepcionales y no como regla general como se pretende implantar”*⁷⁸.

⁷⁵ En este caso, si bien dicha conducta del empleador no habilita el arbitraje potestativo, ello no implica que el dirigente sindical –o de ser el caso el sindicato- tenga las herramientas necesarias para revertir dicha situación, toda vez que en este caso tendrían la facultad de solicitar una inspección laboral.

⁷⁶ El autor señala que *“La lógica de esta modalidad consiste en dar a los trabajadores o sindicatos, la opción, una vez frustrada la negociación directa entre las partes, de optar por el ejercicio del derecho de huelga y, por esta vía, presionar al empleador para que efectúe concesiones que permitan solucionar el conflicto o someter la controversia a un tercero”*. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *“La naturaleza del arbitraje en la negociación colectiva”*. En: Revista de Soluciones Laborales N° 46. Octubre 2011. Lima: Gaceta Jurídica, p. 17.

⁷⁷ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *“Arbitraje potestativo y otros temas de Derecho Colectivo del Trabajo”*. En: Entrevista realizada por Soluciones Laborales N° 48. Diciembre 2011. Lima: Gaceta Jurídica, p. 60.

En esa misma línea, PASCO LIZÁRRAGA y LENGUA APOLAYA, manifiestan que los “*arbitrajes obligatorios*”⁷⁹ que tengan por objeto disponer la solución de una negociación colectiva concreta, o incluso imponer un determinado nivel de negociación, contravienen por igual la libertad sindical⁸⁰. Lo expuesto significa que si bien es obligación del Estado fomentar las formas pacíficas de solución de conflicto ello no impone una vía forzada para su solución.

De los comentarios previamente señalados se desprende que, a pesar que a la fecha existe una regulación del arbitraje potestativo, las posiciones doctrinarias en el ámbito nacional todavía se encuentran divididas, al considerar algunos que el arbitraje debería ser voluntario, y para otros potestativo.

Sin perjuicio de las posiciones discrepantes que existen con respecto al arbitraje potestativo, no podemos desconocer que es una figura que tiene vigencia en nuestra sociedad, por lo que debemos conocer su aplicabilidad en la parte práctica. De esa forma, si realizamos una interpretación literal del primer párrafo del artículo 61-A del RLRCT señalaremos que la facultad de interponer un arbitraje potestativo corresponde a los sindicatos y a las empresas, sin embargo dicha afirmación no se encuentra necesariamente ajustada a la realidad, toda vez que si bien los sindicatos pueden someter a las empresas a un arbitraje potestativo –*siempre que se cumplan alguno de los supuestos*- esa misma situación no se cumple de forma viceversa, en tanto que si las empresas quisieran someterse a esta modalidad arbitral el sindicato podría frustrarlo sin mayor complicación; por citar un ejemplo, y tal como lo veremos en el capítulo 3, algunos tribunales arbitrales han considerado que en caso los sindicatos opten por la huelga se frustraría la continuidad del arbitraje potestativo previamente iniciado. Al respecto, nosotros no compartimos dicha opinión, toda vez que si la empresa propusiera el arbitraje potestativo, consideramos que el sindicato ya no debería acudir a una huelga, porque de lo contrario se estaría limitando a la propia regulación del arbitraje como potestativo. Al margen de lo expresado en los criterios arbitrales citados, lo cierto es que en la práctica, el uso de los arbitrajes potestativos es una facultad mucho más utilizada por los sindicatos que por las empresas tal como se apreciará en el Capítulo 3 de este trabajo.

Por otro lado, y teniendo en cuenta el principio de jerarquía normativa, un reglamento no debería modificar el sentido de interpretación de una ley; sin embargo, en este caso, el RLRCT al haber incluido nuevos supuestos no contemplados en la LRCT, consideramos que sus alcances del reglamento fueron más allá en relación a la sentencia del TC sobre el caso de trabajadores portuarios. No debe perderse de vista que, para la OIT, la imposición del arbitraje afecta el principio de autonomía de la voluntad para la solución de

⁷⁸ ELÍAS MANTERO, Fernando. “Acerca de la implantación del arbitraje potestativo y la creación del registro nacional de árbitros en materia de Negociación Colectiva”. En: Soluciones Laborales N° 60. Diciembre 2012. Lima: Gaceta Jurídica, p.61.

⁷⁹ Cabe indicar que si bien los autores consignan la terminología “arbitrajes obligatorios”, ello se debe a que este comentario se emitió antes de la publicación de la resolución aclaratoria del caso de trabajadores portuarios en donde se estableció que el arbitraje referido era de carácter potestativo.

⁸⁰ PASCO LIZÁRRAGA, Mario y LENGUA APOLAYA, César. “El arbitraje obligatorio para la determinación del nivel de la negociación colectiva por rama de actividad”. En: Revista Jurídica del Perú. Octubre 2009. Tomo 104, p. 29.

los conflictos colectivos y, en tanto estos criterios forman parte del bloque de constitucionalidad, debieron tomarse en cuenta al momento de la redacción de las disposiciones sobre el arbitraje potestativo en el 2011.

2.1.3. Resolución Ministerial N° 284-2011-TR

El 24 de setiembre de 2011 se publicó la R.M. N° 284-2011-TR, mediante la cual se aprobaron normas complementarias a las disposiciones establecidas en el D.S. N° 014-2001-TR, sobre arbitraje en materia de relaciones colectivas de trabajo. La citada norma, entre otros temas, enumera los supuestos de mala fe en caso alguna de las partes incurra en dichos actos y su contraparte someterle a un arbitraje potestativo.

Al respecto, el artículo 1 de la R.M. N° 284-2011-TR establece que son causales de mala fe las siguientes:

- a) Negarse a recibir el pliego que contiene el proyecto de convenio colectivo de la contraparte, salvo causa legal o convencional objetivamente demostrable. Asimismo, la negativa a recibirlo a través de la Autoridad Administrativa de Trabajo;
- b) Negarse a proporcionar la información necesaria sobre la situación económica, financiera, social y demás pertinente de la empresa, en la medida en que la entrega de tal información no sea perjudicial para ésta;
- c) Negarse a entregar la información acordada por las partes o precisada por la Autoridad Administrativa de Trabajo;
- d) No guardar reserva absoluta sobre la información recibida siempre que la misma no sea de carácter público;
- e) Negarse a recibir a los representantes de los trabajadores o a negociar en los plazos y oportunidades establecidas en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su Reglamento;
- f) Ejercer presión para obtener el reemplazo de los integrantes de la representación de los trabajadores o del empleador;
- g) Ejercer fuerza física en las cosas, o física o moral en las personas, durante el procedimiento de negociación colectiva;
- h) Los actos de hostilidad ejercidos contra los representantes de los trabajadores o los trabajadores afiliados al sindicato;
- i) El incumplimiento injustificado de las condiciones acordadas por las partes para facilitar la negociación;
- j) Cualquier práctica arbitraria o abusiva con el objeto de dificultar, dilatar, entorpecer o hacer imposible la negociación colectiva;
- k) Ejecutar actos de injerencia sindical, tales como, intervenir activamente en la organización de un sindicato; ejercer presiones conducentes a que los trabajadores ingresen a un sindicato determinado; discriminar entre los diversos sindicatos existentes otorgando a unos y no a otros, injusta y arbitrariamente, facilidades o concesiones extracontractuales; o condicionar la contratación de un trabajador a la

firma de una solicitud de afiliación a un sindicato o de una autorización de descuento de cuotas sindicales por planillas de remuneraciones; y,

l) Discriminar entre trabajadores con el fin exclusivo de incentivar o desestimular la afiliación o desafiliación sindical.

Sin embargo, si bien la referida resolución ministerial contempla los supuestos actos de mala fe, ello no significa que las partes no puedan incurrir en otros hechos no contemplados en dicha norma, siempre que consideren que dichos actos afectan el proceso de negociación colectiva, toda vez que éstos no son los únicos que pueden presentarse, en tanto que no constituyen una lista taxativa ni enumerativa, tan sólo enunciativa. Más adelante volveremos a estudiar estos casos de mala fe.

2.1.4. La acción popular y el arbitraje potestativo

El 13.03.2012 la Sociedad Nacional de Industrias, en adelante SNI, interpone demanda⁸¹ de acción popular contra el Ministerio de Trabajo⁸² con la finalidad que se declare la nulidad e inconstitucionalidad del artículo 61 del RLRCT, con efectos retroactivos desde el 17.09.2011, fecha en que fue publicado el RAP. El petitorio de la demanda⁸³ se sustenta

⁸¹ Cabe indicar que a la fecha se ha presentado ante la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima una nueva demanda de acción popular sobre la misma materia, habiéndose deducido la excepción de incompetencia. Información obtenida del blog (<http://ppemc.blogspot.com/>) del Procurador Público. Visita realizada el día 06.11.2013.

⁸² Posteriormente la Federación de Trabajadores del Sector de Comunicaciones del Perú (FETRATEL) y el Sindicato de Empleados de Shougang Hierro Perú S.A.A fueron incorporados al proceso en calidad de intervención coadyuvante.

⁸³ La posición del demandante se sustenta en:

- El RAP, al incluir un nuevo supuesto de arbitraje, contraviene el principio de jerarquía normativa que debería existir entre la LRCT y el RLRCT, teniendo en cuenta que la LRCT había previsto al artículo 61 como un arbitraje voluntario, por lo que el RAP no puede considerarlo como arbitraje potestativo.
- El RAP contraviene la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, teniendo en cuenta que el Convenio 98 considera a la “voluntariedad” como un elemento de la negociación colectiva, por ello que la decisión de someterse al arbitraje es voluntario salvo casos específicos contemplados para el arbitraje obligatorio; por ende el RAP contempla un arbitraje no regulado en los Convenios de la OIT y por lo tanto contraviene la Constitución.
- El RAP se respalda en una resolución del TC (trabajadores portuarios) que ha sido emitida para un caso concreto y que no constituye precedente vinculante ni doctrina jurisprudencial.

La posición del demandando se fundamenta en:

- El arbitraje potestativo no es inconstitucional en tanto deviene de una finalidad del artículo 28, numeral 2 de la Constitución como una obligación de fomento de la negociación colectiva y las diferentes formas de solución pacífica de conflictos.
- Se sustenta en la resolución aclaratoria del TC (trabajadores portuarios), considerando que sólo de esa manera tiene sentido el artículo 63 (en caso de huelga requieran la aceptación del empleador para someterse a un arbitraje) si es que se señala que el artículo 61 no requiere de aceptación; lo cual adicionalmente se confirma con la interpretación del artículo 46 del RLRCT al señalar que terminada la negociación directa o la conciliación cualquiera

en determinar que dicha modificación al RLRCT contiene la inclusión de un nuevo supuesto no contemplado en la LRCT, el cual afecta el contenido y el principio de jerarquía normativa establecida en nuestra Constitución. Al respecto, la SNI considera que la LRCT regula al arbitraje voluntario y no el potestativo, y que esta última modalidad recién fue incorporada con la modificación del RLRCT.

Al respecto, el 01.07.2013 la Primera Sala Laboral Permanente emitió un pronunciamiento⁸⁴ declarando infundada (con dos votos en discordia⁸⁵) la demanda de acción popular, en virtud a las siguientes consideraciones:

- La LRCT no sólo contiene al arbitraje voluntario sino también al arbitraje obligatorio y potestativo.
- De una interpretación sistemática de los artículos 61 y 63 de la LRCT y 46 del RLRCT los trabajadores alternativamente pueden someterse al arbitraje o a la huelga en caso fracasara la negociación directa, la conciliación o la mediación de ser el caso. Por su parte, a los empleadores sólo les queda la opción del arbitraje, puesto que no podría admitirse su negativa a esta modalidad, porque dicha posición sería contraria a una solución pacífica de conflictos.
- Ahora bien, el artículo 49 del RLRCT establece que la decisión de someterse a un arbitraje debe constar en un acta de compromiso arbitral sin embargo ello no significa que el artículo 61 regule un arbitraje voluntario, en tanto que si bien en este acto debería evidenciarse la voluntad de las partes y suscribir dicha acta, asumir una posición contraria implicaría un acto de mala fe, salvo que se haya optado por la huelga. La diferencia sustancial –con respecto al compromiso arbitral- en el origen radica en que el arbitraje voluntario proviene de una fuente autónoma y el arbitraje potestativo de una heterónoma.
- Al respecto, la Sala considera que el RAP no crea ningún nuevo marco normativo sino que desarrolla y precisa las obligaciones contenidas en el RLRCT. De esa forma, la Sala sustenta su posición con respecto a la: i) determinación del nivel y su contenido señalando que teniendo en cuenta la impericia de las partes esta decisión se respalda como una forma de colaborar en el inicio de una negociación, por lo que no debería entenderse como una limitación al principio de negociación libre y voluntaria; y ii) respecto a los actos de mala fe tiene por objeto considerar a los principios de buena fe durante todo el proceso de negociación.

de las partes podrá someter a un arbitraje la controversia, salvo que el sindicato haya ejercido su derecho de la huelga.

- El arbitraje potestativo tiene reconocimiento legal, al haber sido aclarado por el Tribunal Constitucional y lo único que se ha hecho con el RAP es desarrollar los alcances de la LRCT.

⁸⁴ Vocales designados a la causa: Espinoza Montoya, Farfán Osorio, Fuentes Lobato, Fernando Montes Minaya y Rosa Barreda Mazuelos.

⁸⁵ Voto en discordia: Fernando Montes Minaya y Rosa Barreda Mazuelos.

De otro lado, los votos de dos vocales en discordia que resolvieron por declarar fundada la demanda tienen como argumentos centrales los siguientes:

- En virtud del principio de jerarquía normativa no es factible que el RLRCT regule un derecho no establecido en la LRCT, pues de lo contrario se estaría modificando una norma de mayor jerarquía.
- Del contenido del artículo 61 de la LRCT se desprende que es un arbitraje voluntario, en tanto se establece que las partes “podrán” someter sus diferencias a un arbitraje.
- Siendo ello así, y al haber incorporado el arbitraje potestativo, a través del artículo 61-A al RLRCT, mediante el RAP, se advierte que se está modificando la LRCT.
- El artículo 28.2 de la Constitución debe interpretarse de acuerdo a los Convenios de la OIT ratificados por el Perú, en virtud de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.
- El Convenio 98, 151 y 154 establecen que la negociación colectiva es voluntaria, y que el arbitraje, como una forma de negociación colectiva, también es voluntaria.
- El literal a) del artículo 2.24 de la Constitución reconoce el principio de autonomía de la voluntad. En ese sentido, al haberse emitido la LRCT en mérito de la Constitución, sólo puede entenderse que el arbitraje que regula los artículos 61 y 63 de la LRCT es voluntario. De esa forma, el RLRCT sólo puede reglamentar el arbitraje voluntario.
- En ese sentido, el arbitraje potestativo contemplado en el artículo 61-A del RAP es contrario al regulado por la Constitución y a los Convenios de la OIT.

De los argumentos esgrimidos previamente se desprende que, de los cinco vocales que conocieron del caso en la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, tres resolvieron declarar infundada la demanda de acción popular al estar de acuerdo con el arbitraje potestativo, y dos emitieron su voto en discordia al manifestarse que la demanda debería haber sido declarada fundada al ser el RAP contrario a la Constitución y Convenios de OIT; lo cual revela que esta materia es un tema discutible, y es el reflejo de lo apreciado en la doctrina.

Ahora bien, es necesario manifestar que hasta el término de este trabajo de investigación el estado del proceso es el señalado en este apartado, estando pendiente que la Corte Suprema se pronuncie con respecto a la legalidad o no del arbitraje potestativo, a fin de determinar si confirma o revoca el pronunciamiento de la Primera Sala Laboral.

2.1.5. Lineamiento para la intervención administrativa en conflictos colectivos - R.M. N° 076-2012-TR

En el primer trimestre del año 2012, la AAT emitió la Directiva General N° 005-2012-MTPE/2/14, denominada “*Lineamientos para la intervención administrativa en conflictos laborales colectivos: los llamados “extraproceso”, la preferencia por el arbitraje potestativo y la intervención resolutoria como facultad excepcional*”⁸⁶.

Así, hasta antes de la publicación de esta Directiva, tanto las partes que participan en un conflicto colectivo laboral como las propias Direcciones de la AAT no tenían criterios uniformes sobre las etapas y entes encargados para la intervención de la AAT, especialmente cuando se suscitaba un conflicto colectivo. Y, por ende, el desconocimiento generaba que cada quién, de acuerdo a su propia experiencia y consultas pertinentes lograran la participación de la AAT local o nacional dentro de los diversos procesos, existiendo desconcierto sobre los casos donde procedía o no la participación de la AAT.

Por ello, a través de este lineamiento, la AAT intenta establecer reglas uniformes y generales para promover los mecanismos de solución de los conflictos colectivos (extraproceso, mesas de diálogo y reuniones informativas) a través del cual se formaliza e uniformiza los criterios de estricto cumplimiento para que cualquiera de las partes en caso se produzca un conflicto laboral o sometimiento a un arbitraje potestativo, conozca las atribuciones de competencia tanto regional como nacional de la AAT.

De esa forma, y según los mecanismos planteados en esta directiva, los referidos métodos de solución de conflictos colectivos tendrán por finalidad incentivar el diálogo, afianzar las relaciones, solicitar información de alguna problemática laboral, e inclusive solicitar la presencia de un tercero para solucionar sus conflictos de manera definitiva, tales como el arbitraje potestativo o el obligatorio.

Cabe indicar que a través de este lineamiento la AAT pretende tener un sistema de concertación y diálogo permanente entre las empresas y los sindicatos, de tal manera que, al igual que en el sistema comparado⁸⁷, se busque un espacio para promover los mecanismos de solución del conflicto laboral, y se reduzca el nivel de conflictividad de las partes en beneficio de los trabajadores con respecto a sus condiciones laborales, y no afectación del nivel de competitividad de las empresas.

En líneas generales, lo expresado conlleva a sostener que, con la publicación de esta Directiva se ha logrado avanzar y estructurar de mejor manera los lineamientos generales y específicos para solicitar la intervención de la AAT cuando se generan conflictos colectivos reflejados en el mejor manejo de un proceso de negociación colectiva, y de esta manera tener una mayor claridad, orden y predictibilidad de los casos donde se solicite la participación de la AAT sea local o nacional en dichos conflictos.

⁸⁶ R.M. N° 076-2012-TR, publicado el 06.03.2012.

⁸⁷ En este caso la autora narra los hechos suscitados en la Comunidad Autónoma de Andalucía (España), cuyo producto del trabajo, diálogo y concertación entre las empresas y sindicatos se ha logrado alcanzar un alto nivel de paz laboral, el cual se ha visto reflejado en la ausencia de horas pérdidas por causa de las huelgas. MORENO DE TORO, Carmen. “Diálogo y concertación social en España. Un paradigma para la solución de conflictos laborales”. En: Revista Jurídica del Perú N° 87. Mayo 2008, pp. 421-429.

2.1.6. Proyecto de leyes

a) Proyecto de la Ley General de Trabajo

Si bien el Proyecto de la Ley General de Trabajo es un tema que data del año 2002, ello no implica que no tengamos en cuenta los criterios y supuestos adoptados, como por ejemplo el siguiente artículo, relacionado con el presente trabajo de investigación, que se encuentra contemplado en el citado Proyecto:

“Artículo 366: Sometimiento a Arbitraje

“Cualquiera de las partes puede proponer el sometimiento del diferendo a arbitraje al término de la negociación directa o de la conciliación, sin perjuicio de recurrir, en forma alternativa o sucesiva, a otros medios pacíficos de solución. Si la propuesta es de los trabajadores, los representantes del empleador deben designar árbitro dentro de los diez (10) días hábiles siguientes. Igual deben hacerlo los representantes de los trabajadores cuando la propuesta es de los empleadores, salvo que aquellos opten, dentro del mismo plazo, por recurrir a la huelga.

Si ninguna de las partes actúa en los términos previstos en el párrafo anterior, cualquier de ellas puede solicitar la intervención arbitral de la AAT que se sujetará a lo previsto en los artículos siguientes”.

De la lectura del citado artículo se desprende que la intención de los promotores de la propuesta es incluir al arbitraje como una forma de solución de conflicto sin que se requiera necesariamente de la voluntad de las partes, ni mucho menos de la configuración de supuestos de mala fe o conflictos en la primera negociación colectiva; es decir en caso no se llegue a un acuerdo se impondría el arbitraje obligatorio, a diferencia de ahora que en caso no exista acuerdo por trato directo, atendiendo al principio de autonomía colectiva las partes tienen un abanico de posibilidades para arribar a una solución.

De esta forma, en caso se apruebe el proyecto de la ley bajo esas consideraciones, carecería de sentido mantener una figura jurídica como el arbitraje voluntario y potestativo, predominando el obligatorio en el marco de las relaciones colectivas laborales.

b) Proyecto de la Ley N° 1060-2011: Modificación del artículo 61 de la LRCT

Actualmente el Congreso de la República del Perú tiene dentro de su cartera de temas pendientes de revisar el Proyecto de la Ley N° 1060-2011, propuesta realizada por el Grupo Alianza Parlamentaria, denominada *“Proyecto de Ley que modifica el artículo 61 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo para regular el arbitraje potestativo en materia laboral”*, en adelante el “Proyecto”, a través del cual se intenta modificar el artículo 61 de la LRCT de la siguiente manera:

*“Artículo 61.- Si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, **a requerimiento de los empleadores o del empleador**, deberán las partes someter el diferendo a arbitraje, **sin requerir la aceptación de la otra parte**”.* (El resaltado es lo incorporado en la modificación).

La exposición de motivos del “Proyecto” refiere a la STC. Exp. N° 3561-2009-PA/TC para señalar que la única manera que tiene sentido el artículo 63 de la LRCT *“(…) en cuyo*

caso se requerirá de la aceptación del empleador” y el artículo 46 del RLRCT “(...) *cualquiera de las partes podrá someter la decisión del diferendo a arbitraje”* es interpretar que el artículo 61 de la LRCT no requiere la aceptación de la empresa, tal como supuestamente ha sido interpretada por el TC.

Por su parte, el Ministerio de Justicia también se ha pronunciado⁸⁸ con respecto al “Proyecto” manifestando que, si bien el arbitraje como forma de solucionar un conflicto se encuentra contemplado en nuestra legislación, no queda claro si la participación de las partes es obligatoria, y por ello también que luego de haberse agotado la negociación en trato directo o incluso la etapa de conciliación extrajudicial debería continuar el arbitraje como forma de solucionar el conflicto. De esta manera, el Ministerio de Justicia considera que el “Proyecto” sí sería viable, considerando que de esta manera se brinda mayor soporte y fuerza al arbitraje laboral dentro del marco de las relaciones laborales.

Por su parte, el Ministerio de Trabajo si bien coincide con la interpretación del arbitraje laboral, manifiesta que el “Proyecto” carece de utilidad y resulta innecesario en tanto que de una interpretación sistemática de los artículos 61, 62 y 63 de la LRCT considera que estamos ante un arbitraje potestativo, por el cual con la sola voluntad de una de las partes, la otra estaría obligada a someterse.

De los argumentos esgrimidos, tanto por la AAT como por el Ministerio de Justicia se entiende que ambas carteras consideran que con la sola regulación actual ya existe el arbitraje potestativo, sin necesidad imprescindible de realizar modificación alguna; sin embargo, nosotros consideramos que a la fecha, dicha interpretación no se encuentra establecido de forma definitiva, y es por ello que recién mediante este proyecto que modifica el artículo 61 de la RLCT se intentaría eliminar aquella duda a nivel legal que existe sobre si el arbitraje del citado artículo es voluntario o potestativo. Inclusive, la acción popular en curso no tendría sentido si se cambia la LRCT dado que dicho proceso judicial busca anular al RAP.

2.2. Desarrollo del proceso arbitral potestativo

A continuación desarrollaremos los aspectos fundamentales del proceso arbitral potestativo, considerando los presupuestos necesarios para luego abordar los supuestos de procedencia del arbitraje potestativo, y el procedimiento de esta modalidad arbitral, finalizando este capítulo con los alcances que debemos conocer del laudo arbitral.

2.2.1. Presupuestos del arbitraje potestativo

Habiendo detallado los alcances de las normas referidas al arbitraje potestativo no debemos dejar de mencionar una institución que, sin ser el centro de este trabajo de investigación, juega un rol importante en esa materia; y, nos referimos a la huelga como una alternativa que tienen los sindicatos una vez culminada la negociación en trato directo, o de ser el caso, la conciliación.

De esa forma, si bien el arbitraje potestativo es un medio de solución de conflicto, y la huelga una medida de presión para solucionar ese mismo conflicto, la LRCT ha considerado a este último como una opción excluyente de la primera. Es decir, si el sindicato luego de haber agotado sus elementos de negociación colectiva considera que por trato directo no logrará un acuerdo con su contraparte, tiene dos alternativas, adicionales a los otros métodos autocompositivos y al arbitraje voluntario, los cuales son:

⁸⁸ Informe N° 226-2012-JUS/AT, de fecha 28.08.2012

i) ejercer el derecho de huelga; o ii) interponer el arbitraje potestativo. Sin embargo, estas opciones no podrán plantearse de manera sucesiva salvo que, cuando el sindicato haya ejercido la huelga, la empresa acepte someterse a un arbitraje (pero en este caso ya no estaríamos ante un arbitraje potestativo sino voluntario).

De esta forma, el TC también lo ha desarrollado en la primera resolución que originó el arbitraje potestativo (trabajadores portuarios), argumentos también acogidos en la resolución del “Caso Sunat”, manifestando que:

“(…) no se puede promover una forma pacífica de solución de conflictos (arbitraje) con una medida de fuerza conjunta a la misma (huelga), lo cual devendría en una clara imposición del procedimiento de negociación colectiva”⁸⁹.

Al respecto, si bien nosotros señalamos que el arbitraje potestativo es excluyente a la huelga, el TC también se ha manifestado con respecto a dicha situación, pero indicando que son alternativas mas no excluyentes, siempre que se recurra a un arbitraje voluntario más no potestativo, conforme se describe a continuación:

“(…) el arbitraje potestativo y la medida de huelga son opciones alternativas, aunque no excluyentes, en la vía de la negociación colectiva. Ello equivale a decir que el hecho de acudir a una de ellas no convierte en irrealizable la otra; sin embargo, dicha variación sucesiva en la elección del medio supondrá inexorablemente la modificación del tipo de arbitraje laboral al cual se encuentra sujeto en el futuro el empleador, que a partir de entonces sólo podrá ser voluntario”⁹⁰.

Por otro lado, y así como hemos destacado la posición del TC con respecto a la huelga vinculada al arbitraje potestativo, cabe indicar que esos mismos criterios también han sido plasmados en procesos arbitrales, interpuestos después de la entrada en vigencia del arbitraje potestativo. Seguidamente describiremos dos casos de procesos arbitrales donde se desarrolló este tema.

El primer caso se encuentra relacionado a la huelga ejercida por el sindicato de una asociación de forma inmediatamente después de haber tomado conocimiento del interés de la empresa de someterse a un arbitraje. Este caso no es usual, toda vez que fue el primer proceso donde la parte que interpuso el arbitraje potestativo fue la empresa, y no el sindicato, habiéndose declarado improcedente la solicitud planteada, considerándose que no se había cumplido el presupuesto referido a que el sindicato no ejerza su derecho de huelga. Así, en este caso, luego que el empleador (una asociación) comunicara sus intenciones de someterse a un arbitraje, el sindicato a los pocos días procedió a comunicar su huelga indefinida. De esta forma, y frente a este elemento adicional, la empresa decidió someter el proceso de negociación colectiva a un arbitraje potestativo, por las causales establecidas en el artículo 61-A del D.S. N° 014-2011-TR.

Ante los hechos alegados por la empresa, el tribunal arbitral consideró que el sindicato no se encontraba legalmente obligado a aceptar el arbitraje, y en tanto la huelga es una alternativa contemplada por la ley, por ende dicha actitud no podía ser calificado como un

⁸⁹ “(…) este tribunal considera pertinente precisar que a falta de acuerdo para decidir el nivel de negociación, éste se determinara mediante el arbitraje, sin que exista previa declaración de huelga”. STC. N.º 03561-2009-PA/TC, f.j.29.

⁹⁰ STC. N.º 02566-2012-PA/TC, f.j.18.

acto de mala fe, conforme se puede apreciar en el siguiente considerando de la respectiva resolución de admisibilidad:

“(...) este tribunal considera que (...) el ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores afiliados al sindicato no puede ser calificados como actos de mala fe negocial, pues ambas actuaciones se encuentran amparadas por lo dispuesto en los artículos 61 y 62 de la LRCT y el artículo 46 del RLRCT”.

Al respecto, consideramos que así como queda claro que la huelga es un derecho constitucional de los trabajadores, y el arbitraje voluntario es una forma de solución de conflictos que podrían someterse por mutuo acuerdo las partes que participan en un proceso de negociación colectiva, no podemos dejar de mencionar que asumimos que el criterio adoptado por el tribunal arbitral en este caso se debió a que la huelga fue propuesta después de conocer el interés de la empresa de someterse a un arbitraje voluntario y antes del arbitraje potestativo.

Pero, qué sucedería si cambiamos la figura y ahora el planteamiento de someterse a un arbitraje potestativo fuera antes de la comunicación de la huelga. En este caso consideramos que la huelga no debería proceder, y en caso se produjera, además de ser considerado ilegal, debería ser un acto de mala fe dentro del proceso de negociación colectiva, porque si bien el arbitraje potestativo no puede ser utilizado en desmedro de la huelga, esta última tampoco debería ser impedimento para su sometimiento al potestativo.

El segundo caso es el referido a una huelga ilegal, de una empresa del sector minero, en donde si bien el sindicato ejerció el derecho de huelga, fue declarado improcedente e ilegal al haber el tribunal arbitral considerado que había un impedimento para plantear el arbitraje potestativo, tal como se señala a continuación:

“Si es que los trabajadores comunican la medida de huelga, desde este momento se considera que ya se ha optado por una de las alternativas de solución, descartándose el sometimiento de la controversia a un arbitraje potestativos, lo que deberá entenderse tanto para el empleador como para los trabajadores”. (El subrayado es nuestro)

De esa forma, la calificación *-así sea ilegal-* que pueda otorgarse a la huelga es indiferente para la improcedente del arbitraje potestativo, porque al ser una medida alternativa, sólo basta el hecho que el sindicato haya comunicado a la empresa su decisión de someterse a dicha medida de presión para que el proceso arbitral sea descartado, salvo que por mutuo acuerdo decidan someterse a un proceso arbitral, pero en este caso estaremos hablando de un arbitraje voluntario y no potestativo. En resumen, si un sindicato manifiesta su intención de ejercer su derecho de huelga, implícitamente está descartando cualquier posibilidad de someterse a un arbitraje potestativo, por más que ésta sea declarada improcedente o ilegal con posterioridad.

En efecto, y ya teniendo en cuenta que los criterios adoptados, tanto por el TC como por los tribunales arbitrales son unánimes al considerar que, para la procedencia del arbitraje potestativo el sindicato no tendría que haber ejercido su derecho de huelga.

2.2.2. Supuestos de procedencia del arbitraje potestativo

2.2.2.1. Primera negociación colectiva

Si bien uno de los temas novedosos del RAP son los supuestos de mala fe en una negociación colectiva, no debemos olvidar que dicha norma también contempla dos supuestos adicionales referidos a aquellos casos cuando las partes no arriban a un acuerdo en la primera negociación colectiva ya sea en el nivel, o su contenido.

Con respecto al primer supuesto recordemos que hasta antes de la publicación de la sentencia emitida por el TC sobre el caso de los trabajadores portuarios la interpretación generalizada en caso no hubiera acuerdo de partes para determinar el nivel de negociación era el sometimiento a un nivel de empresa. Sin embargo, con el criterio adoptado por el TC dicha interpretación fue declarada inconstitucional, dado que la controversia sobre el nivel de negociación colectiva debería ser resuelta por un arbitraje. Más adelante volveremos a este supuesto.

Por su parte, en el segundo supuesto, si bien se refiere también a aquellos casos en los cuales no existe acuerdo de partes en la primera negociación, en este caso nos referimos al contenido y no al nivel de negociación. Este es el supuesto frecuente que se suele presentar en la práctica, el cual es un arbitraje iniciado por un sindicato que negocia por primera vez un convenio colectivo.

Lo expuesto significa que en aquellas situaciones que por primera vez un sindicato negocia con su empresa, las alternativas existentes que tienen para solucionar su conflicto de intereses son mayores en comparación a aquellas que ya hubieran negociado anteriormente, toda vez que adicionalmente al trato directo, conciliación, mediación y/o extraproceso, también tienen el arbitraje potestativo como una facultad de llegar a un acuerdo, sin perjuicio que esto implique una negativa de aceptación por parte de la empresa.

En atención a lo expuesto, ambas partes que integran una negociación colectiva se encuentran facultadas para interponer un arbitraje potestativo cuando éstas no lleguen a un acuerdo en la primera negociación en el nivel o su contenido, en virtud de los nuevos supuestos contemplados en la RLRCT.

2.2.2.2. Determinación del nivel de negociación colectiva

Establecer el nivel de la negociación colectiva implica determinar el nivel al cual se someterán las partes en una negociación colectiva, pudiendo ser de: establecimiento, empresa, rama de actividad, nacional, etc.

Tal como ya se ha manifestado, la LRCT contempla al fuero arbitral como una alternativa de solución de conflictos laborales, siempre que se trate de derechos disponibles, entendiéndose dentro de dicho derecho a la facultad de las partes de determinar el nivel de la negociación colectiva. Al respecto, GARCÍA, manifiesta que “(...) *Si por la autonomía colectiva las partes son libres de celebrar los acuerdos que crean conveniente y de establecer el contenido negocial que estimen pertinente, sin afectar normas*

*imperativas ni el orden público, serán libres de elegir también el camino o los procedimientos que tomarán para llegar a ese acuerdo*⁹¹.

Al respecto, si bien el acuerdo de las partes con respecto a la determinación del nivel de negociación podría evitar que el conflicto se derive a la vía arbitral, ello no significa necesariamente que un conflicto posterior no llegue nuevamente a dicha vía, toda vez que cualquiera de las partes podría posteriormente someter el conflicto de fondo al arbitraje potestativo.

Por otro lado, si bien la resolución de trabajadores portuarios establece que el arbitraje es una vía de solución de conflictos para determinar el nivel de negociación, ello no implica que las partes no puedan someter dicha diferencia a otros métodos de solución, tales como la mediación y/o conciliación.

Por otro lado, tal como lo señala VILLAVICENCIO *“cuando se busca un nivel nuevo, estaremos frente a una primera negociación en tal ámbito*⁹², es decir en este caso también es necesario considerar que en aquellos casos que las partes ya tengan determinado el nivel de negociación colectiva y alguna de las partes opte por modificarlo, se podrá recurrir al arbitraje potestativo teniendo en cuenta que se trataría de una primera negociación en un nuevo nivel negocial.

2.2.2.3. La mala fe negocial

En principio debemos reconocer que esta terminología no es de aplicación exclusiva del ámbito laboral sino que también es un principio jurídico general de otras disciplinas. De esta forma, la mala fe se encuentra relacionada con el actuar de cada persona, y evaluada según el contexto de cada sociedad⁹³.

Sin embargo, en este apartado nos delimitaremos al alcance laboral de la mala fe en un proceso de negociación colectiva, y al respecto debemos resaltar que antes de la inclusión de la *mala fe* dentro del proceso del arbitraje potestativo, esta consideración también estaba contemplada en el artículo 54 de la LRCT de la siguiente manera *“(…) Las partes están obligadas a negociar de buena fe y a abstenerse, sin menoscabo del derecho de huelga legítimamente ejercitado”*.

Por su parte, el RAP⁹⁴ ha considerado a la mala fe para aquellos casos que tenga por efecto *dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo*. Si bien los casos que hasta el

⁹¹ GARCÍA MANRIQUE, Álvaro. Soluciones Laborales N° 30. Junio 2010. Lima: Gaceta Jurídica, p.98.

⁹² VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. Loc. Cit.

⁹³ Ello significa que la actuación de mala fe será distinto en cada lugar, y según las características de cada sociedad, que si bien podría ser homogéneo en un determinado momento habrá diferencias dependiendo del contexto donde se desarrolle.

⁹⁴ RAP, artículo 61-A: *“Las partes tienen la facultad de interponer el arbitraje potestativo en los siguientes supuestos: (...) b) Cuando durante la negociación del pliego se adviertan actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo. No se encuentra alineado con lo que dice el artículo. Confirmar el contenido del pie de página”*.

momento se han presentado son imputables a las empresas, ello no significa que sea de obligatorio cumplimiento solo a ellas, sino también para los sindicatos, a través del cual se intentará que ambas partes actúen de buena fe, de tal manera que se establezca una relación de confianza y respeto mutuo entre ambas. De esa forma, en el marco de las relaciones colectivas, la R.M. 284-2011-TR ha contemplado de manera enunciativa, mas no taxativas los supuestos más comunes de los actos considerados como mala fe. Más adelante revisaremos estas causales específicas.

2.2.3. Selección de los árbitros

En el arbitraje potestativo, a diferencia del arbitraje voluntario cuya designación del árbitro también puede ser unipersonal, en esta modalidad sólo se encuentra permitida la constitución de un tribunal tripartito, conformado por un árbitro designado por cada parte, y el presidente determinado por los dos árbitros nombrados. En ausencia de acuerdo para la nominación del presidente, la AAT es la encargada de nombrarlo. De igual manera, si alguna de las partes no nombra a su árbitro en un plazo máximo de 05 días hábiles, la AAT sería la obligada a designarlo.

En este tipo de procesos, si bien la elección de los árbitros es fruto de la facultad de cada una de las partes, en virtud de su particular preferencia, esta determinación debe realizarse de manera objetiva, con el objeto de garantizar la imparcialidad y neutralidad del proceso arbitral, en tanto serán ellos los designados de resolver el conflicto colectivo dentro la negociación colectiva, las cuales deberían realizarse *“a través de las garantías básicas del arbitraje, las cuales son necesarias para el desempeño de cualquier órgano que ejerza jurisdicción o lleve a cabo una función equivalente”*⁹⁵.

En ese sentido, entre algunas de las características que debe reflejar el perfil de un árbitro es que sea un profesional con conocimiento legal, lo cual no necesariamente implica que tenga que ser un abogado, pudiendo ser un profesional de otra carrera que conozca el marco de las relaciones laborales que se aplicarán a la solución del conflicto.

2.2.4. Procedimiento del arbitraje potestativo

Teniendo en cuenta el novedoso carácter potestativo de esta modalidad arbitral, cabe indicar que ello no sólo se encuentra relacionado a un tema de contenido material sino también procesal. Y, dicha situación se debe a que a través del RAP se estableció un nuevo procedimiento de forma exclusiva para este tipo de arbitraje, que si bien es similar al arbitraje laboral general es necesario conocer cuál es el procedimiento y resaltar sus principales diferencias.

Al respecto, el artículo 61-A⁹⁶ contempla el procedimiento que debe seguirse en caso se interponga un arbitraje potestativo, el mismo que empieza formalmente con una

⁹⁵ CREMADES, Bernardo M. “El arbitraje en la doctrina constitucional española”. En: Lima Arbitration. N° 1 – 2006, p. 196.

⁹⁶ RLRCT, artículo 61-A: *“(…) Ocurridos los supuestos referidos, las partes deben designar a sus árbitros en un plazo no mayor de cinco (05) días hábiles. De no hacerlo una de ellas, la AAT designa al árbitro correspondiente, cuyo costo asume la parte responsable de su designación. El arbitraje potestativo no requiere de la suscripción de un compromiso arbitral. Si por alguna circunstancia alguno de los árbitros dejara de asistir o renunciara, la parte afectada debe sustituirlo en el término no mayor de tres (03) días hábiles. En caso de no hacerlo, el presidente del tribunal solicita a la AAT su sustitución. Constituido el Tribunal arbitral dentro de los cinco (05) días hábiles*

comunicación privada de alguna de las partes a su contraparte, manifestando su decisión de someterse a esta modalidad arbitral y nombrando a su árbitro. Si bien el plazo de todo el proceso arbitral dura como máximo 30 días naturales, existen algunos tribunales donde, con el objeto de no estar sujetos a una sanción de nulidad, la etapa de instalación lo difieren en 2 o 3 reuniones para que, a partir de la última reunión de instalación se determine si estamos ante un procedimiento arbitral válido (especialmente cuando se alega la existencia de una mala fe negocial que requiere de un “mini” procedimiento de admisión) y recién a partir de ese momento se empieza a computar el plazo de 30 días.

Por su parte, realizaremos dos diferencias existentes entre el procedimiento del arbitraje voluntario/obligatorio y el potestativo, siguiendo el lineamiento de ELÍAS MANTERO⁹⁷. La primera se refiere a la facultad de elección; en el arbitraje voluntario/obligatorio los árbitros tienen que elegir alguna de las propuestas planteadas, en el arbitraje potestativo el tribunal puede renunciar a dicha facultad siempre que alguna de las partes no haya presentado su propuesta.

La segunda se refiere a que en el arbitraje voluntario/obligatorio el tribunal arbitral sólo puede acoger una de las propuestas de forma integral, es decir no puede establecer una solución distinta a alguna de las que haya sido planteada por las partes, sin que ello implique realizar mixturas ni formar una alternativa diferente; y en el arbitraje potestativo si se puede, siempre que sólo exista una propuesta y la otra parte no haya planteado su propuesta.

A continuación un cuadro comparativo que nos permite visualizarlo de forma más gráfica:

Procedimiento del arbitraje voluntario-obligatorio	Procedimiento del arbitraje potestativo
1. El tribunal arbitral no puede renunciar a su facultad de acoger una de las propuestas planteadas por las partes (elección).	1. El tribunal arbitral puede renunciar a su facultad de acoger la propuesta de la parte, en tanto sólo se haya presentado una sola propuesta (elección).
2. El tribunal arbitral no puede establecer una solución distinta (integridad).	2. El tribunal arbitral puede establecer una solución diferente en caso una de las partes no haya presentado su propuesta (integridad).

siguientes, las partes entregan al tribunal su propuesta final, de ser el caso, en forma de proyecto de convenio colectivo, con copia para la otra parte, que le será entregado a éste por el presidente del Tribunal. Dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes, las partes podrán formular al tribunal las observaciones debidamente sustentadas, que tuvieran respecto del proyecto de fórmula final presentado por la otra parte. Resultan aplicables al arbitraje potestativo las reglas del procedimiento arbitral establecidas en el artículo 55°, 56°, 57°, 58°, 59°, 60° y 61° del Reglamento. En el caso de la regla de integralidad establecida en el artículo 57 °, ésta no se aplicará cuando sólo exista una propuesta final presentada, pudiendo el Tribunal arbitral establecer una solución final distinta. En ningún caso, el arbitraje potestativo puede ser utilizado en desmedro del derecho de huelga”.

⁹⁷ ELÍAS MANTERO, Fernando. “Acerca de la implantación del arbitraje potestativo y la creación del registro nacional de árbitros en materia de Negociación Colectiva”. En: Soluciones Laborales N° 60. Diciembre 2012. Lima: Gaceta Jurídica, p.61.

De otro lado, ni la LRCT ni el RLRCT han establecido el momento en el cual se debe resolver la procedencia o no del arbitraje potestativo. De esa forma, en algunos procesos han resuelto la procedencia antes que las partes presenten sus propuestas (la mayoría de los casos); es decir, de forma preliminar los tribunales arbitrales determinaron si corresponde admitir el arbitraje potestativo, ya sea en virtud del desacuerdo del nivel de negociación o verificación de las causales de mala fe, y en otros procesos (la minoría) han diferido su resolución para emitirse en conjunto con el laudo arbitral.

Es decir, con respecto a esta materia existen dos posiciones⁹⁸. La primera, mediante la cual se permite analizar la existencia de la mala fe como una cuestión previa, lo cual conlleva a la confidencialidad del contenido de las propuestas finales de las partes. Y, la segunda, que se resuelve al momento de laudarse, lo cual implica que las partes develen sus propuestas finales sin estar seguros que se llevará a cabo el arbitraje potestativo. De los casos analizados, la mayoría han sido resueltos mediante la primera modalidad.

2.2.5. El laudo arbitral

En lo que respecta al ámbito de nuestro trabajo de investigación, consideraremos al laudo arbitral⁹⁹ como la etapa final, mediante la cual se resuelve un conflicto colectivo de interés económico, generado entre una empresa y su sindicato, y derivado a esta modalidad arbitral en virtud de la falta de acuerdo *-ya sea en el nivel o su contenido-* o por la configuración de actos de mala fe de una de las partes que afectó el proceso de negociación colectiva.

Al respecto, el artículo 70 de la LRCT establece que el laudo arbitral tiene la misma naturaleza y surte idénticos efectos que las convenciones colectivas celebradas en negociación directa; esto significa que la decisión que adopten los tribunales arbitrales sustituye a cualquier decisión que las partes hubieran adoptado en la etapa de trato directo, y que dicha delegación ha sido trasladada al tribunal arbitral.

En este caso, el resultado del laudo arbitral se determina luego del análisis y comparaciones que realiza el tribunal arbitral de las propuestas planteadas por ambas partes, acogiendo por unanimidad o mayoría alguna de las dos propuestas que sea más beneficiosa para ambas partes, dejando cerrado el conflicto que se haya suscitado por un periodo específico. Dicho de esa manera, el laudo debe estar basado en el desarrollo conjunto y razonado que debe realizar el tribunal arbitral con respecto a cada uno de los elementos del proyecto de pliego de reclamos presentado por las partes, cuyo resultado se concretará en cada uno de los fundamentos y motivaciones que concedan o limiten los beneficios y condiciones vigentes en el respectivo ámbito de aplicación del convenio colectivo.

Así, el laudo debe reflejar un fallo de equidad, y contemplar en su integridad la propuesta final de una de las partes; y, de forma excepcional, por razones de equidad puede atenuarse algún aspecto de la propuesta planteada, cuyos alcances lo revisaremos con mayor detalle más adelante.

⁹⁸ GONZÁLES HUNT, César José y TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Ponencias sobre “El arbitraje potestativo en la negociación colectiva”. En: Arbitraje potestativo y Negociaciones Colectivas. Dogma Laboral. Lima. Junio 2012.

⁹⁹ Para un mayor alcance del laudo puede revisarse: MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. “El arbitraje laboral”. En: Advocatus N° 16. 2007-I, p. 219-229.

Finalmente, una vez concluido el desarrollo del proceso (30 días naturales), el tribunal arbitral tiene un plazo de 05 días para comunicar a las partes el laudo, que pone final al procedimiento arbitral, bajo sanción de nulidad. Si bien el contenido del laudo arbitral es inapelable y tiene carácter imperativo para ambas partes, cabe indicar que la LRCT¹⁰⁰ ha establecido algunos supuestos por el cual puede solicitarse su impugnación en la vía judicial, detalles que no analizaremos en esta oportunidad, teniendo en cuenta que dicho tema no es materia de nuestro trabajo de investigación.



¹⁰⁰ *“Artículo 66.- Es susceptible de impugnación ante la Sala Laboral de la Corte Superior, en los casos siguientes: a) Por razón de nulidad. b) Por establecer menores derechos a los contemplados por la ley en favor de los trabajadores. La interposición de la acción impugnatoria no impide ni posterga la ejecución del laudo arbitral, salvo resolución contraria de la autoridad judicial competente”.*

CAPÍTULO 3: ESTUDIO DE PROCESOS Y LAUDOS ARBITRALES

3.1 Alcances generales

El arbitraje potestativo, como forma de resolver un conflicto de intereses colectivos según nuestro actual ordenamiento jurídico, establece dos fases muy marcadas durante el desarrollo del proceso arbitral. La primera es la etapa de admisibilidad, a través del cual los árbitros designados evalúan los supuestos alegados por la parte que solicita el arbitraje, y determinan si se trata de la primera negociación y/o si la otra parte incurrió o no en actos de mala fe. En caso se determine que la contraparte actuó con mala fe o se trata de una primera negociación colectiva se declara la procedencia del arbitraje potestativo, para luego pronunciarse sobre el tema de fondo, que es la segunda etapa de este proceso, en donde las partes presentan sus propuestas en forma de proyecto de convenio colectivo para que una de ellas sea acogida dentro del proceso arbitral.

De esa forma, en este capítulo detallaremos cuáles han sido los supuestos alegados por las partes para imputar un acto de mala fe, y los criterios que los tribunales arbitrales han adoptado para determinar la procedencia o improcedencia del arbitraje potestativo.

Por otro lado, si bien el tribunal arbitral sólo puede acoger la propuesta de una de las partes, ello no implica que tenga que ser admitido en su forma integral, toda vez que los árbitros pueden atenuar aquellos beneficios planteados de forma excesiva o reducida. Por ende, en este capítulo también desarrollaremos aquellos criterios que han determinado que los tribunales arbitrales se inclinen por una propuesta planteada por el sindicato o por la empresa, así como las razones que justifiquen las realizadas atenuaciones.

3.2. Estudio de laudos arbitrales

3.2.1. Casos de admisibilidad

Como ya ha sido mencionado, el tribunal arbitral antes que laude y se pronuncie sobre un conflicto colectivo entre los sindicatos y las empresas, debe evaluar las causales de su procedencia. De esta manera, en esta primera etapa del proceso arbitral se tendrá que comprobar si estamos ante una primera negociación, en la cual las partes no se hayan puesto de acuerdo en una primera negociación, ya sea en su nivel o su contenido; o si durante el proceso de negociación se han advertido actos de mala fe que han tenido por efecto dilatar, entorpecer o dificultar el proceso de negociación colectiva.

3.2.1.1. Primera negociación colectiva

El 17.09.2011 se publicó el RAP, y algunos meses después -el 12.01.2012- se emitió el primer laudo que contemplaba los pronunciamientos iniciales sobre el arbitraje potestativo. Este caso recayó en una empresa del sector aeroportuario, que si bien era la primera negociación que entablaba con su sindicato -y por ello se encontraba enmarcado en el literal a) del artículo 61 del RAP- surgió una cuestión particular que es necesario señalar.

En este caso, el sindicato presentó su propuesta de pliego de reclamos con 21 cláusulas con distintos beneficios, arribando 06 meses después a un acuerdo parcial, donde 08 cláusulas fueron solucionadas, eliminando uno de los beneficios inicialmente propuesto. Siendo así, quedaron pendientes de negociar 12 beneficios, las cuales se continuó durante la etapa de conciliación.

No obstante, y luego de concluida la etapa de conciliación, al tener el sindicato todavía latente el conflicto de forma parcial, decidió someter su diferendo a un arbitraje potestativo, alegando los incisos a) y b) del artículo 61 del RAP, estableciendo el tribunal arbitral que durante todo el proceso de negociación de trato directo ninguna de las partes había incurrido en algún supuesto de mala fe negocial, inclusive indicando que el hecho de haber llegado a un acuerdo parcial se evidenciaba la intención de las partes de llegar a un acuerdo final. Sin embargo, como todavía estaba latente el conflicto con respecto a los 12 beneficios, si bien no se determinó la procedencia del arbitraje potestativo por mala fe sí se habilitó el primer supuesto por el cual las partes no se ponen de acuerdo sobre el contenido negocial. En este caso, como puede apreciarse, si bien las partes ya habían arribado a un acuerdo parcial de forma preliminar, el tribunal a cargo del proceso determinó que procedía el arbitraje potestativo, teniendo en cuenta que era la primera negociación sindical.

Una vez que determinaron la procedencia del arbitraje potestativo se pasó a la etapa de fondo, en la cual si bien durante la etapa de trato directo quedaban pendiente de resolución 12 cláusulas, en este caso el sindicato solo propuso cuatro beneficios: i) aumento general; ii) sobretasa por trabajo nocturno; iii) bonificación por cierre de pacto; y iv) vigencia del laudo. Por su parte, la empresa sólo planteó siete cláusulas. De ello puede apreciarse, y tal como lo veremos más adelante de forma detallada, usualmente la cantidad de los conceptos planteados en las propuestas arbitrales son menores a los beneficios debatidos en el trato directo.

3.2.1.2. Nivel de negociación colectiva

El supuesto a) contemplado en el artículo 61-A del RAP establece que las partes tienen la facultad de solicitar el arbitraje potestativo cuando “(...) a) *Las partes no se ponen de acuerdo en la primera negociación, en el nivel o su contenido (...)*”¹⁰¹. Esto significa que la primera labor encomendada al tribunal arbitral, antes de resolver el conflicto de fondo, consiste en definir si el desacuerdo –de nivel o contenido– se ha suscitado en la primera negociación, y de ser el caso evaluar la procedencia o no del arbitraje potestativo.

Si bien esta causal, en comparación a los supuestos de mala fe que veremos posteriormente, tiene menor incidencia, no debemos descuidar que es un caso que podría presentarse en aquellas negociaciones que se realizan por primera vez, y que inclusive no requiere un mayor análisis para su procedencia, configurándose únicamente con la sola acreditación de la inexistencia de acuerdo en la primera negociación, ya sea en su nivel o en su contenido.

De esa forma, a continuación detallaremos los principales hechos que se desprenden de los casos analizados con respecto a ambos supuestos:

¹⁰¹ D.S. N° 014-2011-TR, artículo 61-A, inciso a).

a. Desacuerdo en el nivel

a.1. Negociación entre sindicato de actividad con una sola empresa: Este es el caso de una empresa del sector eléctrico que cuestionó las facultades de negociación de un gremio sindical de rama de actividad para negociar de forma personalizada con dicha empresa, argumentando que este gremio solo tenía poderes para representar a los trabajadores que pertenecen a varias empresa en conjunto, no encontrándose facultados para negociar sólo con una de ellas. Ante ello, el tribunal arbitral a cargo de este proceso determinó que no existe motivo alguno por el cual un sindicato de rama de actividad no pueda negociar en un ámbito de empresa, por más que sea de un nivel inferior; y fundamenta su posición en: i) la inexistencia de dicha prohibición en la LRCT; y además que ii) no se puede cuestionar la capacidad de la organización de rama de actividad con una de menor alcance (de empresa), porque ello significaría sostener que para negociar a un nivel de empresa se necesitaría constituir un sindicato de empresa a pesar que exista una organización *-de mayor nivel-* formalmente constituida, y sin embargo esa situación no ocurriría porque para negociar con una empresa no se requiere que se forme un sindicato solo de nivel de empresa.

En resumen, el CLS también se ha pronunciado por una situación similar al planteado en el presente caso, señalando que en estos supuestos *“basta la prueba de que el sindicato de actividad cuenta con suficiente representación a nivel de empresa”*¹⁰² para que pueda negociar. El sustento que tiene este pronunciamiento se debe a que en muchas oportunidades el requisito mínimo de empresas para una negociación colectiva no es suficiente para una negociación de rama, pero sí para una representación a nivel de empresa. Con este sustento se aprecia que el CLS no intenta imponer el nivel durante una negociación colectiva, pero sí que las partes puedan negociar al nivel que determinen.

a.2. Objeto social de empresa no pertenece a la rama de actividad: Existen empresas, que, con el objeto de no negociar por rama de actividad, sustentan su posición alegando que su giro de negocio no se encuentra comprendido en dicho sector. Sin embargo en un proceso arbitral del sector eléctrico se determinó que, por más que la prestación de servicios no se encuentre registrada en el CIIU¹⁰³ o RUC¹⁰⁴, ello no es sustento suficiente para desconocer la vinculación de sus servicios con dicho sector.

Al respecto, si bien el artículo 5 de la LRCT solo establece los ámbitos de empresa, de actividad, de gremio y de oficios esto no significa desconocer las nuevas tendencias sobre el nivel de negociación, tales como aquellas que puedan presentarse, como por ejemplo en el marco de empresas tercerizadoras de una empresa principal cuyos trabajadores forman un sindicato de “contratistas”. Por ello, y con el objeto de regular estas situaciones¹⁰⁵, se ha emitido la Resolución Directoral General N° 021-2011/MTPE/2/14,

¹⁰² Vol LXXIX, 1996, Serie B, nú. I, 302° Informe, caso núm. 1845 (Perú), párrafo 516.

¹⁰³ Clasificación Internacional Industrial Uniforme – CIIU.

¹⁰⁴ Régimen Único de Contribuyente –RUC.

¹⁰⁵ El autor señala que *“(…) los ámbitos de organización sindical, regulados en el artículo 5 de la LRCT, no son los adecuados para enfrentar los problemas que plantea la subcontratación (...)”*. ARCE ORTIZ, Elmer. “El sindicalismo peruano en los tiempos de tercerización”. En: Soluciones Laborales N° 24. Diciembre 2009. Lima: Gaceta Jurídica, p.66.

ratificada por la Resolución Directoral General N° 007-2012/MTPE/2/14, mediante la cual se establece los supuestos interpretativos en temas de libertad sindical para los casos de descentralización productiva (tercerización). Sobre este tema, recientemente el tribunal arbitral a cargo de la resolución de un caso iniciado por el sindicato de empresas contratistas que laboran para una empresa de telecomunicaciones amparó la procedencia de dicha modalidad arbitral bajo el argumento que, si bien el objeto de dichas empresas no se refiere al sector de telecomunicaciones, la prestación de sus servicios son brindados a las empresas de dicho sector.

De esa forma, del análisis de los dos casos (a1 y a2) previamente señalados se desprende que, el criterio que actualmente sostienen los tribunales arbitrales, con respecto al nivel de negociación colectiva en una primera negociación se inclinan por una posición garantista a favor del derecho de libertad sindical de los trabajadores afiliados a una organización por rama de actividad, ya sea porque se admite que dicha organización pueda representarlos colectivamente en una negociación de nivel inferior (de empresa) o simplemente porque los trabajadores que laboran en empresas contratistas puedan negociar por rama de actividad, según el sector al que pertenece la empresa principal, a pesar que su objeto social no contemple dicha actividad y sólo se limite *-únicamente-* a prestar sus servicios como contratista.

b. Desacuerdo en el contenido

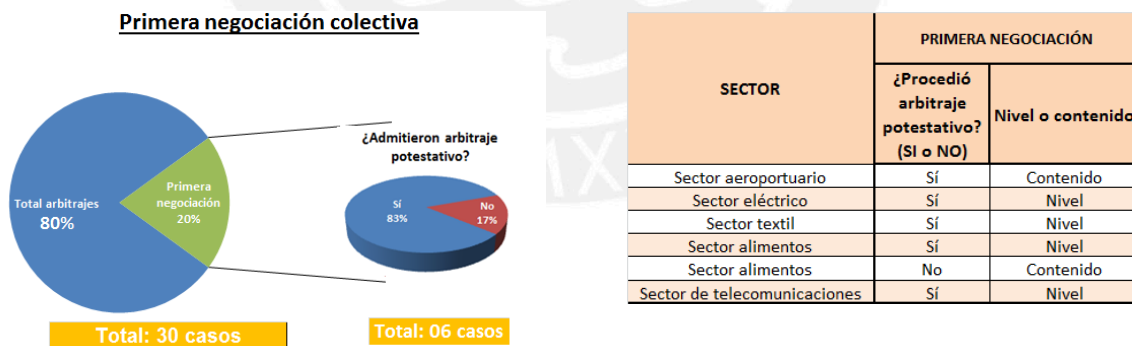
Con respecto a este supuesto es necesario tener en cuenta si el solo hecho de no llegar a un acuerdo en la primera negociación en su contenido, es causal automática del arbitraje potestativo; o si por el contrario, a pesar de encontrarnos en dicho supuesto se requiere que la parte que alega la causal acredite y justifique la discrepancia existente, y que en función a ello sea el tribunal arbitral el encargado de determinar su procedencia. Cabe indicar que en caso nos encontremos ante la causal de forma automática ello implicaría que, a pesar que las partes realicen sus mejores esfuerzos para arribar a un acuerdo en el contenido, ya sea en los conceptos o montos remunerativos y no se incurra en alguna causal de mala fe, alguna de ellas (el sindicato o la empresa) podría someter dicho conflicto a un arbitraje potestativo. Entonces, es necesario preguntarnos qué en caso no se logre un acuerdo en la primera negociación pero se evidencie una actuación de buena fe e interés conjunto de haber hecho todo lo posible necesariamente tendría que derivarse el caso a un proceso de arbitraje potestativo.

Así, es importante señalar que se entiende por “contenido” según el literal a) del artículo 61-A del RAP. Por ello, nos remitiremos al artículo 41 de la LRCT que refiere que la *“convención colectiva de trabajo es el acuerdo destinado a regular las remuneraciones, las condiciones de trabajo, productividad y demás (...)”*. De esa forma, un desacuerdo en el contenido implica sostener que existe una discrepancia con respecto a los conceptos integrales de la negociación más no en las cantidades de cada beneficio, en tanto que justamente la finalidad de la negociación colectiva es llegar a un acuerdo con respecto a los montos de los beneficios consignados en un convenio colectivo. Sin embargo, de los casos analizados hemos encontrado posiciones que sustentan ambos criterios, es decir aquellos que acogen el arbitraje potestativo de forma automática y quienes, a pesar de no llegar a un acuerdo en el contenido, consideran que no se puede admitir dicha modalidad porque la discrepancia debería recaer en el concepto mas no en la cantidad, además porque la sanción jurídica no debería recaer en una sola parte sino en las dos, y admitir la procedencia del arbitraje sin previo análisis implica sancionar solo a una de las partes (usualmente la empresa).

Por nuestra parte, consideramos que si bien el literal a) del artículo 61-A del RAP establece al arbitraje potestativo en aquellos casos que las partes no se pongan de acuerdo en su contenido durante la primera negociación, ello no debería conllevar admitirlo de forma automática, porque de lo contrario significaría que cualquier empresa que negocie por primera vez tenga necesariamente la obligación de: i) acoger todos los requerimientos propuestos por los sindicatos; ii) limitar el derecho de la empresa de proponer beneficios distintos a los planteados por los sindicatos; y, además porque ello iii) contraviene el principio de negociación libre.

Luego de haber analizado las dos modalidades del arbitraje potestativo durante la primera negociación, con el objeto de comparar la parte normativa con la práctica, a continuación veremos algunos indicadores que reflejan el porcentaje y sector sometido a esta modalidad durante su periodo de vigencia hasta la actualidad. De esta forma, del total de casos que hemos tenido acceso podemos apreciar que solo el 20% representa el sometimiento de las empresas bajo esta modalidad, sin perjuicio que en alguna de ellas adicionalmente al desacuerdo durante la primera negociación se hayan imputado actos de mala fe. Así, de este 20% que representa a seis procesos arbitrales, solo en un caso no se admitió el arbitraje potestativo, habiendo sido declarado procedente en los 05 restantes.

El sector al cual pertenecen los casos presentados en situación de desacuerdo durante la primera negociación colectiva se encuentran diversificados en diversos sectores (aeroportuario, eléctrico, textil, alimentos y telecomunicaciones), habiéndose presentado en dos empresas del mismo sector (alimentación) esta modalidad arbitral, pero una referida a su nivel y la otra a su contenido. Asimismo, del total de estos casos, la mayoría tiene incidencia en el desacuerdo del nivel, y solo 02 se refieren al “contenido”, habiéndose suscitado en estos dos procesos últimos la posición discrepante del tribunal arbitral con respecto a la determinación de si el arbitraje es o no automático.



Del gráfico podemos afirmar que del total de los arbitrajes potestativos la modalidad de “primera negociación” es la minoría, si lo comparamos con los casos de mala fe que veremos posteriormente, que representa el 80% de todos los casos analizados. Esto puede explicarse porque consideramos que los sindicatos prefieren negociar en principio por trato directo, antes de someterse al arbitraje potestativo a pesar de ser la primera negociación. Adicionalmente, porque es difícil que un sindicato recién constituido cuente con los recursos suficientes para acudir a un proceso arbitral, en tanto que para ello preferirían utilizar los mecanismos clásicos como la huelga para alcanzar su primer acuerdo colectivo.

3.2.1.3. Supuestos de mala fe

Si bien a continuación analizaremos cada uno de los supuestos de mala fe contemplados en la Resolución Ministerial N° 284-2011-TR, es necesario señalar que dichas conductas no son las únicas que pueden presentarse durante un proceso de negociación colectiva, toda vez que sólo tienen carácter enunciativo mas no taxativo ni limitativo, ello significa que estamos frente a un *numerus apertus* de conductas, con lo cual podrían incluirse otros comportamientos considerados como mala fe.

De esa forma, si bien la finalidad de las negociaciones colectivas es arribar a un acuerdo entre los sindicatos y las empresas que contemple los intereses y particularidades de cada una de las partes, bajo los parámetros de actuación de la buena fe, en algunos procesos que analizaremos a continuación se presentaron diversos hechos que configuraron actos de mala fe, ya sea por parte de los sindicatos o de las empresas que conlleva que ambas partes se sumerjan dentro del proceso de arbitraje potestativo.

a. Negativa de recepción del proyecto del convenio colectivo

“Negarse a recibir el pliego que contiene el proyecto de convenio colectivo de la contraparte, salvo causa legal o convencional objetivamente demostrable. Asimismo, la negativa a recibirlo a través de la AAT”. (Inciso “a” del artículo 1 de la R.M. 284-2011-TR).

Este supuesto se refiere a la negativa por parte de las empresas a recibir el pliego de reclamos presentado por los sindicatos, el cual advierte como punto de partida una situación difícil de afrontar, toda vez que si desde su inicio se aprecia dicha conducta se deduce que el contexto en el cual se desarrolla dicha negociación no será necesariamente la más favorable para ambas partes, y es por ello que con la finalidad de evitar que las empresas se nieguen a recibir el pliego de reclamos *–proyectado por el sindicato–* sin ninguna causa objetiva que amerite su rechazo, se ha considerado a este supuesto como un acto de mala fe dentro de los alcances del arbitraje potestativo.

Al respecto, es necesario recordar el caso de los trabajadores portuarios donde precisamente una de las causales por la cual el TC declaró fundada la demanda de acción de amparo fue por la negativa de la empresa a recibir el pliego de reclamos por rama de actividad presentada por el sindicato. Esta negativa referida al rechazo a recibir el proyecto del convenio colectivo radicaba en el desacuerdo que existía entre las partes para determinar el nivel de negociación colectiva, ante lo cual el TC inicialmente consideró que el nivel tenía que ser decidido por los mismos interlocutores y por lo tanto la negativa de las empresas para negociar en el nivel propuesto por el sindicato no constituía una violación del derecho de negociación colectiva. Sin embargo en caso se evidenciara que alguna de las partes no se encuentre negociando de buena fe, como por ejemplo un rechazo injustificado a negociar con la única finalidad de afectar el desarrollo de la actividad sindical, podría implicar que la parte afectada someta su diferendo al arbitraje potestativo.

La posición contenida en la sentencia del TC también ha sido respaldada por el CLS de la OIT¹⁰⁶ al haber establecido en un caso panameño que la empresa al no haber contestado

¹⁰⁶ Este es un caso del Gobierno de Panamá en cuya legislación se estableció una sanción porque la empresa no contestó a un pliego de peticiones, habiéndose considerado como una práctica

el pliego del proyecto de convenio colectivo –*presentado por el sindicato*- suponía la contravención de los principios de buena fe dentro del proceso de negociación colectiva.

Si bien de la casuística nacional que hemos analizados no se desprende la configuración de este supuesto -*negativa de recepción del proyecto del convenio colectivo*- no podemos negar que esta situación al haber sido el origen de la sentencia de los trabajadores portuarios puede presentarse en algún caso posterior.

b. Información económica financiera

“Negarse a proporcionar la información necesaria sobre la situación económica, financiera, social y demás pertinente de la empresa, en la medida en que la entrega de tal información no sea perjudicial para ésta”. (Inciso “b” del artículo 1 de la R.M. 284-2011-TR).

En principio, es necesario señalar que el suministro de la información económica financiera, social y demás es de vital importancia para los sindicatos, especialmente para la elaboración de su propuesta como pliego de reclamos; y es por ello que tanto la LRCT¹⁰⁷ como el RLRCT¹⁰⁸ lo han considerado como un derecho de los trabajadores, siempre que el suministro de dicha información no afecte los intereses de las empresas. Si bien la información que usualmente se solicita es la referida a la económica y financiera ello no significa que no pueda solicitarse la social y/o laboral, que también se encuentra comprendida en este supuesto.

Siendo ello así, podemos afirmar que proporcionar información a los sindicatos configura un indicio del deber de actuar de buena fe, *“pues a través de el se busca facilitar que el empresario haga partícipe a la organización sindical de la situación actual en la cual aquel se encuentra, generando ello como correlato que el sindicato presente un pliego petitorio viable y no descontextualizado del escenario en el cual se encuentra su contraparte”*¹⁰⁹. Inclusive el TC también se ha pronunciado con respecto a esta materia, manifestando que *“(…) negarse a suministrar la información necesaria (...) son comportamientos que muestran la ausencia de buena fe en la negociación”*¹¹⁰.

desleal. Al respecto, el detalle de este caso puede encontrarse en el Informe del Comité de Libertad Sindical 318°, caso N° 1931, Vol. LXXXII, 1999, Serie B, núm. 3.

¹⁰⁷ Artículo 55 de la LRCT. *“A petición de los representantes de los trabajadores, los empleadores deberán proporcionar la información necesaria sobre la situación económica, financiera, social y demás pertinente de la empresa, en la medida en que la entrega de tal información no sea perjudicial para esta”.*

¹⁰⁸ Artículo 38 del RLRCT. *“La información que ha de proporcionarse a la comisión negociadora conforme al artículo 55 de la Ley, podría solicitarse dentro de los noventa (90) días naturales anteriores a la fecha de la caducidad de la convención vigente”.*

¹⁰⁹ ZAVALA COSTA, Jaime y VILCHÉZ GARCÉS, Lidia. *“¿Es tan peligroso proporcionar información empresarial en el marco de la negociación colectiva? El derecho de información como mecanismo de solución de conflictos laborales”.* En: Asesoramiento y Análisis Laboral – AELE, N°406 - Abril 2011, p. 14.

¹¹⁰ STC. N° 3561-2009-PA/TC, f.j. 16.

Sin embargo, lo que usualmente sucede en la práctica es que existe cierta desconfianza con respecto al suministro de información, tanto por parte de las empresas como de los sindicatos, toda vez que los primeros tienen inseguridad que dicha información se pueda filtrar al mercado, y los segundos, en función a la fiabilidad de la información. Ante ello, y con respecto al primer supuesto, la OIT ya ha superado dicha desavenencia habiendo contemplado en sus recomendaciones¹¹¹ que es obligación de las empresas otorgar las facilidades e información necesaria para el ejercicio de las funciones de los sindicatos, y por parte de éstos asumir el compromiso de mantener la confidencialidad según sea el caso. Con respecto al segundo supuesto, si bien no existe forma de asegurarse –*de forma absoluta*– que la información proporcionada sea fiable, consideramos que el solo hecho que la empresa lo haya proporcionado implica que dicha información tiene el carácter de declaración jurada, y que por lo tanto cualquier afirmación o documento que contemple la situación económica, financiera y laborales no ajustada a la realidad implica asumir las responsabilidades que correspondan, ya sea de manera administrativa, civil e inclusive penal. A la vez, a nuestro juicio, estaríamos ante un caso de mala fe comercial que puede conllevar al sometimiento de un arbitraje.

De esa forma, el suministro de dicha información constituye un derecho de los sindicatos y una herramienta de gran utilidad para elaborar el pliego de reclamos y/o afrontar reuniones exitosas dentro del proceso de negociación colectiva, porque caso contrario lo que suele suceder cuando no se proporciona la información solicitada por el sindicato es que se proyecta un pliego no ajustado a la realidad de la empresa, y que por ende no se satisfaga los intereses del sindicato.

Sin embargo, si bien el suministro de información es importante para ambos negociadores, es necesario considerar que algunas veces el detalle de la información solicitada por los sindicatos es de compleja elaboración o difícil ubicación, más aún si consideramos que legalmente no existen límites a la solicitud, pudiendo inclusive requerirse información de periodos muy antiguos a la fecha del periodo de negociación. Es por ello que, partiendo de dicha situación, el artículo 55 de la LRCT ha establecido que la información que debe ser proporcionada –*por la empresa al sindicato*– se realice de mutuo acuerdo entre las partes. Siendo así, una vez que se haya determinado los alcances de dicha información, la empresa deberá suministrarlos de acuerdo a lo

¹¹¹ Recomendación núm. 143 de la OIT: “*La empresa debería poner a disposición de los representantes de los trabajadores, en las condiciones y en la medida que podrían determinarse por los métodos de aplicación a que se refiere el párrafo 1 de la presente Recomendación, las facilidades materiales y la información que sean necesarias para el ejercicio de sus funciones*”. Recomendación sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa. Adopción: Ginebra, 56ª reunión CIT (23 junio 1971). Recomendación núm. 163 de la OIT: “(1) *En caso necesario, deberían adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales para que las partes dispongan de las informaciones necesarias para poder negociar con conocimiento de causa. (2) Con este objeto: (...) a petición de las organizaciones de trabajadores, los empleadores - públicos y privados - deberían proporcionar las informaciones acerca de la situación económica y social de la unidad de negociación y de la empresa en su conjunto que sean necesarias para negociar con conocimiento de causa; si la divulgación de ciertas de esas informaciones pudiese perjudicar a la empresa, su comunicación debería estar sujeta al compromiso de mantener su carácter confidencial en la medida en que esto sea necesario; las informaciones que puedan proporcionarse deberían ser determinadas por acuerdo entre las partes en la negociación colectiva*”. Recomendación sobre el fomento de la negociación colectiva. Adopción: Ginebra, 67ª reunión CIT (19 junio 1981).

acordado, caso contrario el incumplimiento de dicho compromiso o la negativa del suministro conllevaría a posibles sanciones administrativas, tal como lo establece el Reglamento de la Ley General de Inspección de Trabajo¹¹².

En ese sentido, el derecho de información de los sindicatos se encuentra directamente relacionado con la obligación de las empresas de suministrarlo de manera fiable, completa y oportuna, toda vez que, por ejemplo, carecería de sentido suministrar esa información cuando habiéndolo requerido con mucho tiempo de anticipación antes del inicio de la negociación se les proporcione luego de presentado el pliego de reclamos, e inclusive durante la etapa final de la negociación colectiva.

Al respecto, si bien legalmente no existe un plazo perentorio que obligue a las empresas a proporcionar la información, es necesario señalar que según los casos analizados los sindicatos lo suelen solicitar en dos momentos *-claramente identificados-* en las cuales debería cumplirse con dicha obligación. La primera, es la etapa de preparación para el proyecto del pliego de reclamos; es decir, si los sindicatos solicitan la información económica, financiera y social antes de la presentación de su proyecto, dicha información tiene que ser proporcionada como plazo máximo antes de la presentación formal del proyecto. En segundo lugar, si la información es solicitada después de la presentación del pliego de reclamos se entenderá que dicha información ya no la requieren para la preparación del proyecto del convenio colectivo sino para afrontar el desarrollo de la negociación colectiva, por lo que tendría que ser proporcionada en el plazo más inmediato posible, con el fin que ello no afecte la asimetría de información para la negociación de ambas partes.

Seguidamente analizaremos los casos *-más frecuentes-* en los cuales los tribunales arbitrales han declarado la existencia de mala fe por parte de las empresas al haberse acreditado, en sus distintas modalidades la negativa para el suministro de información sin que medie ninguna causa justificada. Si bien no existe una clasificación de dichas modalidades, nosotros lo hemos agrupado de la siguiente manera:

b.1) Negativa a entregar información al sindicato: Con respecto a la negativa *-en estricto sentido-* del suministro de información existen dos maneras de acreditar este supuesto. La primera es que explícitamente, ya sea de manera escrita o verbal, la empresa se niegue a proporcionarlo; y, la segunda, es aquella en la cual se omite responder la comunicación de solicitud de información presentada por el sindicato.

De esa forma, y tal como se indicó anteriormente, si los sindicatos solicitan información luego de presentado el pliego de reclamos es porque ya no lo requieren para la elaboración de su propuesta sino para el desarrollo de las reuniones de negociación colectiva. Así, si la información solicitada no es proporcionada por la empresa, a pesar que el sindicato ha presentado su pliego, podemos afirmar que dicha negativa sí podría suponer el perjuicio de la negociación, toda vez que si bien no afectó el inicio si genera el entorpecimiento del logro de un acuerdo.

¹¹² Artículo 24.9 del Reglamento de la Ley General de Inspección de Trabajo: *“El incumplimiento de las disposiciones relacionadas con la entrega a los representantes de los trabajadores de información sobre la situación económica, financiera, social y demás pertinente de la empresa, durante el procedimiento de negociación colectiva”.*

Siendo ello así, el tribunal arbitral en el caso de una empresa del sector energía argumentó la configuración de un acto de mala fe de la siguiente manera: *“Tomando en consideración que desde el requerimiento de los trabajadores el 11 de noviembre de 2011 hasta la fecha –más de 08 meses- la empresa no ha cumplido con entregar la información solicitada se considera que se ha configurado la causal de mala fe prevista en el artículo 1ºb de la Resolución Ministerial N° 284-2011-TR”.*

En este caso, si bien el suministro de información fue solicitada dos semanas antes de la presentación del pliego de reclamos, probablemente si la empresa hubiera proporcionado dicha información –*aunque sea*- después de la presentación del pliego de reclamos se hubiera podido levantar esta observación, sin embargo como transcurrieron más de ocho meses sin que se les haya proporcionado la información dicha omisión generó un acto de mala fe por parte de la empresa a consideración del tribunal arbitral.

b.2) Suministro de información incompleta: La LRCT establece que la información que el sindicato directamente solicita dentro del marco de una negociación colectiva debe ser de común acuerdo entre las partes, lo cual significa que si los sindicatos solicitan información, y la empresa considera que dicha información no puede ser proporcionada, dicha situación debería consensuarlo con el sindicato, a fin que no sea considerada como incompleta o impertinente para los objetivos que persigue el sindicato.

Por ejemplo, en el caso de una empresa del sector petrolero, el sindicato solicitó: i) información económica; ii) información financiera; e iii) información social. Si bien la empresa cumplió con suministrar las dos primeras dentro de los márgenes que consideró pertinente, prescindió de lo laboral (social); habiendo el tribunal arbitral considerado que la empresa actuó de mala fe, conforme se detalla a continuación: *“Teniendo en consideración que desde el requerimiento de los trabajadores la empresa no ha cumplido con entregar la información social solicitada (...), el tribunal considera que se ha configurado la causal de mala fe prevista en el artículo 1ºb de la Resolución Ministerial N° 284-2011-TR”.*

En un caso similar de una empresa del sector minero el sindicato solicitó: i) estados financieros; ii) información laboral y iii) planes de producción e inversión, la misma que fue suministrada dentro de un mínimo plazo razonable, con excepción de la laboral; es por ello que el tribunal arbitral también consideró en este caso que no se había cumplido de manera completa con la información requerida, conforme se puede apreciar en el siguiente extracto de la resolución de admisibilidad del arbitraje potestativo:

“Tomando en consideración que desde el requerimiento de los trabajadores el 16.03.2012 hasta la fecha -06 meses- la empresa no ha cumplido con entrega la información laboral solicitada de manera completa y oportuna, el tribunal considera que se ha configurado la causal de mala fe prevista en el artículo 1ºb de la Resolución Ministerial N° 284-2011-TR”.

De los casos señalados previamente se desprende que no basta que la empresa suministre la información que considera pertinente, cuando ello involucra la entrega de la información parcial (por ejemplo no suministrar la información laboral), porque por más que se realice el esfuerzo en gestionar la información económica-financiera por parte de la empresa, ello no servirá de mucho si se tiene que acreditar un supuesto de mala fe contemplado en esta modalidad.

Esto significa que si bien las empresas se encuentran obligadas al suministro de información, es necesario tener en cuenta que dicha obligación no se limita al solo hecho de remitir lo que consideran conveniente sino aquello que les sea idóneo para los fines que persiguen los sindicatos, ya sea para la preparación de su pliego de reclamos o para el desenvolvimiento de las reuniones de negociación colectiva.

En definitiva, es obligación de las empresas entregar la información completa, veraz y oportuna a los sindicatos, la misma que es determinada de común acuerdo entre las partes, y en caso de discrepancia sobre los alcances de la información es la AAT la encargada de dilucidar la divergencia. Por ello, es importante que las empresas muestren interés para llegar a un acuerdo con el sindicato sobre la documentación que se haya solicitado, más aún si dicha información es de compleja elaboración, teniendo en cuenta que será utilizado para el mejor desempeño de las actividades de los sindicatos en aras de la negociación colectiva.

De esa forma, de los casos analizados se advierte que una gran parte de las empresas, hasta antes de la regulación del arbitraje potestativo no otorgaban la debida importancia al tema referido al suministro de información, habiendo casos que inclusive transcurría el tiempo en exceso sin que les proporcionaran lo solicitado por el sindicato. Sin embargo, con los alcances de esta nueva regulación pareciera que las empresas están gestionando de mejor manera la información para el suministro oportuno; lo cual no debería significar el requerimiento indebido de información con el único propósito de encausar la conducta en un supuesto de mala fe.

b.3) Suministro de información extemporáneo sujeto a auditoría: Si bien con respecto a la información solicitada por el sindicato legalmente no existe un plazo máximo para su suministro, por lo cual ello no puede ser diferido en el tiempo, toda vez que dicha documentación tiene que ser presentada en el plazo más breve posible, y no como una empresa del sector industrial, en donde a pesar de haber respondido al día siguiente del requerimiento indicando que la solicitud sería atendida el suministro de información lo difirió por otros motivos (que supuestamente dicha información no estaba auditada), habiendo el tribunal arbitral considerado dicho acto como mala fe, conforme se describe a continuación:

“En tal medida, este tribunal arbitral considera que la entrega extemporánea de información a la organización sindical por parte de la empresa determina una vulneración al deber de buena fe”.

b.4) Suministro de información extemporánea: El artículo 38 de la LRCT establece que los sindicatos pueden requerir información dentro de los 90 días anteriores a la fecha de caducidad del convenio colectivo, esto significa que si dicha información es solicitada antes de la formalización del pliego de reclamos, las empresas deben proporcionarlo antes de la presentación del citado pliego.

Sin embargo, por ejemplo, en un caso del sector naviero, *“el 29.05.2012 el sindicato solicita a la empresa (...) le entregue la información económica, financiera y laboral (...) y cuarenta y siete días después, el 16.07.2012, el sindicato presentó el pliego de reclamos correspondiente al periodo 2012-2013 a la empresa, sin haber recibido por parte de la empresa la información que le fue solicitada”.* De este caso podemos apreciar que, a pesar del plazo transcurrido, el sindicato al no tener la documentación solicitada tuvo que elaborar su pliego de reclamos sin dicha información, habiendo la empresa proporcionado

lo solicitado después de más de 04 meses, inclusive cuando ya se encontraban en la etapa de conciliación, a raíz de la participación de la AAT porque de lo contrario quizás nunca lo hubieran suministrado.

En ese mismo sentido, en un caso del sector minero, el tribunal arbitral advirtió que el sindicato *“elaboró el pliego de reclamos para el periodo 2011-2012 sin contar a tiempo con la información solicitada”*, habiendo no solo tenido que elaborar su pliego sin dicha información, sino que también haber afrontado el proceso de negociación colectiva sin los elementos necesarios que permita visualizar una simetría en el manejo de la información, que si bien fue proporcionado después del inicio de negociación, ello significó un acto de mala fe, al haber tenido el sindicato que inclusive recibir propuesta de la empresa con cláusulas sustitutorias sin conocer la situación real, conforme se muestra en la siguiente línea de tiempo:

Solicitud de información (económica, financiera, social, y demás)	Presentación del pliego de reclamos	Inicio de la negociación	Propuesta de la empresa: cláusulas sustitutorias	Suministro de información (económica, financiera, social, y demás)
Enero	Febrero	Marzo	Abril (1ª semana)	Abril (2ª semana)

Si bien el argumento de la empresa para negar los alcances de la mala fe se sostuvo en manifestar que i) dicha información era proporcionada al sindicato todos los años en esa misma fecha (abril); y además porque ii) se encontraba limitada a no entregar información antes del mes de abril, dado que la empresa cotizaba en la bolsa de valores y por ende la información que se proporcionaba tenía que ser previamente informada a la CONASEV (Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores del Perú, hoy Superintendencia del Mercado de Valores), en tanto no podía ser publicado sin la previa remisión a dicha Comisión, ello no fue amparado por el tribunal arbitral como razón justificadora, pues se consideró que la información que el sindicato solicitaba era *“estimada”*¹¹³ y no *“final”*, pudiéndolo haber suministrado antes de la fecha en la que se proporcionó, en tanto al ser estimada no se encontraba sujeto al control de dicha institución.

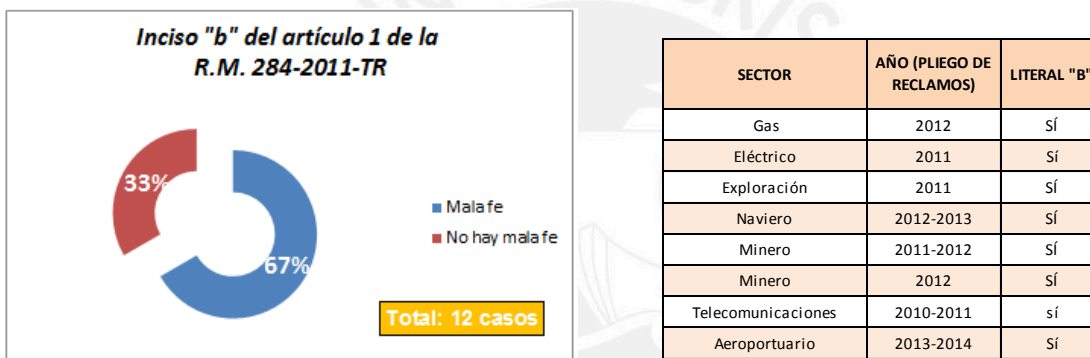
Ante ello, si bien la posición (mayoritaria) de este tribunal arbitral consideró que la información debió ser proporcionada en el plazo más breve posible, la posición (minoritaria) señaló que si la fecha de entrega de información es la misma que las referidas a los años anteriores no debería ser considerado como un acto de mala fe, en tanto que sería una práctica usual entre las empresas y los sindicatos, tal como se señala a continuación: *“la referida información fue proporcionada en las mismas oportunidades en que se hizo en las negociaciones anteriores existiendo una práctica generada por costumbre con respecto a una conducta que nunca fue objeto de reclamo por parte de la organización sindical ni calificada previamente como acto de mala fe en la negociación, lo que significa que hasta el momento había sido una práctica normal en la negociación y que nunca existió reclamo previo alguno por parte de la organización sindical”*.

¹¹³ Entre los detalles de la información estimada que solicitó el sindicato se encuentra: el cuadro de producción, cuadro de ventas, estimado de ganancias y pérdidas, número de trabajadores, niveles de salarios, programa de recreación y deportes para los trabajadores y sus familiares, programa de seguridad e higiene minera, entre otros.

Si consideramos que el total de los casos analizados asciende a 32 procesos arbitrales, de los cuales 12 sindicatos imputaron la causal referida al inciso b (no suministrar información), y de estos, 9 fueron procedentes, esto significa que casi la tercera parte de dichas empresas estuvieron inmersas en este procedimiento por esta causal, sin perjuicio de los otros supuestos en algunos casos imputados. Asimismo, de estos 12 casos, el 70% de tribunales arbitrales declararon que había mala fe por parte de las empresas al no haber suministrado la información de forma completa, veraz y oportuna, situación que por ende afecta el proceso de negociación colectiva.

Esta situación nos lleva a reflexionar que si bien la intención de las empresas no necesariamente es afectar el proceso de negociación colectiva, existe un porcentaje considerable que demuestra que es una práctica usual que la información no sea proporcionada de la manera que el sindicato la espera recibir, y que ello ha conllevado que entre el 2012 y 2013 muchas empresas se encuentren sometidas a esta modalidad arbitral por la imputación de esta causal.

Gráfico 4



c. Negativa de entrega de información acordada

“Negarse a entregar la información acordada por las partes o precisada por la AAT”. (Inciso “c” del artículo 1 de la R.M. 284-2011-TR).

A diferencia del supuesto inmediatamente anterior (Inciso “b” del artículo 1 de la R.M. 284-2011-TR), este caso se refiere a la información económica-financiera y laboral acordada entre el sindicato y la empresa, y aquella solicitada por la AAT, de acuerdo a la LRCT¹¹⁴ y a la Directiva N° 001-2007-MTPE/2/9.3. A través de la citada Directiva se otorga un plazo de 08 días hábiles, con una prórroga de 05 días adicionales (previa fundamentación) para que la empresa pueda cumplir con el requerimiento de información y, en caso de incumplimiento, la empresa es pasible de una sanción pecuniaria. Del mismo modo, si

¹¹⁴ “Artículo 56.- En el curso del procedimiento, a petición de una de las partes o de oficio, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, a través de una oficina especializada, practicará la valorización de las peticiones de los trabajadores y examinará la situación económico - financiera de las empresas y su capacidad para atender dichas peticiones, teniendo en cuenta los niveles existentes en empresas similares, en la misma actividad económica o en la misma región (...). El dictamen correspondiente, debidamente fundamentado y emitido sobre la base de la documentación que obligatoriamente presentarán las empresas y de las investigaciones que se practiquen será puesto en conocimiento de las partes para que puedan formular su observación”.

luego de presentada la información existiera alguna observación por parte de la AAT se otorga un plazo de hasta 03 días hábiles para la absolución de dichas observaciones.

Del detalle de los plazos señalados se desprende que esta obligación tiene tres momentos en las cuales las empresas podrían estar incurso en esta causal de mala fe, con respecto a la información proporcionada a la AAT de forma incompleta y extemporánea: a) después de los 08 días; b) después de la prórroga (05 días); y c) después del periodo de observación (03 días). De esa forma, si consideramos el plazo máximo contado desde el momento del requerimiento de información por parte de la AAT hasta su cumplimiento diremos que este período de entrega de información no podría exceder de 16 días hábiles, contado desde la primera notificación, porque de lo contrario la empresa estaría inmersa en esta causal de mala fe.

Si bien del análisis de todos los casos donde las empresas estaban comprendidas dentro de los alcances de esta causal éstas cumplían con presentar la información solicitada por la AAT, el tribunal arbitral a cargo de dichos procesos declaró que había mala fe, en tanto que dicha información había sido suministrada de forma extemporánea e incompleta, tal como lo veremos a continuación:

c.1) Información extemporánea: En este caso una empresa del sector energía a pesar de haber presentado la información dentro de los 08 días hábiles, el tribunal arbitral declaró que se suscitó un acto de mala fe al no haber cumplido con el plazo que la AAT le otorgó para la absolución de observaciones que vencía el 27.03.2012, habiendo presentado solo una parte de la información solicitada, indicando que el resto lo presentaría el 03.04.2012.

Tal como lo hemos señalado, legalmente existe un plazo para cumplir con la información solicitada por la AAT, sin embargo en este caso a la empresa se le “concedió de manera unilateral” una ampliación para su cumplimiento, razón por la cual el tribunal arbitral determinó que había actuado de mala fe, más aún si se consideraba que desde el momento de la primera notificación hasta la fecha de cumplimiento había transcurrido 21 días hábiles, plazo que excedía el establecido por ley.

Por otro lado, con respecto a aquellos casos que las empresas consideran que por la magnitud de la documentación el plazo otorgado por la AAT no es suficiente para obtener el total de la información, el tribunal arbitral en un caso del sector energía resolvió que no existe justificación alguna para presentarlo de forma extemporánea e incompleta, teniendo en cuenta que usualmente las empresas ya tienen conocimiento del requerimiento desde el momento que los sindicatos presentan su pliego de reclamos, no considerándose en este caso como un hecho excepcional sino como parte de las actividades cotidianas, tal como se señala a continuación en el siguiente considerando de la resolución de admisibilidad:

“El tribunal arbitral considera que la entrega de la información por parte de la empresa ante el requerimiento administrativo fue (...) y extemporánea, conllevando a una vulneración del deber de buena fe consagrado en el artículo 1 c) establecido en la Resolución Ministerial N° 284-2011-TR (...)”.

c.2) Información incompleta por cotizar en la bolsa de valores: Legalmente las empresas que cotizan en la bolsa de valores tienen como parte de sus obligaciones el deber de reportar, antes de realizar cualquier difusión de información, sus estados económicos y financieros a la CONASEV (Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores del Perú, hoy Superintendencia del Mercado de Valores). Sin embargo, en un caso del sector

naviero, la empresa alegó dicho argumento para justificar que no podía haber cumplido con los plazos establecidos por la AAT al ser una empresa que cotizaba en la bolsa de valores, no habiendo sido acogido el argumento por el tribunal arbitral, tal como se detalla de un extracto de la resolución de admisibilidad seguidamente:

“El tribunal considera que el carácter reservado de la información no exonera a la empresa de la aplicación de suministrar información que luego podría ser conocida por los representantes de los trabajadores ya que de forma paralela, a la obligación empresarial se le impone al sindicato el deber de reserva o secreto que les impide divulgar la información recibida a terceras personas”.

c.3) Información dentro del plazo de prórroga de los 05 días: Tal como se ha manifestado previamente, con el objeto que las empresas presenten la información económica-financiera, la AAT se encuentra facultada a conceder un plazo de 05 días hábiles adicionales a los previamente otorgados (08 días hábiles), siempre que la solicitud se encuentre debidamente fundamentada.

De esa forma, en un caso del sector financiero, si bien la empresa solicitó un plazo adicional para cumplir con la presentación de la información económica – financiera, omitió fundamentar dicho requerimiento; pese a ello, sin observación alguna, la AAT concedió el plazo de los 05 días adicionales, cumpliendo de esa manera la empresa con presentar la información solicitada.

Sin embargo, a pesar que la empresa cumplió con presentar la información solicitada dentro del plazo otorgado por la AAT, el tribunal arbitral declaró que había mala fe porque la solicitud no se había fundamentado, tal como se señala del extracto de la resolución de admisibilidad mostrado a continuación:

“(…) debe considerarse que una práctica generalizada, reiterada y oportuna en el tiempo no puede ser costumbre si está en contra de la ley. De igual modo (...) se señaló como fecha el 02.05.2012 para que el Banco absolviera las observaciones hechas a la información que entregó previamente, contraviniendo así el literal c) del punto B.1. de la Directiva N° 001-2007-MTPE/2/9/3 que regula el procedimiento de requerimiento de información económica-financiera y laboral, constituyendo ello un atentado contra el principio de legalidad al que está sujeta la Administración Pública en un Estado de Derecho, lo que era de conocimiento del Banco”.

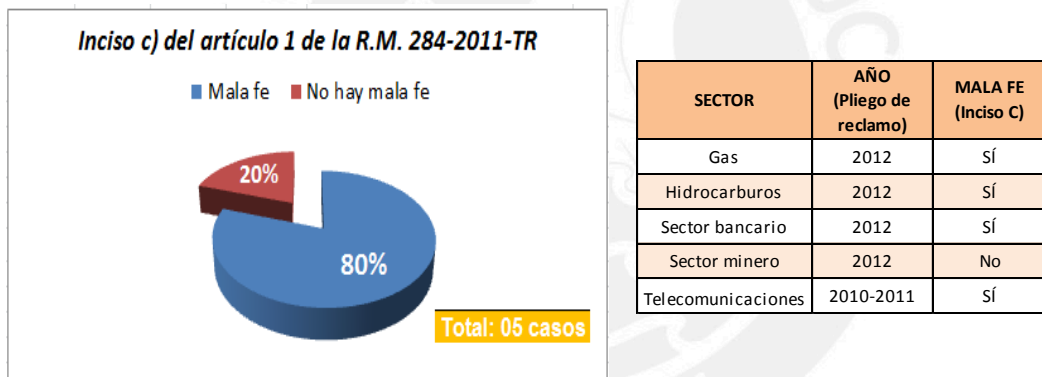
Con respecto a este pronunciamiento, existen dos interpretaciones que se desprende del análisis del caso. El primero se refiere a que ningún tribunal arbitral podría cuestionar el plazo legalmente concedido por la AAT, en tanto que si bien la empresa no fundamentó su solicitud, se le concedió un plazo para presentar su información económica- financiera, razón por la cual, quien en todo caso no cumplió con la normativa legal es la AAT, y no la empresa; y en caso se cuestionara la ilegalidad, los encargados de solucionar dicha controversia sería la propia AAT, o en su defecto el Poder Judicial. Y, la segunda posición con respecto a esta materia es la facultad con la que cuenta el tribunal arbitral para cuestionar cualquier contravención del principio de legalidad, tal como lo realizaron en el caso recientemente citado del sector financiero; esto es, que el tribunal arbitral ejerza la potestad de ejercer un control sobre la legalidad de las resoluciones de la AAT.

c.4) Información dentro del plazo de absolución de observaciones (03 días): La AAT se encuentra facultada para conceder un plazo de 03 días hábiles en caso existan observaciones a la información presentada por las empresas; sin embargo, en un criterio similar al anteriormente señalado a pesar que el requerimiento fue fundamentado y la información presentada dentro del plazo de observación, el tribunal arbitral determinó que la empresa había incurrido en actos de mala fe, al no haber cumplido con presentar toda la información dentro el primer plazo que les otorgaron, tal como se señala a continuación:

“La Dirección de Política y Normativa de Trabajo el día 15.12.2011 solicitó a la empresa subsanar la omisión de información en los formularios 2 y 3 respecto de los empleados de dirección. Y, otorgó como plazo final hasta el 19.12.2011. De esta manera, la información laboral otorgada por la empresa fue incompleta, ya que el formulario 2 y 3 falta entregar información relativa al personal de dirección”.

Estadísticamente, y al igual que la anterior, en este supuesto se muestran similares porcentajes a la causal “b” del artículo 1 del RAP. De esta forma, a continuación mostramos un gráfico que refleja que el 80% de los casos analizados bajo esta causal en donde se declaró que había mala fe por haber proporcionado la información incompleta o extemporánea a la AAT:

Gráfico 5



En este tipo de supuestos, al tener un plazo perentorio legalmente establecido para su cumplimiento, la determinación de la mala fe es más objetiva, en comparación al inciso b) del artículo 1 de la R.M. 284-2011-TR, en la cual no existe un plazo estipulado para el suministro de la información. Sin embargo, a pesar de ello, de los casos analizados se evidencia que el 80% de las imputaciones referidas a esta causal fueron declaradas procedentes como actos de mala fe, lo cual significa que a pesar que exista información que pueda ser suministrada por las empresas, éstas suelen no presentarlo de manera oportuna ni completa, ya sea porque no se preparó con anticipación, no se brindó la importancia debida a la presentación de la información, hay resistencia para entregar información que se considera reservada o, simplemente, se trata de una estrategia de la empresa en el marco de la negociación colectiva.

d. Información confidencial

“No guardar reserva absoluta sobre la información recibida siempre que la misma no sea de carácter público”. (Inciso “d” del artículo 1 de la R.M. 284-2011-TR).

De los casos analizados no se advierte ningún supuesto específico sobre afectación a la información confidencial; sin embargo, existe una causal referida a los actos de injerencia sindical, que lo veremos con mayor detalle más adelante, sin embargo de dicho caso podemos extraer una posición con respecto al manejo de la absoluta reserva de la información.

En este caso, el tribunal arbitral a cargo de un proceso del sector minero consideró que si bien la empresa había publicado la propuesta planteada previamente en la mesa de negociación, ello no configuró un acto de mala fe, en tanto que a pesar que dicho comportamiento constituía una conducta antisindical, no se había acreditado la intención de la empresa de dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo. Esto significa que si bien la causal cuestionada en este incidente fue la injerencia sindical, el tribunal arbitral en ningún momento consideró que la información que solo era de conocimiento de las partes presentes en la mesa de negociación haya sido considerada como un acto que afecte la mala fe negocial.

En esa misma línea, para comprender los alcances sobre qué debe entenderse como información reservada, en esta oportunidad nos remitiremos a una reciente resolución de la Corte Suprema¹¹⁵ sobre la interpretación de este tipo de información, que si bien no analiza un caso de arbitraje potestativo, sino un despido por falta grave, consideramos que el criterio contemplado en esta resolución genera un impacto sobre los alcances de la “información” en esta modalidad arbitral. De esta manera, en la citada resolución se establece que para configurarse una falta grave¹¹⁶ por el uso indebido de información reservada debe concurrir ineludiblemente el “*animus nocendi*”, el cual implica obtener un beneficio para sí y/o causar un perjuicio al empleador. No obstante, en el caso que analiza la Corte Suprema si bien se acredita que el sindicato realizó una publicación en su cartelera, del contenido de dicha comunicación no se advirtió que el comunicado haya contenido alguna información que afecte los derechos fundamentales de los trabajadores, cuyos nombres se encontraban consignados en dicha publicación, ni tampoco ningún perjuicio para el empleador.

De esa forma, si utilizamos esa misma interpretación para analizar esta causal de mala fe (inciso “d”), podríamos sostener que para la configuración de este supuesto no basta que la información proporcionada *-por alguna de las partes-* haya sido divulgada, sino que *-de forma adicional-* se requiere la intencionalidad de las partes para beneficiarse o causar algún perjuicio a su contraparte; sin embargo esta es una situación que deberá corroborarse en cada caso concreto.

e. Negarse a recibir a los trabajadores o no negociar en los plazos establecidos

“Negarse a recibir a los representantes de los trabajadores o a negociar en los plazos y oportunidades establecidas en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su Reglamento” (Inciso “e” del artículo 1 de la R.M. 284-2011-TR).

¹¹⁵ Casación laboral N° 1396-2011-Lima, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, publicada el 01.07.2013.

¹¹⁶ Decreto Supremo N° 003-97-TR, artículo 25, literal d. “*El uso o entrega a terceros de información reservada del empleador; la sustracción o utilización no autorizada de documentos de la empresa (...)*”. El caso versa sobre el despido realizado a un dirigente sindical por la publicación que realizó en un comunicado sobre una información aparentemente reservada del empleador.

Es necesario señalar que esta causal (inciso e) establece 02 supuestos: a) negarse a recibir a los representantes de los trabajadores; y, b) negarse a negociar en los plazos y oportunidades establecidas en la LRCT.

Con respecto al primer supuesto, usualmente se observa estos casos cuando existe un cuestionamiento de la legitimidad para obrar, ya sea de la organización sindical o de los representantes sindicales. Si bien la LRCT refiere a los representantes de los trabajadores, consideramos que no debemos excluir de dicho concepto a los asesores, quiénes a pesar de no ser *-en estricto sentido-* parte de la negociación, su participación es importante, además que constituye un derecho de los sindicatos. Por su parte, si bien el CLS de la OIT¹¹⁷ no se ha pronunciado con respecto a un plazo para empezar a negociar sí lo ha hecho en relación al supuesto de negarse a negociar con los trabajadores, estableciendo que el hecho de no asistir a las reuniones de negociación colectiva o el ejercicio de conductas que generen un retraso injustificado constituye una afectación al principio de buena fe.

Con referencia al segundo supuesto, y antes de analizarlo, es necesario realizar una diferencia entre dos vocablos que podrían confundirse si es que sostenemos que se encuentran situados en un mismo periodo de tiempo, y que no necesariamente es así. Al respecto, nos referimos a los términos “convocar” e “instalar”. El primero de ellos se materializa en una comunicación escrita de las empresas a sus sindicatos con la finalidad de reunirse para dar inicio a la negociación colectiva. Y, el segundo se puede entender de dos maneras: al propio acto del inicio de la negociación, es decir consensuar las reglas de juego que encauzarán el proceso de negociación, o de lo contrario, a una situación donde, por más que la empresa haya convocado a la reunión de instalación, ésta se niega a empezar a negociar.

Pues bien, luego de la diferencia establecida, es necesario señalar que, con el objeto de impulsar el proceso de negociación colectiva e iniciarlo lo más pronto posible y no exista demoras innecesarias, la LRCT¹¹⁸ ha establecido que la negociación colectiva debe iniciarse dentro de los primeros 10 días calendarios de presentado el pliego de reclamos. Esto significa que las empresas deberían convocar a sus sindicatos máximo hasta dicho plazo, y de ser posible instalar al décimo día, a fin de no encontrarse comprendidos en esta causal como supuesto de mala fe.

De esa forma, si la empresa cumple en realizar la convocatoria y, sin embargo a pesar de realizar sus mejores esfuerzos, las partes no logran ponerse de acuerdo en las reglas de juego que encauzarán al proceso de negociación, consideramos que no se incurriría en actos de mala fe. Por el contrario, si a pesar de haberlos convocado, por causa imputable a la empresa no se logra instalar la mesa de negociación consideramos que sí estaríamos ante un acto de mala fe.

Luego de haber establecido las diferencias de convocar e instalar, y habernos remitido a un pronunciamiento del CLS, a continuación detallaremos un caso del sector minero en el

¹¹⁷ Este caso es una queja presentada por los trabajadores textiles contra el Gobierno de Marruecos, que entre otros casos, alegaban el rechazo de la empresa para reunirse a negociar. El detalle de este caso puede encontrarse en el Informe del Comité de Libertad Sindical 338°, caso N° 2404, párrafo 1047, Vol. LXXXVIII, 2005, Serie B, núm. 3.

¹¹⁸ LRCT, artículo 57: “La negociación colectiva se realizará en los plazos y oportunidades que las partes acuerden dentro o fuera de la jornada laboral, y debe iniciarse dentro de los diez (10) días calendario de presentado el pliego”.

cual el tribunal arbitral declaró que había mala fe por parte de la empresa al no haberse reunido dentro del plazo establecido por ley, a pesar de haberse convocado dentro del plazo de los 10 días establecidos por ley, sin embargo, la empresa por motivos particulares solicitó reunirse con posterioridad a dicho plazo, habiendo sido validado y aceptado por el sindicato. El tribunal sustenta su posición en que si bien el sindicato no lo cuestionó en ese momento, ello no implica que la empresa quede eximida de su responsabilidad por no haber cumplido su obligación legal, conforme se señala a continuación del extracto de la resolución de admisibilidad:

“En ese sentido, el hecho de que el sindicato no haya objetado la fecha extemporánea dispuesta por la empresa y haya acudido a la citación, no eximen de responsabilidad a aquella. Por lo que sí existe acto de mala fe, en tanto este acto ha ocasionado una dilación en el logro de acuerdos durante el proceso de negociación colectiva”.

En este caso, el tribunal arbitral a cargo del proceso determinó (por mayoría) que se había incurrido en actos de mala fe, en tanto que si bien esta causal no implica que las partes lleguen a un acuerdo sí obliga a que efectivamente se reúnan para negociar. Un árbitro (en minoría) consideró que si bien existe un incumplimiento legal por parte de la empresa ello no supone un acto de mala fe, toda vez que dicha demora no ha generado que las partes no lleguen a un acuerdo porque: i) la demora fue aceptada por las partes (inclusive una de las prórrogas se debió a una capacitación que tenía el sindicato); y ii) con posterioridad a la negociación las partes intentaron llegar a un acuerdo.

Al respecto, si bien el factor tiempo para realizar una convocatoria es importante a fin de demostrar la intencionalidad de la buena fe, el solo hecho que la empresa haya convocado al sindicato, a pesar que no se hayan reunido dentro del plazo establecido, consideramos no debería configurar como un acto de mala fe de manera automática, si es que dicha instalación tardía no demuestra que afecta el desarrollo de la negociación colectiva y además si es que no fue cuestionada por el sindicato oportunamente.

f. Presión por reemplazo de integrantes

“Ejercer presión para obtener el reemplazo de los integrantes de la representación de los trabajadores o del empleador”. (Inciso “f” del artículo 1 de la R.M. 284-2011-TR).

Cuando nos referimos a la presión por reemplazo de integrantes no sólo consideramos a los representantes de los trabajadores sino también a aquellos que ejercen un poder de representación por parte de las empresas dentro del proceso de negociación colectiva.

Con respecto al primer supuesto, se refiere a ejercer algún tipo de presión para obtener el reemplazo de un integrante del sindicato, como por ejemplo el hecho que una empresa condicione su participación a las reuniones de negociación colectiva en tanto uno de sus representantes del sindicato no sea sustituido¹¹⁹, actos que estarían enmarcados dentro de los alcances de la mala fe.

De esa forma, en un caso del sector telecomunicaciones antes del inicio de la negociación colectiva, la empresa negó la participación de uno de los miembros del sindicato alegando que dicha persona no integraba la junta directiva de la organización sindical, solicitándole

¹¹⁹ CABEZA PEREIRO, Jaime. “La negociación de buena fe”. En: La buena fe en la negociación colectiva. Escola Galega de Administración Pública. 1995, p. 349.

inclusive que indique si la asistencia de dicha persona se consideraría como parte de la licencia sindical o permisos sin goce de haberes. Frente a dicha situación, el sindicato consideró que la empresa estaba incurriendo en actos de mala fe, toda vez que al considerar que uno de los miembros integrantes de la negociación tenga que ser parte de la junta directiva del sindicato, cuando –*legalmente*- ello no es necesario si constituye un acto de dicha naturaleza. Esa misma posición fue compartida por el tribunal arbitral al considerar que la empresa había actuado de mala fe en base al siguiente criterio:

“Es evidente entonces lo arbitrario que resulta pretender desconocer a uno de los miembros de la comisión negociadora el derecho de gozar de permiso remunerado sólo por el hecho de no ser dirigente sindical y sí reconocérselo a los dirigentes violando así un mínimo criterio de equidad y su derecho a un trato similar no discriminatorio”.

g. Ejercer fuerza física en las cosas, o física o moral en las personas

“Ejercer fuerza física en las cosas, o física o moral en las personas, durante el procedimiento de negociación colectiva” (Inciso “g” del artículo 1 de la R.M. 284-2011-TR).

Con respecto a esta causal, el tribunal (por mayoría) a cargo del proceso arbitral en un caso del sistema financiero declaró como un acto de mala fe a aquél en la cual la empresa tuvo conocimiento que un trabajador (representante y dirigente del sindicato en la negociación colectiva) tenía un diagnóstico de cervicodorsalgia, y no tomó las provisiones necesarias de infraestructura para el desempeño de sus funciones, tales como la inclusión de un mobiliario ergonómico (sillón y monitor) antes de realizar el cambio de establecimiento en su nueva posición física, tal como se señala a continuación:

“Tratándose de un miembro de la comisión negociadora y habiéndose producido los hechos en plena negociación del pliego de reclamos, este tribunal considera que se ha configurado en este caso un acto de presión a la comisión negociadora o antisindical que no facilita el proceso de negociación”.

En este caso, adicionalmente a la representación que ejercía el dirigente sindical, dentro de los alcances de la evaluación que realizó el tribunal arbitral se consideró la obligación de la empresa, en el cumplimiento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, en proporcionar los medios y condiciones que protegiera la vida, la salud y bienestar de los trabajadores, determinando de esta manera el trato negligente realizado contra el representante sindical, al no haber tenido en cuenta la enfermedad ocupacional del trabajador.

Sin perjuicio que -*en este caso*- se haya declarado la procedencia de arbitraje potestativo, la posición del árbitro (en minoría) era porque se declarara su improcedencia, toda vez que del análisis realizado sobre si la demora en el traslado del mobiliario ergonómico constituía una afectación del proceso de negociación colectiva era porque en la resolución de procedencia se refiere a que el trabajador se encontraba sin su mobiliario durante un periodo de 08 meses, cuando en realidad la demora no fue de 08 meses, tal como señala el sindicato, sino de 04 meses, luego de lo cual el trabajador presentó observaciones, pero el mobiliario ya se encontraba implementado, considerando por lo tanto que no existía ninguna conexión con la dilatación o arribo de un acuerdo, tal como se señala en el voto consignado en la resolución de admisibilidad mostrado a continuación:

“En ese contexto, no puede alegarse mala fe si no existe conexión entre los hechos suscitados a raíz del traslado del Sr. (...) a una nueva oficina de servicios y supuestos actos tendientes a entorpecer, dilatar o impedir el arribo de un acuerdo; más aún cuando en dicho periodo se estuvo desarrollando la etapa conciliatoria, correspondiente a la negociación colectiva”.

h. Actos de hostilidad

“Los actos de hostilidad ejercidos contra los representantes de los trabajadores o los trabajadores afiliados al sindicato”. (Inciso “h” del artículo 1 de la R.M. 284-2011-TR).

En este caso es necesario señalar que cualquier acto de hostilidad no se encuentra enmarcado dentro de este supuesto, en tanto que para ello se requiere que dichos actos se encuentren estrechamente relacionados con el proceso de negociación colectiva o que puedan afectar el normal desenvolvimiento del mismo.

Al respecto, las siguientes conductas han sido consideradas en procesos arbitrales dentro de los casos analizados como actos de hostilidad dentro de una negociación colectiva:

h.1) Desconocer a una trabajadora a participar como parte de la comisión negociadora por carecer de la condición de dirigente sindical: Legalmente no existe ninguna limitación para que algún trabajador que no sea parte de la junta directiva pueda negociar como representante de la comisión negociadora del sindicato. Sin embargo, una empresa del sector de telecomunicaciones denegó un permiso (primera reunión de trato directo) a una trabajadora por no tener la condición de dirigente sindical, por ende el tribunal arbitral declaró que esta conducta tipificaba como un acto de mala fe, tal como se contempla en el extracto de la resolución de admisibilidad señalado a continuación:

“En ese sentido interpretar antojadizamente, como lo hace la empresa, al pretender desconocer el derecho de la trabajadora (...) de participar en las negociaciones por no tener la condición de dirigente sindical, no sólo resulta ilegal y atentatorio al derecho fundamental de libertad sindical sino además un acto de clara hostilidad que no se condice con una conducta de buena fe negocial”.

En este caso, si bien posteriormente la empresa se rectificó al reconocer su error, y permitiendo que la dirigente sindical participe en todas las demás reuniones, el tribunal arbitral consideró que el solo hecho que el incidente se haya producido en la primera reunión ya implicaba la configuración del acto de mala fe.

h.2) Retener cuotas sindicales: El tribunal arbitral a cargo de un proceso *-del sector salud-* consideró que las retenciones indebidas realizadas de las cuotas sindicales del sindicato constituía una actitud de mala fe, consideradas como actos de hostilidad, en tanto que limitaba de forma injustificada los recursos propios de la organización, tal como se detalla seguidamente:

“Este tribunal considera que, en el caso de la retención hecho por la empresa por más de cuatro meses de las cuotas sindicales correspondiente al sindicato, se configura una situación que infringe una actitud de mala fe negocial, pues pone en ventaja a la empresa, al limitar injustificadamente los recursos económicos del sindicato en la época donde más los necesita: cuando negocia colectivamente con el empleador y debe solventar trámites, asesorías, entre otros gastos”.

En el caso de las cuotas sindicales, si bien este tema puede ser considerado como un hecho aislado y susceptible de solucionarse internamente, el tribunal arbitral consideró que este acto era un supuesto de mala fe, posición que quizás se fundamenta porque los cuatro meses coincidieron con el proceso de negociación colectiva.

h.3) Reducción inmotivada de categoría: El artículo 30 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (D. Leg. N° 728) establece que la reducción inmotivada de la remuneración o la categoría constituye un acto de hostilidad, por ello cualquier cambio o reducción debe encontrarse debidamente justificada. De esa manera también ha sido declarado por el tribunal arbitral (en mayoría) a cargo de un caso del sector financiero, en el cual, producto de un cierre de agencia, el Sub Secretario General del sindicato y miembro de la comisión negociadora fue transferido a otro establecimiento, donde fue cambiado de posición de “Asesor de Servicios I” a “Asesor de Servicios”, calificándose esta situación como un acto de mala fe, tal como se describe a continuación:

“En consecuencia, la reducción inmotivada de categoría del Sub Secretario General del Sindicato, en pleno proceso de negociación, califica para este tribunal como un acto de mala fe que afecta y entorpece el derecho de negociación colectiva”

Sin perjuicio de la posición mayoritaria en la procedencia de este caso, el árbitro en minoría manifestó que al considerar que el trabajador no ejercía –*formalmente*– el cargo que supuestamente manifestaba, sino que la posición que venía ocupando era como “Asesor de Servicios Jornada Completa”, no se había configurado un acto de mala fe, a pesar que muchas veces sí realizaba labores relacionadas a Asesor de Servicios I. Es por ello que posteriormente en virtud del pedido especial que efectuó el sindicato, las partes suscribieron un acuerdo con la finalidad de reconocer el referido cargo a partir de la fecha de la suscripción del citado acuerdo, tal como se puede apreciar seguidamente del considerando de la respectiva resolución de admisibilidad:

“En ese sentido, se verifica que no existió una rebaja de categoría como lo invoca el sindicato, muy por el contrato la empresa ha procedido a reconocer el cargo que corresponde al trabajador conforme a las labores desempeñadas, por lo que no existe acto de hostilización y mucho menos afectación a su estabilidad laboral. No obstante, el sindicato no ha cumplido con indicar como es qué estos actos han entorpecido, dilatado o evitado el logro de un acuerdo (...)”.

Como puede apreciarse del referido caso, usualmente los sindicatos, con la finalidad de encausar el comportamiento de la empresa como un acto de mala fe, intentan hilar una sucesión de actos –*que inclusive no todos se encuentran ajustados a la realidad*– para imputar a las empresas actos no vinculados directamente con la negociación colectiva.

i. Incumplimiento de obligaciones previamente acordadas

“El incumplimiento injustificado de las condiciones acordadas por las partes para facilitar la negociación” (Inciso “i” del artículo 1 de la R.M. 284-2011-TR).

Queda claro que una de las manifestaciones del actuar de buena fe implica cumplir con el compromiso que hayan asumido los sindicatos o las empresas dentro de un proceso de negociación colectiva, lo cual significa que cualquier acuerdo arribado por las partes es *pacta sunt servanda*, y que su incumplimiento implicaría estar incurso en este supuesto de mala fe. Ahora bien, estos acuerdos usualmente podrían tener origen, ya sea en el

anterior convenio colectivo o en los alcances contenidos en la instalación de la negociación colectiva, tal como lo veremos a continuación:

i.1) Suspensión unilateral de reuniones dentro de la negociación colectiva: El origen de este caso recae en el momento de la instalación del proceso de negociación colectiva, en donde las partes, de una empresa del sector energía, establecieron un cronograma de reuniones (02 veces por semana), pero en el devenir del proceso de manera unilateral una de las partes suspendió las fechas previamente programadas sin acuerdo de la otra parte. De esta forma, el tribunal arbitral a cargo del proceso consideró que “(...) las suspensiones unilaterales, sin participación del sindicato, denotan una negociación vertical y, por lo tanto, una negociación de mala fe”.

En un caso similar de una empresa del sector salud, el tribunal arbitral calificó como un acto de mala fe la suspensión de una reunión de negociación colectiva que realizó la empresa, que si bien cumplió con comunicar al sindicato que la reunión no se podría llevar a cabo en la fecha programada, omitieron consignar el motivo de la justificación, a pesar que el sustento se debió a un caso fortuito (accidente):

“El tribunal considera que en la comunicación de la postergación realizada por la empresa, debió ésta justificar dicha ausencia si consideramos que la negociación colectiva implica un contexto donde ambas partes deben negociar de buena fe, más aún cuando tal inasistencia debe ser comunicando faltando horas para la reunión”.

En este caso, como puede apreciarse, para el tribunal arbitral no solo era necesario que se comunique el cambio de las condiciones acordadas, como el caso citado anteriormente, sino que además se consigne el motivo debidamente justificado.

i.2) Suspensión de viáticos por ejercer medida de fuerza: Legalmente las partes se encuentran habilitadas a establecer cláusulas condicionales, sean éstas resolutivas o suspensivas, siempre que no sean ilegales o que afecten las conductas morales de la sociedad. En ese sentido, una empresa del sector hidrocarburos acordó con el sindicato otorgar la cantidad de S/. 550.00 mensuales *-por dirigente sindical-* durante todo el proceso de negociación colectiva, con la única condición de no ejercer ninguna medida de fuerza, lo cual fue aceptado por el sindicato según el acta de instalación suscrita entre las partes. No obstante, algunos meses después, el sindicato publicó un comunicado en la cual manifestaba que, mediante asamblea general todos los trabajadores sindicalizados habían acordado no realizar sobretiempo como medida de presión, generando que la empresa suspenda el pago de los viáticos comprometidos.

Al respecto, el citado tribunal arbitral estableció que si bien los viáticos estaban condicionados a no ejercer ninguna medida de fuerza, el hecho que el sindicato haya comunicado no realizar sobretiempo no puede ser considerado como dicha medida, en atención al carácter voluntario y excepcional del trabajo en sobretiempo, siendo una manifestación legítima de la libertad de trabajo, razón por lo cual la empresa habría actuado de mala fe al haber restringido el pago de viáticos durante el proceso de negociación colectiva, conforme se señala a continuación:

“Por lo que la empresa ha incumplido en otorgar los viáticos a los que ella misma se había comprometido en el acta de instalación. Dicho incumplimiento, sin duda, perjudica el normal desempeño del proceso negocial y constituye un quebrantamiento al deber de buena fe en la negociación colectiva. Por lo que el tribunal considera

fundado el pedido de arbitraje potestativo por parte del sindicato por la causal invocada”.

i.3) Denegatoria de licencias sindicales: Esta afectación de mala fe radica en el caso que las partes previamente hayan acordado que la empresa otorgue facilidades o licencias a favor de los representantes sindicales durante el proceso de negociación colectiva, y a pesar de ello incumpla con dicho compromiso. Así, una empresa del sector de energía en el acta de instalación de negociación colectiva se comprometió a otorgar al sindicato licencia o facilidades que sean necesarias durante el proceso de negociación colectiva; sin embargo, llegado el momento la empresa denegó una licencia bajo el argumento que no se había cumplido con el plazo de 36 horas de anticipación para solicitarlo conforme lo establecía el convenio colectivo. En este caso, el tribunal arbitral no consideró como válido el argumento propuesto por la empresa, en tanto el acta de instalación no establecía dicho plazo de anticipación, por lo cual determinó que la empresa había actuado de mala fe, tal como se detalla seguidamente:

“El tribunal considera que, analizados de manera conjunta, tanto la (...) como la negativa de otorgar licencias sindicales implica, por parte de la empresa, una vulneración del deber de buena fe (...)”.

De esa forma, si bien el convenio colectivo contemplaba un procedimiento de solicitud de licencia sindical, el tribunal arbitral consideró que el hecho que este procedimiento no haya sido consignado en el acta de instalación de negociación colectiva no era necesario que se cumpliera para solicitar las licencias de negociación colectiva, lo cual no implicaba que si el sindicato quisiera licencias por otros motivos (no vinculados a la negociación) cumpliera el procedimiento.

i.4) Lugar de las reuniones distinto al domicilio del centro de trabajo: Este caso no lo hemos apreciado de los procesos arbitrales nacionales, pero podría presentarse en la práctica. Por ello, veremos un caso suscitado en la jurisprudencia norteamericana, en la cual se consideró como un acto irrazonable y de mala fe la insistencia de la empresa al establecer como centro de reuniones un lugar distinto al centro de labores. Si bien en este caso la empresa argumentó las razones¹²⁰ de su planteamiento, dichas justificaciones no fueron amparadas por el tribunal arbitral, considerándose como un acto de mala fe e comportamiento de la empresa.

j. Práctica que dilata un proceso de negociación colectiva

“Cualquier práctica arbitraria o abusiva con el objeto de dificultar, dilatar, entorpecer o hacer imposible la negociación colectiva”. (Inciso “j” del artículo 1 de la R.M. 284-2011-TR).

Si bien los alcances de esta causal son generales, toda vez que no se señala cuáles son los casos específicos de práctica arbitraria o abusiva, al ser consideradas como causales abiertas, es necesario determinar la afectación de la negociación colectiva para

¹²⁰ Las razones argumentadas por la empresa fueron: a) que teniendo en cuenta que la empresa se dedicaba al transporte marítimo era necesario establecer un lugar de debate oportuno aunque no coincidiera con el domicilio del centro laboral; b) porque las oficinas centrales de la empresa se encontraban en el lugar de la propuesta de reunión; c) al Director General le resultaba difícil reunirse en otra ciudad; d) porque muchos de los empleados del centro laboral domiciliaban en el lugar de la propuesta de reunión. Para ver un mayor alcance del tema ver Ídem., p. 352.

considerar aquellas particularidades que quizás de forma aislada puedan ser intrascendente, pero de forma conjunta y razonada califique como un acto de dilatación o entorpecimiento a la negociación colectiva. De esa forma, a continuación enumeramos algunas manifestaciones que han dificultado o hecho posible el logro de un acuerdo dentro del proceso de negociación colectiva y que fueron considerados como actos de mala fe:

j.1) Impedimento del ingreso al asesor: La participación del asesor en un proceso de negociación colectiva es importante para aquella parte de la comisión negociadora que lo invita a participar en las reuniones con la contraparte. Es por ello que el tribunal arbitral en un caso del sector hidrocarburos declaró que había mala fe porque la empresa no permitió al sindicato que ingrese a la mesa de negociación acompañado con su asesor, indicando que además de ser un acto de mala fe también constituye un incumplimiento a la LRCT¹²¹, tal como se aprecia en el considerando contemplado en la resolución de admisibilidad:

“El tribunal considera importante recordar a las partes que la participación de los asesores de ambas partes es un derecho de estas en el desarrollo de la negociación colectiva, y que su incumplimiento, además de ser un acto de mala fe en la negociación colectiva constituye un infracción muy grave de acuerdo con el Decreto Supremo N° 019-2006-TR”.

En esa misma línea, en otro caso de una empresa del sector industrial, si bien no se impidió el ingreso al asesor del sindicato, en la comunicación que se les convocaba a la reunión de inicio de negociación colectiva se consignó un párrafo que decía *“Por último, se les reitera que la política de la empresa ha sido siempre la de tener reuniones de trato directo en nuestras instalaciones entre los representantes de cada comisión, sin la participación de los asesores, para ninguna de las partes”.*

Si bien la conducta anteriormente citada no se llegó a ejecutar, posteriormente en la primera reunión se produjo un incidente adicional relacionado a esa misma materia, en tanto que un miembro de la comisión negociadora de la empresa solicitó al asesor que se ubique en la silla detrás de los miembros de la comisión sindical, considerando este hecho como una limitación de la participación del asesor, tal como se señala en el considerando de la resolución de admisibilidad mostrado a continuación:

“(..) atendiendo a la conducta inmediata anterior de la empresa relacionada con la exteriorización de una política de no participación de los asesores legales externos en la negociación (...), así como la colocación de carteles en la mesa de negociación y la silla para el asesor del sindicato, determinando de antemano la ubicación de cada uno de los participantes en la sala de reuniones, puede afirmarse que las actuaciones de la empresa estaban encaminadas a limitar la asesoría legal del sindicato durante la primera etapa de la negociación”.

¹²¹ LRCT. Artículo 50: *“Las partes podrán ser asesoradas en cualquier etapa del proceso por abogados y otros profesionales debidamente colegiados, así como por dirigentes de organizaciones de nivel superior a las que se encuentren afiliadas. Los asesores deberán limitar su intervención a la esfera de su actividad profesional y en ningún caso sustituir a las partes en la negociación ni en la toma de decisiones”.*

Al respecto, y en este tipo de hechos donde se intenta acreditar los elementos que califiquen como actos de hostilidad, algunas veces por ser aislado no puede determinarse la configuración de un acto de mala fe, sin embargo cuando existen una serie de hechos concadenados, como los anteriormente señalados, se puede observar la real actuación de la empresa para impedir la participación del asesor legal sindical, habiendo determinado el tribunal arbitral que la conducta de la empresa constituye un acto de mala fe.

j.2) Impugnación de un acto administrativo que dispone negociar colectivamente: Este es el caso de una empresa del sector eléctrico que se negó a presentar propuesta de solución al pliego de reclamos bajo el argumento que el mandato de la AAT, a través del cual se disponía negociar, había sido cuestionada judicialmente. Al respecto, el tribunal arbitral a cargo del proceso determinó que dicha impugnación no impide el cumplimiento de lo ordenado por la AAT¹²², considerándose un acto de mala fe, tal como se señala a continuación:

“(...) el hecho que la empresa cuestione judicialmente las decisiones de la autoridad de trabajo emitidas por las negociaciones de los años 2009 y 2011 no justifica el incumplimiento de lo ordenado por dicha facultad, más aún cuando no existe una medida cautelar que sustente dicha conducta, la cual supone una clara y evidente desobediencia al mandato administrativo”.

j.3) Desconocer la notificación de absolución de consulta efectuada a la AAT: Este caso recae en la consulta realizada por una empresa del sector aeroportuario sobre la información económica - financiera solicitada por el sindicato, la misma que fue absuelta por dicha institución después de 03 meses de solicitada; sin embargo en el informe oral sobre la procedencia del arbitraje potestativo la empresa desconoció que hubiera sido notificada con la absolución, situación que fue desvirtuada por el sindicato al acreditarse que la respuesta sí la habían notificado a la empresa, donde se les indicaba que el órgano competente para dilucidar la consulta era la Sede Central de Lima (Dirección General de Trabajo).

Siendo ello así, en el citado caso, el tribunal arbitral determinó que dicha conducta era un acto de mala fe, porque la empresa con el ánimo de impulsar su proceso de negociación colectiva hubiera realizado el seguimiento necesario para dilucidar el tema referido al requerimiento de información solicitado por el sindicato lo más pronto posible; sin embargo no realizó ningún tipo de acción, limitándose solo a conocer el órgano competente, tal como se señala en el siguiente extracto de la resolución de admisibilidad:

“La inexistencia de un Decreto que indicaba la competencia para determinar la procedencia o no de la información requerida por el sindicato de la empresa, hubiera generado que la empresa, dentro del ánimo de llevar el procedimiento negocial sin contratiempo, efectuara las consultas respectivas a la Autoridad de Trabajo de la sede central del MTPE en Lima. Sin embargo, se limitó a tomar conocimiento de la mencionada comunicación, dilatando el proceso innecesaria e injustificadamente”.

¹²² Estos hechos versan sobre el caso de una empresa del sector eléctrico, donde por más de 15 años habían negociado con la mayoría de trabajadores (no con el sindicato sino con los representantes de los trabajadores), y cuando el sindicato de actividad presentaba su pliego de reclamos, la AAT declaraba fundada la oposición de la empresa para negociar con dicho sindicato. Sin embargo en los años 2009 y 2011 la Autoridad de Trabajo declaró infundada su oposición, habiendo la empresa impugnado judicialmente dicha decisión.

j.4) Plazo del proceso de negociación: En la legislación nacional, a diferencia del sistema anglosajón¹²³, no existe un periodo de tiempo para concluir un proceso de negociación colectiva, ya sea para reunirse con una periodicidad regular o durante un plazo razonable. Es por ello que consideramos importante mencionar que la jurisprudencia norteamericana¹²⁴ consideró que negarse a negociar por más de 01 vez a la semana o 09 horas al mes implicaba una práctica desleal y el incumplimiento del deber de actuar de buena fe.

j.5) Temas triviales: En nuestro país no existe limitación alguna que impida las conversaciones de determinados temas en la mesa de negociación, en tanto exista acuerdo de ambas partes. Sin embargo, en el sistema anglosajón a pesar que tampoco exista esa limitación, un tribunal a cargo de un proceso determinó que la dilación en la negociación colectiva con la finalidad de no afrontar los temas del pliego de reclamos son aquellos que intentan agotar el tiempo con discusiones triviales, tales como la recapitulación repetitiva en cada reunión sobre las materias ya resueltas, hechos que confluyen actos de mala fe, tal como la posición adoptada en el caso *Waycross Sports-swear*¹²⁵.

Al respecto, en algunas oportunidades la recapitulación de temas suele ser productivo para el éxito de la negociación colectiva, siempre que dicha metodología permita conocer el real interés y necesidades de las partes, es por ello que no consideramos que una recapitulación de temas pueda ser considerado como un acto de mala fe, más aún porque existe libertad de negociación para proponer los temas que ambas partes consideren conveniente.

j.6) Incremento menor en comparación a la anterior negociación: Este es el caso de una empresa del sector salud, que por motivos críticos propuso cantidades mínimas en comparación a las negociaciones anteriores, sin embargo como dentro del proceso arbitral no se logró acreditar la difícil situación que estaba atravesando la empresa, el tribunal arbitral consideró que su propuesta con dichas cantidades ínfimas en comparación a la negociación pasada era un acto de mala fe, en tanto que demostraría que no estaba realizando el esfuerzo necesario para llegar a un acuerdo que conllevaba a suscribir el convenio colectivo, tal como se aprecia seguidamente:

“Este tribunal considera que cuando las propuestas hechas por la empresa son ínfimas, al punto que no consideran aumentos remunerativos o ni siquiera llegan a

¹²³ El derecho norteamericano tiene una ley denominada Talf Hartley que establece una exigencia en el proceso de negociación, la cual es de “reunirse con periodicidad razonable y discutir de buena fe con respecto a salarios, horario y otros términos y condiciones de empleo”. Op.Cit, p. 321.

¹²⁴ Si bien en este caso la empresa intentó justificar su negativa, al señalar que contaban con una gran cantidad de sindicatos y que sus representantes no tenían el tiempo suficiente para negociar, el tribunal no lo consideró como una suficiente justificación. Para un mayor alcance del caso ver: 1) A.H. Bello Corporation (W.F.A.A.-T.V.) v. N.L.R.B. (1,969) Labor cases, tomo 60, p.16.423, pgto.10.132; y 2) General Motors Acceptance Corporation v. N.L.R.B. (1,973). Labor cases, tomo 70, p. 26.798, pgfo. 13,564. Ambos casos pueden encontrarse en CABEZA PEREIRO, Jaime. Ídem., p. 322.

¹²⁵ Waycross Sports-swear, Inc. V. N.L.R.B. (1,968) cas.cit) y N.L.R.B. v. Milgo Industrial, Inc. (1,977). Labor cases, tomo 82, p. 16.945, pgfo.10.246, citado por CABEZA PEREIRO, Jaime. Ídem., p. 323.

cubrir lo propuesto en la negociación colectiva pasada, puede considerarse como un acto de mala fe, por cuanto la empresa no está realizando un esfuerzo de aproximación para llegar a la firma de un convenio colectivo, al proponer propuestas irrisorias que no serán aceptadas por el sindicato”.

Sin embargo consideramos que nada impide que, durante el proceso de negociación colectiva alguna empresa pueda, en virtud del principio de libertad de negociación, proponer cantidades iguales o mínimas en comparación a negociaciones pasadas, ya sea por la difícil situación que este afrontando la empresa o por alguna otra razón objetiva.

j.7) Realizar propuestas sin real intención de llegar a un acuerdo¹²⁶: Este no es un caso de jurisprudencia nacional, pero es necesario citarlo considerando que en países de common law (Estados Unidos y Nueva Zelanda) se encuentra terminantemente prohibida la acción denominada “superficie de negociación”, el cual consiste en aquellos casos que la empresa se encuentra dispuesta a reunirse con el sindicato, inclusive presentando propuestas de negociación, pero sin una real intención de llegar a un acuerdo, porque conoce que la contraparte no aceptará dicha propuesta.

j.8) Comprometerse a presentar una nueva propuesta y luego no hacerlo: Si alguna de las partes asume el compromiso de presentar propuestas y luego en el momento que tiene que presentarlo no cumple con el compromiso, cabe indicar que, dicho comportamiento sería considerado como un acto de mala fe, en tanto que dicha situación evidencia que la parte que incumple la obligación no está evitando retrasos injustificados, según lo manifestado en un proceso arbitral del sector salud, conforme se aprecia seguidamente:

“Del mismo modo, consta en autos que la empresa no cumplió con presentar una nueva propuesta al sindicato (...) compromiso que adquirió en la constancia de asistencia a reunión extraproceso (...). A juicio del tribunal, la actitud de la empresa, que significó el fin de las reuniones extraproceso como consta en autos, denota una afectación al deber de buena fe, pues la empresa no evitó retrasos injustificados en el desarrollo de las negociaciones sino que los promovió”.

j.9) Interposición de una acción de amparo y solicitud a la AAT para suspender el trámite del arbitraje potestativo: Este es el caso de una empresa del sector de telecomunicaciones que decidió interponer una acción de amparo *-luego que el sindicato manifestara su decisión de someter la negociación a un arbitraje potestativo-* y en virtud de dicha acción solicitó a la AAT la suspensión del proceso arbitral potestativo. En ese contexto, si bien el tribunal arbitral no consideró como un acto de mala fe el interponer la acción de amparo *-en tanto es una acción legítima-* sí lo asumió por el hecho de haberlo comunicado a la AAT para su suspensión, considerándolo como una práctica dilatoria que afectó el proceso de negociación colectiva, tal como lo veremos a continuación:

¹²⁶ HOLLEY, William H., JENNINGS, Kenneth M, WOLTERS, Roger S. The Labor Relations Process. Mason: Cengage Learning. 2012. Décima Edición, p. 269. Citado por MERZTHAL SHIGYO, Marilú del Pilar. “De la negociación a la negociación: definiendo la mala fe”. En: Ponencia presentada en el concurso organizado por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (SPDTSS), 2012.

“(…) a consideración del presente tribunal arbitral dicha conducta de la empresa, no la de interponer una acción judicial sino la de remitir un escrito a la Autoridad de Trabajo solicitando la suspensión del procedimiento arbitral por haber interpuesto dicha demanda ante el Poder Judicial, demuestra una práctica arbitraria o abusiva con el objeto de dificultar, dilatar, entorpecer o hacer imposible la negociación colectiva”.

j.10) Firma de convenio colectivo condicionado a una duración de 03 años: Si bien las partes se encuentran facultadas a realizar sus propuestas que más se ajuste a sus propios intereses, tales como establecer el plazo del convenio, el tribunal arbitral en un caso del sector telecomunicaciones consideró que esa libertad no puede ser inflexible ni abusiva para mantener abierta una negociación colectiva por un tema relativo al plazo del convenio. En concreto, el tribunal arbitral indicó:

“Si bien, la empresa tiene todo el derecho de proponer que el convenio colectivo tenga un plazo de 3 años, también es verdad que su actitud no puede ser intransigente en este punto, máxime si esa posición se viene sosteniendo desde el año 2008, como quedó evidenciado en la audiencia oral ante este tribunal”.

Al respecto, la posición que tenemos en referencia a la libertad sindical no coincide con la adoptada por el tribunal arbitral, en tanto el hecho de realizar una propuesta por un plazo mayor al establecido por nuestra ley no implica la intención de la empresa de afectar el logro de un acuerdo, porque además es facultad de las partes de aceptar o rechazar la propuesta. Más todavía, cuando existen acuerdos colectivos suscritos por dos o tres años e, inclusive, en algunos casos hasta de cuatro o cinco años de duración.

j.11) No justificar suspensión de reuniones: Este caso es de una empresa del sector de exploración de hidrocarburos, en la cual el tribunal arbitral consideró que una práctica dilatoria era el hecho que la empresa haya suspendido hasta en 2 oportunidades las reuniones sin acuerdo de la otra parte, la misma que debió haberse sustentado de forma específica y no general (ejemplo: motivos netamente operacionales), como lo hizo esta empresa con el objeto de no entorpecer la negociación, tal como se señala a continuación:

“En atención a lo mencionado, el tribunal advierte que la empresa tampoco ha sustentado las reprogramaciones unilaterales en razones objetivas y razonables, salvo una referencia genérica a motivos netamente operacionales. La razones aducidas no pueden sustentar una reprogramación de reuniones de negociación directa, más aún cuando esta situación limita el ejercicio del derecho de representación del secretario general del sindicato”.

Este es un caso similar a uno anteriormente analizado, pero que si bien es el mismo supuesto, la tipificación causal es distinta, toda vez que el proceso anterior fue calificado como incumplimiento de condiciones previamente acordadas y, ahora como práctica dilatoria del proceso de negociación colectiva, y como puede apreciarse es indistinto la tipificación realizada porque al final la consecuencia establecida como acto de mala fe es la misma.

j.12) Filmación de la reunión de instalación: Si bien legalmente no existe ninguna prohibición para realizar grabaciones de las reuniones de negociación colectiva, es necesario que previo a ello se solicite la aprobación de los intervinientes. Al respecto, en

un caso suscitado en el sector industrial, la empresa realizó la grabación de la reunión de instalación sin conocimiento de los miembros de la comisión negociadora del sindicato. Ante ello, el sindicato imputó mala fe a la empresa por haber instalado una cámara oculta, la misma que si bien al final se determinó que no era una cámara sino una filmadora que estaba expuesta en la sala ello no afectaba el hecho que el acto haya sido declarado por el tribunal arbitral como mala fe, en tanto no se solicitó la autorización correspondiente, conforme se aprecia a continuación:

“Como se ha indicado, la negociación supone el quebrantamiento de reglas consensuadas, en un ambiente con condiciones equitativas por las partes. Por ello, el haber colocado una cámara de video y haber filmado sin la autorización de la contraparte evidencia el aprovechamiento indebido del escenario en el cual se lleva a cabo la negociación”.

j.13) Inexistencia de poderes para negociar: Es necesario indicar que la representación, tanto del sindicato como de la empresa, dentro de un proceso de negociación colectiva requiere necesariamente de facultades específicas para dicho ejercicio. Es por ello que en el presente caso el sindicato de una empresa de exploración de hidrocarburos alegó que los representantes no contaban con poderes suficientes para suscribir los acuerdos de negociación colectiva. Frente a este hecho, el tribunal arbitral determinó que si bien dichos representantes contaban con facultades para suscribir el convenio colectivo, no lo tenían en el momento de la instalación, por lo que dicha situación conlleva a determinar que la empresa actuó de mala fe, tal como se señala seguidamente:

“El tribunal señala que los poderes elevados a escritura pública si cuentan con poderes específicos para suscribir un acuerdo de negociación colectiva. Sin embargo, en el caso de la señora (...) quien firmó como apoderada en el acta de instalación se ha determinado que ella cuenta con poder elevado a escritura pública solo a partir del (...). Es decir, un mes después de instalada la negociación. Es por esta razón, que el tribunal (...) considera que resulta un acto de mala fe al firmar un acta de instalación sin tener poder suficiente para negociar”.

Al respecto, si bien en este caso una de las apoderadas no tenía facultades específicas para negociar, dicha situación no generó demoras, dilación o afectación alguna al proceso de negociación colectiva, por lo que consideramos que quizás hubiera sido un acto de mala fe, pero no necesariamente causal de admisión del arbitraje potestativo en tanto no se aprecia en este caso una afectación del proceso de negociación colectiva.

j.14) Imposiciones previas al inicio de la negociación colectiva¹²⁷: Queda claro que antes y durante todo el proceso de negociación no debería presentarse actos de imposición de ninguna de las partes, en virtud del principio de autonomía de voluntad. Y, de esa manera, también lo ha establecido el sistema de common law, al establecer un acto de mala fe donde la empresa impone como requisito previo del inicio de negociación el arribar a un acuerdo de otro tipo (temas no relacionados a la negociación colectiva).

j.15) No realizar propuestas: Si bien no existe ninguna obligación legal de presentar propuestas al pliego de reclamos planteado por el sindicato, cabe indicar que el hecho de hacerlo refleja las reales intenciones de querer negociar. Ante ello, existen dos supuestos

¹²⁷ Ibídem.

que podrían presentarse dentro de este escenario. El primero, en el cual la empresa plantea una propuesta que no implica necesariamente una mejora de los beneficios colectivos, sino una propuesta que contenga las mismas condiciones, o inclusive hasta cantidades menores comparadas a las que vengán percibiendo. Y, el segundo, a través de la cual la empresa no realiza propuesta alguna, limitándose únicamente a asistir a las reuniones sin que implique proponer ninguna propuesta.

Al respecto, el tribunal arbitral a cargo de un proceso en el sector telecomunicaciones ha considerado como un acto de mala fe no haber formulado ninguna propuesta de aumento de remuneraciones, ni solucionado ningún punto del pliego de peticiones, lo cual evidencia para el tribunal una ausencia de voluntad de alcanzar un acuerdo, tal como se puede apreciar en el siguiente considerando de la resolución de admisibilidad arbitral:

“De la revisión del expediente de negociación colectiva y de la lectura del acta de conciliación (...) se advierte que para entonces y no obstante la realización de nueve reuniones de trato directo, no se había formulado propuesta alguna de aumento de remuneraciones por parte de LA EMPRESA ni solucionado ningún punto del pliego de peticiones. Dicha actitud evidencia una ausencia real de voluntad por alcanzar un acuerdo, voluntad que debió acompañar todo el proceso de negociación colectiva”.

De este caso se desprende que, la posición adoptada por el tribunal arbitral es el segundo supuesto, es decir, en el cual la empresa sólo se limita a participar en todas las reuniones de negociación colectiva sin que exista ninguna contrapropuesta a la propuesta planteada por el sindicato; es decir si la empresa solo se presenta en la mesa de negociación, pero nunca realiza un propuesta, estos hechos podrían ser considerados como actos de mala fe, en tanto se demuestra el poco o nulo interés de querer negociar,

Por su parte, en el caso del primer supuesto consideramos que si bien la contrapropuesta en algunas situaciones podría no ser atractiva para el sindicato, el solo hecho de realizarlas es válido para demostrar que la empresa quiere negociar, así no sea para otorgar un incremento. De esa forma, también lo ha establecido la jurisprudencia norteamericana al señalar que *“la emisión de propuestas por parte del demandando evidencia en algún sentido su buena fe. El demandando envió tres diferentes formas de cláusula de lealtad, las cuales fueron todas rechazadas por el sindicato, que a su vez no mandó su propia propuesta en esta materia”*¹²⁸.

j.16) Propuestas absolutamente inadmisibles: Si bien no existe obligación alguna de realizar propuesta de negociación colectiva, el tribunal norteamericano ha considerado que proponer ofertas que sean absolutamente inadmisibles con la finalidad de no arribar a un acuerdo puede ser considerado como un acto de mala fe, posición que también ha sido respaldada por OLEA y BAAMONDE, al señalar que *“la buena fe (...) implica también que ambas partes se abstengan de formular peticiones desorbitadas o extravagantes”*¹²⁹. Por su parte, CABEZA PEREIRO señala que aquellas ofertas exorbitantes sí podría presentarse en las primeras propuestas, pero no en las siguientes, teniendo en cuenta

¹²⁸ N.L.R.B. v. Norfolk Shipbuilding and Drydock Corporation. Labor cases, tomo 21, p.81.283, pgfo.66.880, citado por CABEZA PEREIRO, Jaime. Óp.Cit., p. 332.

¹²⁹ OLEA, Alonso y BAAMONDE, Casas, Derecho del Trabajo, 12a ed. (Madrid, 1,991), p.792., citado por CABEZA PEREIRO, Jaime. Ídem., p. 333.

que en las reuniones iniciales cada una de las partes intenta tener la posición más ventajosa de la negociación.

k. Injerencia sindical

“Ejecutar actos de injerencia sindical, tales como, intervenir activamente en la organización de un sindicato; ejercer presiones conducentes a que los trabajadores ingresen a un sindicato determinado; discriminar entre los diversos sindicatos existentes otorgando a unos y no a otros, injusta y arbitrariamente, facilidades o concesiones extracontractuales; o condicionar la contratación de un trabajador a la firma de una solicitud de afiliación a un sindicato o de una autorización de descuento de cuotas sindicales por planilla de remuneraciones”. (Inciso “k” del artículo 1 de la R.M. 284-2011-TR).

Es necesario señalar que, adicionalmente a esta causal considerada como un acto de mala fe, este supuesto de injerencia sindical también se encuentra prohibido por el artículo 4 de la LRCT y el artículo 8 del RLRCT, a través de la cual, tanto las empresas como la AAT se encuentran limitadas en intervenir en la gestión propia de los sindicatos.

A continuación se detalla los casos en la cual se han advertido actos de injerencia sindical, y por ende han sido considerados como actos de mala fe:

k.1) Solicitar información en temas tratados por una asamblea general del sindicato: Este caso tiene como origen una asamblea realizada por el sindicato (en una empresa del sector aeroportuario) en la zona pública del aeropuerto, donde la empresa alegaba que no había sido una reunión sino un plantón en sus instalaciones, razón por la cual decidió empezar un proceso de investigación, porque dicha situación había afectado la imagen de la compañía. Al respecto, el sindicato consideró que la empresa al momento de recabar las declaraciones de los involucrados, en presencia de un notario, las preguntas estuvieron relacionadas con aspectos propios de la actividad sindical, lo cual constituyó un acto de intromisión sindical; y por ello el tribunal arbitral (por mayoría) consideró que dichas acciones constituían también actos de injerencia sindical que habían entorpecido y generado conflictos innecesarios dentro del proceso de negociación, tal como se aprecia a continuación:

“Lo señalado evidencia un acto de intromisión por parte de la empresa, toda vez que resalta la intención de la empresa por conocer temas tratados durante la Asamblea Extraordinaria, así como de incentivar la declaración de los trabajadores a través de preguntas que los inducen al error en cuanto a la organización del plantón referido”.

Por su parte, el árbitro (en minoría) consideró que este supuesto no debería ser considerado como un acto de mala fe, en tanto que, así como la empresa dentro del proceso de investigación se encontraba en facultad de formular las preguntas que considerara pertinentes, los trabajadores sindicalizados también estaban en su facultad de responder o no dicho cuestionamiento.

k.2) Conflicto intrasindical consignado en una comunicación: Si bien este caso, del sector financiero, tiene su origen en la denegatoria de licencia sindicales debido a que la empresa alegaba que dicha denegatoria se debió porque el sindicato no facilitó la relación de la nueva Junta Directiva Sindical, el cual quedó desvirtuada durante la audiencia de alegatos orales, un elemento coadyuvante al momento que el tribunal arbitral tuvo que declarar la mala fe se sustentó en la comunicación que la empresa cursó al sindicato, a

través del cual hizo referencia a un conflicto dentro del mismo sindicato, considerándose este hecho como un acto de injerencia sindical, tal como lo mostramos a continuación:

“Inclusive -la empresa- hace alusión a un conflicto intrasindical entre las listas que se presentaron al proceso electoral en el que se eligió a la nueva Junta Directiva, haciéndose eco de un conflicto interno que debe ser resuelto en sede judicial (...)”.

Siendo ello así, la mala fe se sustentó en la denegatoria de licencias y en los actos de injerencia sindical, en donde el tribunal arbitral consideró que se había vulnerado la autonomía de la dirigencia sindical.

k.3) Negativa condicionada a desistimiento de proceso judicial: La continuación o no de un proceso de negociación colectiva no tendría que estar supeditada a acciones que contravengan la libertad de los representantes de los sindicatos o de sus afiliados; es por ello que en un caso norteamericano se consideró como práctica laboral desleal condicionar el éxito de la negociación colectiva al desistimiento de las demandas judiciales planteadas por los trabajadores.

I. Discriminación

“Discriminar entre trabajadores con el fin exclusivo de incentivar o desestimular la afiliación o desafiliación sindical”. (Inciso “I” del artículo 1 de la R.M. 284-2011-TR).

Este caso se suscitó en un proceso arbitral del sector financiero, en la cual el sindicato imputó un acto de discriminación por el hecho que el Secretario General no había sido incluido dentro del proceso de evaluación de desempeño para el reparto de bonos, a pesar de haberle enviado un correo a su jefe manifestándole que ya se habían hecho las calificaciones y a él no le habían comunicado nada. Frente a estos hechos la empresa sostuvo que el Secretario General si había sido considerado en la evaluación, y que inclusive el citado trabajador tenía acceso al sistema que le permitía visualizar sus evaluaciones. Al respecto, el tribunal arbitral consideró que, si bien el trabajador tenía acceso al resultado de la evaluación final, no se había cumplido con todo el procedimiento establecido en el documento denominado “Guía de la Evaluación”, en tanto que dicho documento establecía 03 fases durante todo el proceso (fijación de objetivos, seguimiento de los objetivos y la evaluación final) y al trabajador sólo se le había considerado en el último y no en la fijación de objetivos y seguimiento del mismo; tal como se señala a continuación:

“El tribunal arbitral considera que el banco no ha acreditado haber cumplido con el procedimiento previsto para la evaluación (...) respecto del trabajador, ya que pese a existir un documento con los resultados de su evaluación (...) no se ha acreditado haber puesto en conocimiento del trabajador de los objetivos que iba a tener, ni haberlo entrevistado, mucho menos haberle comunicado el resultado de su evaluación final”.

Adicionalmente a ello, el tribunal arbitral argumentó su posición al considerar que el trabajador durante el periodo comprendido entre el 2007 y 2009 había obtenido la calificación de “muy destacado”, y a partir del momento en el cual se afilió al sindicato (2009-2011) obtuvo una calificación de “normal”.

3.2.1.4. Arbitraje incausado

Hasta el momento hemos analizados los casos amparados en hechos contemplados en los supuestos del RAP, sin embargo el caso que veremos a continuación es una situación peculiar que debemos considerarlo, por más que *–hasta el momento–* sea el único supuesto arbitral con este criterio, y nos referimos al arbitraje incausado.

Es decir, en la misma línea que el pronunciamiento del TC en el caso Sunat, el tribunal arbitral a cargo de un proceso del sector industrial ha determinado (en mayoría) la procedencia del arbitraje, sin que requiera la concurrencia de ninguno de los dos supuestos establecidos en el RAP (desacuerdo en la primera negociación y/o causales de mala fe).

Al respecto, si bien en el presente caso, inicialmente el sindicato del sector industrial sometió a la empresa al arbitraje potestativo, alegando las causales contempladas en los literales j) y k) de la Resolución Ministerial N° 284- 2011-TR, el tribunal arbitral a cargo del proceso arbitral consideró que debería tenerse en cuenta los alcances de la Constitución, a través del cual se contempla el fomento de la negociación colectiva y se promueve las formas de solución pacífica de los conflictos laborales.

De esta forma, el tribunal arbitral manifiesta que, al haber optado el sindicato por el arbitraje, la solución ya no depende de ambas partes, sino de un tercero; más aún si el TC haciendo una interpretación del artículo 61 de la LRCT ha determinado que su naturaleza es potestativa; en tal sentido, considera que sometido el diferendo a arbitraje por cualquiera de las partes, la otra tiene el deber de someterse a éste; tal como lo manifiesta en la resolución de admisibilidad de la siguiente manera:

“De lo expuesto hasta aquí se deriva que siendo el arbitraje previsto por el artículo 61 concordado con su artículo 63 de la Ley de Relaciones Colectivas uno de carácter potestativo, y no siendo necesaria la aceptación del empleador para la vía de solución propuesta por los trabajadores, en el presente arbitraje, carece de objeto analizar si existieron actos de mala fe por parte de la empresa (...).”

Ante ello, y teniendo en cuenta el criterio adoptado por el tribunal arbitral, en este caso podemos manifestar que, esta situación no se encuentra bajo los alcances del arbitraje potestativo, en tanto no cumple con la exigencia de alguna de sus causales, por lo que podríamos manifestar que este supuesto estaría incurso bajo una nueva modalidad, que lo denominaremos, arbitraje incausado, cuyas reglas de juego no son las del potestativo sino del arbitraje general.

3.2.2. Supuestos de buena fe negocial

A diferencia de los supuestos de mala fe, previamente detallados, en este apartado analizaremos aquellos casos donde, a pesar de haber sido propuestos por alguna de las partes como causal de mala fe dentro del proceso de arbitraje potestativo, los tribunales arbitrales declararon improcedente dicha solicitud, así como aquellos donde a pesar de haber sido declarado procedente, se advierten algunos supuestos alegados por los sindicatos que no fueron establecidos como causal de mala fe, en tanto no afectó el proceso de negociación colectiva. En suma, estamos ante supuestos donde no existe mala fe negocial.

A continuación se señalan los hechos imputados que no fueron acogidos por los tribunales arbitrales:

a. Información económica financiera (inciso “a” del artículo 1 de la R.M. 284-2011-TR)

En atención a la información económica financiera, es evidente la obligación que tienen las empresas de suministrar dicha información en aquellos casos donde el sindicato lo solicite, teniendo en cuenta que este elemento tiene por finalidad realizar un planteamiento del proyecto del pliego de reclamos ajustado a la realidad, así como afrontar un adecuado desarrollo del proceso de negociación colectiva. Sin embargo, así como hemos visto que usualmente las empresas suelen incurrir en actos de mala fe por no proporcionar la información, o no hacerlo de manera oportuna y completa, es necesario mencionar que existen algunos sindicatos que usan este medio de forma maliciosa con el único objetivo de imputar una conducta de mala fe por parte de la empresa y conducirlos a un arbitraje potestativo; tal como veremos seguidamente:

a.1) Requerimiento de información posterior a la decisión de someterse a un arbitraje: Si bien el sindicato se encuentra facultado a solicitar información 90 días antes del término de la vigencia del convenio colectivo, ello no significa que no lo pueda solicitar durante la etapa de negociación colectiva, tal como lo requirió el sindicato de una empresa industrial -a pesar que ya contaba con el dictamen económico emitido por la AAT-, días previos de su manifestación de someterse a un arbitraje potestativo, tal como se muestra en la siguiente línea cronológica:

Presentación del pliego de reclamos	El sindicato solicita un estudio a la AAT	La AAT solicita información a la empresa	La empresa suministra la información a AAT	La AAT emite su Dictámen Económico	El sindicato manifiesta su voluntad de someterse a arbitraje voluntario	El sindicato solicita información a la empresa	El sindicato manifiesta su voluntad de someterse a arbitraje potestativo
Noviembre (2011)	Diciembre (2011)	Febrero (2012)	Marzo (2012)	Abril (2012)	Junio (14.06.2012)	Junio (28.06.2012)	Julio (2012)

De ello se aprecia que, a pesar que el sindicato en el mes de abril 2012 ya contaba con el informe económico, emitido por la AAT, durante todo el proceso de negociación colectiva nunca necesitó de ninguna información adicional para el desarrollo de sus reuniones de trato directo y conciliación; sin embargo, días antes de someterse a un proceso de arbitraje potestativo y de haber manifestado su intención de acudir a un arbitraje (junio 2012), el sindicato solicitó información con el único fin de tener una causal de mala fe. Por esta razón, el tribunal arbitral dispuso que no existiera mala fe, a pesar que la empresa no suministró la información al sindicato, tal como se señala del extracto de la resolución de admisibilidad mostrado a continuación:

“Resulta pues inadmisibile solicitar información a la empresa luego de haber sometido la solución de su pliego petitorio al arbitraje potestativo, e invocando como causal de mala fe para habilitar su procedencia, justamente la negativa a proporcionar dicha información por parte de la empresa”.

a.2) Ausencia de un plazo razonable para el suministro de información: La información, como herramienta dentro del proceso de negociación, es de mucha utilidad para los sindicatos, especialmente para la preparación del pliego de reclamos. Es por ello que la información debe proporcionarse en el plazo más breve posible con la finalidad que su

contraparte cuenta con todos los elementos necesarios para empezar una negociación. Sin embargo, si bien el suministro de dicha información es una obligación de las empresas es necesario que los sindicatos otorguen un tiempo prudencial para procesarlo, más aún si lo solicitado pudiera tener cierta complejidad. Y, es de esa manera como lo ha establecido el tribunal arbitral en el caso de una empresa industrial, en la cual se cumplió con el primer requerimiento, pero con el segundo la empresa indicó que estaba siendo procesada; no obstante ello, el sindicato haciendo caso omiso a dicha comunicación al día siguiente de su requerimiento presentó su pliego de reclamos, conforme se muestra a continuación:

Gráfico 6

Tiempo de atención		Fecha	Detalle
01 día hábil	}	30.06.2011	El sindicato realiza el primer requerimiento de información
		01.07.2011	La empresa entrega del primer requerimiento de información
02 días hábiles	}	08.07.2011	El sindicato solicita precisión y requiere segunda información
		12.07.2011	La empresa absuelve precisión e indica que esta procesando la segunda información
		13.07.2011	Presentación del pliego de reclamos

Así, en el citado caso el tribunal arbitral señaló que: *“(...) se advierte que la empresa actuó de manera inmediata y diligente en atención a las solicitudes de información, dando respuesta dentro de las 24 y 48 horas de requerida aquélla, sin que hubiera ninguna negativa, dilación injustificada o acto que pueda ser calificado como una negativa a proporcionar información o que pueda considerarse como una conducta orientada a evitar, obstruir, dilatar o impedir la negociación colectiva”.*

a.3) Inexistencia de acuerdo sobre el tipo de información a suministrar: La LRCT establece que en caso de desacuerdo entre las partes para la determinación del tipo de información a suministrar por parte de las empresas a los sindicatos, la AAT es la encargada de dilucidar el tema. Sin embargo, si bien la LRCT no establece cuál de las partes *-la empresa o el sindicato-* es la encargada de gestionarlo ante la AAT, el tribunal arbitral a cargo de un proceso del sector financiero estableció que la obligada a solicitar la divergencia del conflicto es el sindicato, por lo que no podría alegarse que la empresa actuó de mala fe, a pesar de no haberle proporcionado la información social.

De esa forma, en el citado caso, el sindicato solicitó a la empresa tres tipos de información: i) informe económico; ii) informe de planillas; y iii) calificación de todos los afiliados y lineamientos internos. Al respecto, la empresa sólo suministró las dos primeras, señalando que esta última era información reservada de cada trabajador, y que además las normas internas era de uso exclusivo del área de Recursos Humanos, por lo cual no podía proporcionar dicha información. Es por ello que en este caso no se declaró la mala fe, en tanto el tribunal arbitral estableció lo siguiente:

“En opinión de este tribunal, es el solicitante o interesado en recibir la documentación (...) a quién le corresponde acudir a la AAT a solicitar la precisión correspondiente, en tanto es la parte que solicitó la documentación y tiene legítimo interés en que dicha documentación sea facilitada”.

Sobre este tema, consideramos que si bien el cumplimiento del suministro de información recae en las empresas, ello no debería ser un motivo para que los sindicatos actúen de manera arbitraria con el único propósito de habilitar la causal de mala fe dentro del arbitraje potestativo, porque de lo contrario implicaría vaciar el contenido esencial del derecho de información, en tanto que la finalidad del suministro es que los sindicatos tengan toda la información necesaria para preparar su pliego de reclamos y afrontar una exitosa negociación colectiva, y no para intentar justificar los supuestos que le permitan ingresar a un arbitraje potestativo.

b. Negativa de entrega de información precisada por la AAT (Inciso “c” del artículo 1 de la R.M. 284-2011-TR)

Existe un caso del sector minero donde a pesar que la empresa proporcionó la información de forma extemporánea, el tribunal arbitral determinó que no había mala fe en tanto que todo el procedimiento de solicitud de información por parte de la AAT se realizó cuando el arbitraje potestativo ya se encontraba habilitado, es decir la información requerida a la empresa se realizó dos semanas después que el sindicato había imputado actos de mala fe, tal como se describe a continuación en la resolución de admisibilidad del arbitraje:

“De lo observado por el tribunal se aprecia que ha existido por parte de la empresa una demora en la entrega de la información solicitada por la AAT, y ello supone el incumplimiento de los plazos establecidos en el artículo 56 de la LRCT y la Directiva N° 001-2007.MTPE/2/9.3 (...). Sin embargo, el tribunal considera que este hecho no implica un acto de mala fe que tenga por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo durante la negociación colectiva (...), toda vez que todo el procedimiento de pedido de información (...) se realiza cuando estaba en marcha la fase de arbitraje”.

c. Negarse a recibir a los trabajadores o no negociar en los plazos establecidos (Inciso “e” del artículo 1 de la R.M. 284-2011-TR)

Tal como se ha señalado en el literal e) del numeral 3.2.1.2 del presente trabajo, existe una distinción entre “convocar” e “instalar”. Lo expresado es relevante porque si las empresas a pesar de haber convocado dentro del plazo establecido no llegan a un acuerdo para instalar la mesa de negociación no debería encuadrarse dicha situación como un acto de mala fe.

De esa forma también lo ha establecido el tribunal arbitral en un proceso del sector de hidrocarburos, en el cual ambas partes se reunieron hasta en tres oportunidades, no habiendo arribado a ningún acuerdo, siendo que después del plazo de 10 días se llegó a instalar la negociación colectiva, no habiéndose declarado mala fe, según se señala a continuación:

“El tribunal considera importante señalar que el mandato del artículo 57 de la LRCT busca que las partes puedan iniciar una negociación colectiva real y evitar demoras innecesarias. Sin embargo, el mandato del citado artículo no implica una obligación de acordar de las partes. Vale decir, lo que se busca es que las partes efectivamente negocien, más no que lleguen a un acuerdo”.

En esa misma línea, y bajo ese mismo criterio, el tribunal arbitral a cargo de un proceso del sector energía, declaró infundado el pedido del sindicato por la supuesta causal de no

haberse reunido dentro del plazo establecido, de acuerdo con lo que se reseña seguidamente:

“Las actas correspondientes a las reuniones del 21 y 28 de noviembre de 2012, dejan constancia que, luego de algunas deliberaciones, las partes no pudieron ponerse de acuerdo en los términos de la instalación de la negociación colectiva. Lo que implica que las partes si se reunieron, discutieron sus propuestas sobre los términos de realización de la negociación colectiva, pero sin llegar a un acuerdo”.

d. Presión por reemplazo de integrantes (Inciso “f” del artículo 1 de la R.M. 284-2011-TR)

Con relación a este caso, si bien en la jurisprudencia nacional no se ha presentado ningún caso que haya sido alegado como causal de mala fe y que los tribunales arbitrales hayan establecido lo contrario, es necesario citar un caso norteamericano¹³⁰, en la cual el sindicato manifestó su negativa a negociar con la empresa, en tanto uno de los representantes anteriormente había ejercido un cargo en la dirigencia sindical, por lo que consideraban que su designación era poco ética e inmoral. Al respecto, la jurisprudencia judicial norteamericana consideró como inválido el argumento del sindicato, no habiéndose declarado como un acto de mala fe.

e. Ejercer fuerza física en las cosas, o física o moral en las personas, durante el procedimiento de negociación colectiva (Inciso “g” del artículo 1 de la R.M. 284-2011-TR)

Este caso, si bien está referido a una sola causal, contiene varios hechos relacionados con un solo trabajador, quien desempeñaba el cargo de Secretario de Asistencia Social y miembro de la comisión negociadora de una empresa del sector financiero, en cuyos supuestos el tribunal arbitral declaró que no había ningún acto de mala fe:

e.1) Descuento remunerativo indebido: El sindicato alegó que se había realizado un descuento indebido por una supuesta falta injustificada. Si bien dentro del proceso arbitral se declaró que efectivamente el descuento se efectuó, la empresa inmediatamente cuando tomó conocimiento procedió a reconocer y enmendar su error, razón por la cual el tribunal consideró que no hubo mala fe, conforme se muestra a continuación:

“Se ha acreditado con la documentación que obra en autos que el 10 de julio de 2013 (día en el que el trabajador solicita el reintegro correspondiente) que el Banco cumplió con reintegrar el monto descontado de manera indebida a favor del señor (...) y que todo ello se debió a un error involuntario”.

e.2) No abonar la remuneración vacacional: En este caso, al mismo trabajador que se le descontó indebidamente un día de remuneración, el sindicato alegó que supuestamente no se le había depositado la remuneración vacacional; no obstante ello, durante el proceso arbitral se demostró lo contrario, tal como se puede apreciar seguidamente:

“(...) ha quedado acreditado en autos mediante la constancia de abono correspondiente, que al trabajador le fue abonada la remuneración vacacional con fecha 08 de febrero de 2012 fecha en la que correspondía efectuar el pago (...)”.

¹³⁰ Ídem.

Si bien en el primer supuesto *-descuento remunerativo indebido-* se acredita que la empresa cometió un error, y según nuestro parecer hubiera sido pasible en incurrir en actos de mala fe (sin que necesariamente ello justifique su sometimiento al arbitraje potestativo), en el segundo supuesto se advierte que el sindicato, con el único fin de configurar una conducta indebida a la empresa, imputó actos que como hemos visto no se encontraban ajustados a la realidad.

f. Actos de hostilidad (Inciso “h” del artículo 1 de la R.M. 284-2011-TR)

A continuación veremos aquellos casos en los cuales los sindicatos alegaron que el comportamiento de las empresas constituía actos hostiles, sin embargo dichos argumentos no fueron contemplados ni acogidos por los tribunales arbitrales.

f.1) Denegatoria de licencias: La LRCT establece que la empresa está obligada a conceder hasta un límite de 30 días naturales por dirigente sindical para la asistencia a actos de concurrencia obligatoria, entre la cuales no se encuentran comprendidos los días de negociación colectiva, en tanto quiénes solicitan dichas licencias no son los representantes ante la mesa de negociación sino el resto de miembros de la junta directiva sindical. De esa misma manera lo ha considerado el tribunal arbitral en el caso de una empresa del sector hidrocarburos, en la cual a pesar de haberse denegado las licencias bajo el argumento de no contar con trabajadores, no se acreditó que ello afectó el proceso de negociación colectiva, conforme el siguiente tenor de la resolución de admisibilidad:

“El tribunal considera que en el transcurso de la discusión de la cuestión previa, el sindicato no ha podido acreditar que la negativa por parte de la empresa en determinadas licencias haya tenido un efecto directo lesivo al proceso de negociación colectiva”.

f.2) Pago extemporáneo de utilidades: Legalmente es obligación de las empresas, en caso corresponda, realizar el pago de las utilidades dentro de los 30 días posteriores a la presentación de la Declaración Jurada de Impuesto a la Renta ante la Sunat. Sin embargo, en el presente caso dos empresas, una del sector hidrocarburos y otra del sector energía, decidieron consignar judicialmente las utilidades de los trabajadores despedidos (ex trabajadores despedidos por sus ex contratistas) que habían sido incorporados en su planilla por medida cautelar *-entre las cuales habían sindicalizados y no sindicalizados-* por lo que el sindicato imputó que la empresa había cometido un acto de mala fe bajo el supuesto de hostilidad. No obstante, y si bien se acreditó el pago extemporáneo de dicho beneficio, el tribunal arbitral consideró que al no existir un nexo causal entre la consignación y el proceso de negociación colectiva no existió una causal de mala fe, tal como se aprecia en este considerando de la resolución de admisión arbitral:

“Si bien es cierto que, los documentos presentados por las partes, así como la propia manifestación de los representantes de la empresa en la audiencia de alegatos demuestran que se produjo el cumplimiento inoportuno de las utilidades. Sin embargo, no ha quedado acreditada la existencia del nexo causal entre el proceso de negociación colectiva y el pago inoportuno de las utilidades”.

f.3) Cambio de puesto temporal al Secretario General del Sindicato y despido al Sub Secretario General: Estas conductas a primera vista podría aparentar que son actos de

hostilidad que configuran un arbitraje potestativo, sin embargo no necesariamente es así, porque para ello sería ineludible que el sindicato previamente demuestre y acredite que dicho cambio o despido tuvo como finalidad afectar el proceso de negociación colectiva, lo que no ocurrió en el pronunciamiento del tribunal arbitral en el caso de una empresa industrial cuyo sindicato alegó la mala fe, tal como se señala a continuación:

“Haciendo una evaluación de los hechos referentes al cambio de puesto de modo temporal del Secretario General del Sindicato, despido al Sub Secretario General (...) se trata de materia sobre las cuales no se ha demostrado ni en el expediente administrativo ni durante el proceso arbitral que guarden nexo causal afectando su desarrollo; por lo cual su calificación o no como acto de mala fe del empleador por parte de este tribunal resulta impertinente pues en modo alguno afecta la negociación colectiva”.

f.4) Aplicación de medidas disciplinarias: La aplicación de sanciones disciplinarias es una facultad de las empresas, pudiendo inclusive ejercerlas durante el proceso de negociación colectiva, siempre que se encuentren debidamente sustentadas. Esto quiere decir que si las empresas aplican una sanción que no guarda relación con el proceso de negociación colectiva, no debería ser considerado como un acto de mala fe. Seguidamente reproducimos el considerando respectivo recaído en la resolución que analizó la improcedencia del arbitraje potestativo:

“Las medidas disciplinarias impuestas a los trabajadores (...) se trata de materias que no guardan relación alguna con el procedimiento de negociación colectiva, por lo cual su calificación o no como acto de mala fe del empleador por parte de este tribunal resulta impertinente pues en modo alguno afecta la negociación colectiva”.

f.5) Modificaciones de turnos de trabajo: La modificación de turnos de trabajo también es una facultad de las empresas, en tanto se encuentre debidamente sustentada en una causa objetiva y siempre que ello no tenga por finalidad afectar el proceso de negociación colectiva, porque en caso se demuestre que dicha modificación fue arbitraria sí podría constituir un acto de mala fe. Por ejemplo, en el caso de una empresa industrial, el sindicato alegó supuestos actos de hostilidad por el hecho que la empresa modificó los horarios de trabajo de los trabajadores sindicalizados; sin embargo en el devenir del proceso se demostró que dicho cambio no sólo afectó dicho colectivo sino también a trabajadores no sindicalizados, y por ello el tribunal arbitral determinó que no había mala fe:

“(...) de la revisión de las afirmaciones y medios probatorios presentados por ambas partes, el sindicato no ha demostrado en autos que las modificaciones en cuanto a los turnos de trabajo haya tenido por finalidad afectar a los trabajadores afiliados al sindicato o sus representantes impidiendo que descansen los días domingos ni que las modificaciones hayan tenido impacto en la negociación colectiva”.

Por otro lado, en esa misma empresa industrial el sindicato también alegó que no se concedía el cambio de turno a los afiliados sino solo a los no afiliados; sin embargo la empresa demostró lo contrario y por eso no se acogió dicha imputación como causal de mala fe. A continuación se reproduce lo manifestado por el tribunal arbitral en la resolución de admisibilidad:

“Al absolver traslado de dicha imputación, la empresa presentó (...) un listado de 18 trabajadores sindicalizados a los cuales se les ha otorgado el cambio de turno. Es

decir, no hay en autos medio probatorio idóneo que permita inferir una discriminación en contra de los trabajadores afiliados”.

f.6) Otorgar ascensos o recategorizaciones: Existen algunos supuestos que podrían parecer actos de mala fe, sin embargo no necesariamente afecta el proceso de negociación colectiva, como por ejemplo el siguiente caso del sector industrial, en donde el sindicato alegó, a través de declaraciones juradas, que la empresa estaba actuando de mala fe al conceder ascensos únicamente a trabajadores no sindicalizados, habiendo señalado el tribunal arbitral que al tratarse de conflictos individuales y no colectivos los alcances no se encuentran dentro del arbitraje potestativo, conforme se aprecia a continuación:

“En cuanto a las declaraciones juradas por el tema de ascensos o recategorizaciones, su propio mérito evidencia que se trata de conflictos individuales. En ese orden, conforme se ha desarrollado en detalle en numerales precedentes, por tratarse de conflictos individuales, la vía idónea para ello sería la jurisdicción ordinaria y no la vía del arbitraje potestativo, pues esta última tiene por objeto resolver un procedimiento de negociación colectiva”.

Al respecto, es necesario recordar que no cualquier acto que el sindicato considere como una práctica antisindical constituye un acto de mala fe, y tampoco no todo acto de mala fe constituye una causal del arbitraje potestativo, toda vez que para ello se requiere necesariamente que dicha conducta tenga por efecto dilatar, entorpecer o evitar la negociación colectiva.

De todos los casos previamente analizados se desprende que, para determinar si un acto hostil califica como mala fe dentro de un proceso de negociación colectiva, no basta que dicha conducta constituya un acto hostil sino que adicionalmente se requiere que exista un nexo lógico y concadenado entre las conductas imputadas y la afectación a la consecución del proceso de negociación colectiva; en caso contrario, conllevaría a aceptar que cualquier acto de hostilidad generado dentro de un conflicto individual pueda ser considerado como mala fe, cuando en realidad esa no es la finalidad del arbitraje potestativo. Sin perjuicio de lo señalado previamente, cabe manifestar que si bien dichos actos, en algunos casos, no puedan ser determinados como actos de mala fe, ello no implica que las partes perjudicadas puedan acudir a la vía pertinente para satisfacer su pretensión.

g. El incumplimiento injustificado de las condiciones acordadas por las partes para facilitar la negociación (Inciso “i” del artículo 1 de la R.M. 284-2011-TR)

Es necesario señalar que las condiciones acordadas por las partes en el acta de instalación no pueden ser alteradas, salvo por acuerdo mutuo de las partes, durante todo el proceso de negociación colectiva. De esa forma, si las partes acuerdan que las comunicaciones que se generen durante todo el proceso de negociación serán cursadas al domicilio del local institucional del sindicato no cabe duda que cualquier hecho que se requiera comunicar tendría que realizarse a dicho domicilio. No obstante, el tribunal arbitral a cargo de un proceso del sector financiero determinó que no existe mala fe en aquellos casos donde el contenido de la comunicación verse sobre un hecho distinto a la negociación colectiva y sea comunicado en otro domicilio, como por ejemplo: solicitar la rectificación de una información publicada en el boletín del sindicato, tal como se describe a continuación:

“Este tribunal considera que si bien en el acta de instalación (...) las partes acordaron que las comunicaciones se cursarán a domicilio del local institucional del Sindicato, la comunicación de fecha 24 de junio de 2013 (...) tenía por finalidad solicitar una rectificación respecto de la información publicada en la Edición 35 del Boletín del Sindicato, más no estaba referida a algún aspecto vinculado a la negociación del pliego 2013”.

h. Práctica que dilata un proceso de negociación colectiva (Inciso “j” del artículo 1 de la R.M. 284-2011-TR)

Así como se ha detallado algunos casos que han sido considerados por los tribunales arbitrales como actos de mala fe, también existen algunos supuestos que, a pesar de haber sido imputados por las partes como una práctica abusiva, finalmente no fueron declarados como tales, conforme veremos a continuación:

h.1) Pago errado de remuneraciones en la boleta de pago y entrega con retraso: Este es el caso de una empresa del sector energía que si bien reconoció sus errores administrativos en el sistema de nómina no se llegó a evidenciar que dicha práctica se haya generado solo para los trabajadores sindicalizados, por ende el tribunal arbitral consideró que no había mala fe, tal como se señala a continuación:

“El tribunal considera, sin embargo, que no se cuenta con los suficientes elementos probatorios para afirmar que estamos ante una práctica dirigida únicamente contra los trabajadores afiliados. Vale decir que no se identifica claramente un nexo causal entre el incumplimiento de la empresa en materia de boletas de pago y la afiliación de los trabajadores a la organización sindical”.

h.2) Terminar una etapa de negociación colectiva: El hecho que alguna de las partes haya decidido dar por terminada alguna etapa de la negociación colectiva, tales como, el trato directo, conciliación, mediación y/o extra proceso, no implica que dicho acto sea considerado como un acto de mala fe que tenga por finalidad afectar la negociación colectiva, salvo que se demuestre lo contrario; tal como se estableció en una empresa del sector textil donde el tribunal arbitral determinó que el hecho que una de las partes haya dado fin a una etapa del proceso de negociación colectiva no implicaba un acto de mala fe, según puede apreciarse en el siguiente párrafo:

“Es más, si una de las partes decidió dar por concluida le etapa de negociación directa, e hizo lo mismo con la etapa de junta de conciliación y posteriormente dio por concluido el extraproceso, ello no podría ser un mecanismo para sancionar a la contraria ni imputarle integra responsabilidad en el fracaso de las negociaciones, salvo que demuestre que la contraria venía realizando activamente actos que dilataban o entorpecían la negociación”.

En un caso similar de una empresa del sector minero el tribunal arbitral adoptó similar criterio considerando que dicha situación no podía ser un acto de mala fe, en tanto que el proceso de negociación colectiva no terminó en dicha etapa, sino que continuó con el extraproceso, tal como se muestra a continuación:

“No debe soslayarse que el artículo 41 del RLRCT prescribe que la concurrencia a la etapa de conciliación administrativa no es obligatoria, en tanto que depende de la voluntad de las partes. Por tanto, la falta de voluntad de someter la controversia a la conciliación no podría imputarse como un acto de mala fe. Así, este tribunal arbitral

podría haber amparado el argumento planteado por el sindicato si es que el proceso de negociación colectiva hubiera culminado con dicho fracaso de la conciliación, situación que no se configura en el presente caso”.

h.3) Muchas reuniones sin acuerdos: El hecho que las partes durante todas las etapas de negociación colectiva hayan propuesto una gran cantidad de reuniones y no se haya llegado a ningún acuerdo no implica que las empresas o los sindicatos hayan tenido por objeto dilatar la negociación colectiva, más aún si se considera que dicha situación no depende de una sola parte sino de ambas.

Ese es el criterio que aplicó el tribunal arbitral en el caso de una empresa industrial alegando que *“el hecho que las partes hayan realizado reuniones sin llegar a un acuerdo, no puede ser calificado como un acto de mala fe pues, en todo caso, la sanción jurídica debe recaer en ambas partes y no únicamente en una de ellas, al ser un proceso dialéctico”.*

h.4) Cláusulas sustitutorias: Usualmente las empresas intentan establecer dentro del proceso de negociación colectiva propuestas vinculadas a su propia organización, y es por ello que proponen cláusulas destinadas a dicho cumplimiento, tales como las referidas a la productividad, seguridad, salud, evaluaciones, entre otros. Esto significa que si bien las empresas pueden proponer cláusulas que reemplacen o sustituyan algunas previamente establecidas ello no implica que esa facultad sea un acto de mala fe, teniendo en cuenta que se trata sólo de una propuesta y no de una imposición, por lo que su aceptación se lograría solo si es que existe mutuo acuerdo entre las partes.

Y, es así como un tribunal arbitral en el caso de una empresa del sector minero determinó que si los sindicatos consideraban que dichas cláusulas afectan su libertad sindical tenían plena facultad de negarse a negociar dicha propuesta, más aun cuando una negociación colectiva busca satisfacer a ambas partes, y no lograr la imposición de una de ellas, conforme se describe seguidamente:

“Así, en el caso concreto, la facultad de proponer cláusulas nuevas o sustitutorias, esto es, el contrapligo empresarial, se encuentra reconocida expresamente en el ordenamiento legal y su ejercicio no podría entenderse como un acto de mala fe negocial. En tal contexto, en caso el sindicato considerase que la propuesta presentada por la empresa resultaba lesiva a sus intereses gremiales o constituyera un atentado a la libertad sindical, tenía la plena facultad de negarse a ellas durante la negociación”.

h.5) Solicitar un sustento de cada punto del pliego de reclamos: Este es un caso del sector industrial en la cual el sindicato alegó mala fe porque la empresa le solicitó sustentar punto por punto el pliego de reclamos. Al respecto, el tribunal arbitral consideró que dicha conducta no era un acto de mala fe porque *“(…) “el argumento formulado por el sindicato, respecto de que la empresa dilató o entorpeció la negociación requiriendo el sustento de cada uno de los puntos contenidos en el pliego petitorio no puede ser amparado como un supuesto de mala fe negocial, principalmente por lo siguiente: i) por tratarse este requerimiento de una manifestación del derecho a la información del empleador, que tiene por finalidad comprender cuál es el sustento y contenido de las pretensiones de la contraparte; ii) es una práctica negocial legítima, reconocida y aplicada de manera general en los procesos de negociación colectiva, sin que ella pueda inferirse, sin más, la intencionalidad dilatoria de una de las partes (...)”.*

h.6) Abandono de una reunión de negociación en la etapa de trato directo: Este es el caso de una empresa del sector minero cuyo sindicato alegó mala fe porque la empresa en una reunión de trato directo hizo abandono de la mesa de negociación, habiendo supuestamente afectado el logro de un acuerdo. Sin embargo, el tribunal arbitral a cargo del caso determinó que no había mala fe, en tanto que dicha situación no había generado certeza suficiente para afirmar que se haya dilatado o entorpecido el logro de un acuerdo. A continuación reproducimos el considerando pertinente de la resolución de admisibilidad arbitral:

“El tribunal considera que en el contexto de conflictividad en que se desarrolló la negociación colectiva, el solo hecho de abandonar una reunión no genera certeza suficiente para afirmar que ello tenga por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo durante la negociación colectiva”.

h.7) Optar por la huelga como medida de fuerza: Cuando las partes no llegan a un acuerdo en la etapa de trato directo o conciliación el sindicato tiene plena facultad de optar por la huelga, siempre que previamente no se hayan sometido al arbitraje potestativo. Sin embargo, si bien la parte que sometió el conflicto a un arbitraje fue la empresa, en este caso con el objeto que el conflicto no sea resuelto mediante arbitraje potestativo el sindicato decidió iniciar una huelga, alegando posteriormente que el arbitraje potestativo en ningún caso puede someterse en desmedro de la huelga. Esta posición, que ha sido citada anteriormente cuando desarrollamos los presupuestos del arbitraje potestativo (2.2.1), corresponde al caso de un club (asociación) donde se consideró que el rechazo a la petición de arbitraje planteada por la empresa sobre el tema de fondo de la negociación y el ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores afiliados al sindicato no podía ser calificado como actos de mala fe negocial, pues ambas actuaciones se encuentran reguladas en la LRCT, tal como se señala a continuación:

“Este tribunal considera que el rechazo a la petición de arbitraje planteada por el sindicato sobre el tema de fondo de la negociación colectiva y el ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores afiliados al sindicato no pueden ser calificados como actos de mala fe negocial, pues ambas actuaciones se encuentran amparadas por lo dispuesto en los artículos 61 y 62 de la LRCT y el artículo 46 del RLRCT”.

h.8) No aceptar el derecho de la empresa a presentar una propuesta: Este caso se trata de una empresa que propuso someter la negociación colectiva a un arbitraje potestativo, en tanto el sindicato no permitió que la empresa incorpore temas adicionales de su propio interés, sin embargo el tribunal arbitral a cargo del proceso (asociación) consideró que luego del análisis efectuado no se advirtió que el sindicato haya ejercido un abuso de derecho por negarse a aceptar la propuesta plantada por la empresa. En concreto, se estableció lo siguiente:

“(…) no se advierte, de un lado, que la empresa haya condicionado la negociación del pliego a la incorporación de su propuesta de revisión del convenio colectivo de 1973; y de otro lado, que el sindicato haya incurrido en un abuso de derecho, por negarse a aceptar la propuesta de revisión de la empresa”.

h.9) Intermediación prohibida: En este caso, el sindicato de una empresa del sector de salud alegó que la empresa al haber sido sancionada por la AAT por una intermediación

ilegal, había generado que actúe de mala fe, aduciendo un déficit financiero dado que supuestamente dicha situación lo había afectado económicamente. Ante ello, el tribunal arbitral consideró que al no existir evidencia que sustente que la empresa no haya contado con medios económicos para la solución de los reclamos del sindicato, así como tampoco que dicha actitud hubiera afectado el proceso de negociación colectiva no se aprecia que existe un acto que califique como mala fe, tal como se señala a continuación:

“El tribunal considera que, pese a que la intermediación fraudulenta en la que estuvo inmersa la empresa –donde fueron afectados 56 trabajadores- (...) el sindicato no ha probado que tal hecho signifique que la empresa no cuente con los medios económicos a fin de solucionar los reclamos del sindicato, y que, en último término, estemos ante una actitud del deber de buena fe negocial”.

i. Injerencia sindical (Inciso “k” del artículo 1 de la R.M. 284-2011-TR)

A continuación se detalla un caso donde, a pesar que la conducta de la empresa constituía un acto antisindical, el tribunal arbitral no lo consideró como un acto de mala fe:

i.1) Publicación de propuestas económicas realizadas por la empresa: Este es el caso de una empresa del sector minero quien, con la finalidad de llegar a un acuerdo, optó por publicar las propuestas previamente planteadas a la comisión negociadora del sindicato. Al respecto, el tribunal arbitral determinó que si bien dicho comportamiento era una conducta antisindical no advertía que se haya evitado el logro de un acuerdo de negociación colectiva; sin embargo manifestó su total rechazo a dicha situación, señalando que debe ser la comisión sindical quién tenga que informar a sus afiliados los planteamientos de la empresa, como puede verse seguidamente:

“El tribunal considera que si bien la empresa no debió publicar dicha información, ya que ello configura una conducta antisindical rechazada, se debe mantener la negociación colectiva en los canales propios del procedimiento legal, debiendo ser la comisión negociadora quien efectivamente informe a sus representados en las ofertas y planteamientos hechos por la empresa. Ahora, tal hecho, por sí solo no genera certeza de que tenga como efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo entre las partes, pues la conducta de la empresa más allá de los antes anotado, buscaba un efecto contrario al entorpecimiento o dilación de un acuerdo”.

i.2) Ascenso y facilidades de estudios bajo condición de renuncia al sindicato: Queda claramente establecido que cualquier ascenso y facilidades de estudios que se realice como previo requisito a la renuncia del sindicato constituye una práctica sindical que afecta el derecho de libertad sindical. Sin embargo, el solo hecho que el sindicato alegue dicha práctica con la presentación de las cartas de renuncia no demuestra que la empresa esté incurriendo en dicha conducta, tal como lo señala el tribunal arbitral a cargo de un proceso del sector industrial:

“(...) no se ha demostrado que la renuncia de los ocho trabajadores ni las facilidades brindadas para estudiar hayan sido producto de un acto de injerencia patronal orientadas a impedir la negociación colectiva. Así, no se ha probado que las renunciaciones hayan sido resultado de prácticas contrarias a la libertad sindical, pudiendo haber derivado del ejercicio de la libertad sindical individual negativa, lo cual correspondería en todo caso ser determinado por la jurisdicción ordinaria y por el presente Colegiado”.

Si bien en este supuesto no se logró acreditar dichos actos, consideramos que en caso se hubiera comprobado que la empresa otorgó ascensos y facilidades de estudios bajo la condición que el trabajador sindicalizado se desafilie, podríamos afirmar que sí se hubiera declarado la existencia de un acto de mala fe dentro del proceso de negociación colectiva.

j. Discriminar entre trabajadores con el fin exclusivo de incentivar o desestimular la afiliación o desafiliación sindical (Inciso “I” del artículo 1 de la R.M. 284-2011-TR)

La facultad de afiliarse o no a una agrupación sindical depende de cada trabajador, la misma que se encuentra circunscrita dentro de los alcances de la libertad sindical, y por ello cualquier acto discriminatorio que afecte a dicha libertad y a la negociación colectiva constituye un acto de mala fe. Sin embargo, esto no significa que cualquier diferenciación entre el colectivo de afiliados y no afiliados configure un acto de mala fe, toda vez que para ello necesariamente se requiere que dicha distinción afecte el interés de afiliarse o no a un sindicato.

j.1) Evaluación de desempeño: En el caso de una empresa del sector financiero su sindicato alegó actos de discriminación al manifestar que la empresa no realizó el proceso de evaluación al 100% de sus trabajadores afiliados, sino sólo al 60%. Al respecto, la empresa señaló que el proceso de evaluación sólo era de aplicación a puestos con objetivos y metas concretas y no a todo el personal (no aplicaba a los que se encontraban en entrenamiento).

Al respecto, el tribunal arbitral a cargo del proceso determinó que, si bien la falta de evaluación a todos los trabajadores sindicalizados podría considerarse como un acto discriminatorio en aquellos casos que no exista una clara justificación objetiva, el sindicato no ha logrado acreditar fehacientemente la conexión entre el acto de ser afiliado con la supuesta práctica discriminatoria, más aún porque aquellos trabajadores no evaluados fueron aquellos que se encontraban en entrenamiento. Así el tribunal arbitral, en la resolución de admisibilidad, concluyó en lo siguiente:

“El sindicato tras alegar el comportamiento discriminatorio, tiene la carga de probar lo que afirma, cuestión que no ha ocurrido en el presente caso. En consecuencia, siendo que la discriminación antisindical alegada no ha sido probada, el Tribunal por unanimidad, entiende que no se ha configurado un acto de mala fe”.

Cabe señalar que si bien la actual Constitución prohíbe cualquier acto de discriminación por razones de diversa índole, existen ciertos supuestos que sustentan cierta diferenciación en aquellos casos que se encuentran debidamente justificados por razones objetivas.

j.2) Concesión diferenciada de licencias y viáticos en dos empresas del mismo grupo empresarial: En este caso el sindicato de una empresa de energía alegó un trato discriminatorio en comparación con las mejores condiciones de licencias sindicales y viáticos durante la etapa de negociación que percibía otra empresa del mismo grupo empresarial, además que los funcionarios que integraban la comisión negociadora de ambas empresas eran los mismos. Sin embargo, el tribunal arbitral alegó que no había mala fe, en base al siguiente considerando:

“Al respecto, el tribunal arbitral deja constancia que ambos sindicatos tienen como precedentes, convenios colectivos distintos, los cuales hacen que en la actualidad para el caso de la otra empresa se cuente con permisos distintos que los existentes en esta

empresa. Por lo tanto, el tribunal considera conveniente declarar infundado este extremo del pedido del sindicato”.

j.3) Limitación de acceso a los dirigentes sindicales al correo electrónico o intranet: Este es el caso de una empresa del sector financiero donde los dirigentes sindicales con licencia permanente, al no haber tenido acceso a intranet desde su local sindical, no pudieron migrar sus correo a las nuevas cuentas bajo el sistema corporativo, habiendo imputado actos de mala fe por los cuales supuestamente habían sido afectados en la comunicación con sus afiliados.

En este caso, el tribunal arbitral consideró que si bien inicialmente la empresa no actuó con premura en la configuración del correo electrónico no se ha afectado la comunicación del sindicato con sus afiliados, más aún porque se acreditó que si bien no todos los trabajadores contaban con la nueva configuración, uno de sus miembros sí lo tenía instalado, además porque con anterioridad a la negociación colectiva el sindicato tampoco tenía acceso a intranet desde su sede sindical, razón por la cual nunca afectó la negociación colectiva. A continuación se muestra el extracto de la resolución de admisibilidad:

“(…) se ha podido constatar que efectivamente se configuró una demora –más no una negativa- en permitir que algunos dirigentes sindicales tengan acceso a la herramienta informática de intranet”.

Al respecto, en este caso también se tuvo en cuenta la explicación de la empresa al momento que señaló que, al ser una entidad bancaria, por cuestiones de seguridad propias de la institución no podría ser utilizada desde cualquier puesto que no se ubique en sus propias instalaciones, razones por la cual el tribunal arbitral consideró que este incidente no era un acto de mala fe desde el punto de vista del arbitraje potestativo.

En resumen, de las causales señaladas precedentemente, es necesario reiterar que no cualquier acto de mala fe o práctica antisindical califica como un supuesto de procedencia para un arbitraje potestativo, toda vez que para ello se requiere un nexo directo y causal que implique la afectación del proceso de negociación colectiva.

Por otro lado, si bien los casos planteados anteriormente se remiten al estudio de procesos de arbitrajes potestativos, y en algunos casos de la jurisprudencia comparada, a continuación mostramos un cuadro resumen de los criterios que vienen asumiendo los tribunales norteamericanos con respecto a las propuestas y contrapropuestas¹³¹:

¹³¹ Los criterios consignados en este cuadro es un resumen del tema referido a las propuestas y contrapropuestas que señala CABEZA PEREIRO, Jaime. Óp.Cit., p. 332.

Gráfico 7

ETAPA	CONDUCTA VINCULADA A LA OFERTA Y/O CONTRAOFERTA	INDICIO DE BUENA FE	MALA FE	NO EXISTE MALA FE
PROPUESTA	Realizar propuesta	X		
	Propuestas radicalmente inaceptables o irrazonables		X	
	Propuestas razonables.	X		
	Propuesta exorbitante en la primera negociación.			X
CONTRAPROPOSTA	Obligación de proponer una alternativa en caso de rechazo de la contraparte.		X	
	No existe obligación de realizar una propuesta a pesar de haber rechazado la anterior en aquellos casos que se evidencia que no será aceptada por más que la propuesta sea más beneficiosa.			X
	No realizar propuestas en tanto se considera que la anterior no ha sido debatida (cuando existe un rechazo de propuesta de la contraparte).			X
	Retirar una propuesta cuando la otra parte ya lo ha aceptado.		X	
RECHAZO DE LA PROPUESTA	Motivar el rechazo de una propuesta.	X		
	Oponerse a una propuesta sin explicaciones que sustenten su negativa.		X	
	Motivar el rechazo con alegaciones simples.		X	
	Retirar una propuesta cuando ha sido rechazada por la otra parte.	X		
	Retirar una propuesta sometida a un plazo.			X
RETRACTACIÓN	Retractarse de una propuesta cuando se conoce que la otra parte lo aceptará.		X	
EL ULTIMATUM	Señalar que se planteará una última propuesta.			X
	Proponer una última propuesta cuando previamente no se ha planteado otras propuestas o plantear una sola propuesta.		X	

Asimismo, teniendo en cuenta todos los criterios adoptados por los tribunales arbitrales nacionales, a continuación se encuentra un resumen de aquellos supuestos que han sido o no acogidos por los tribunales arbitrales como actos de mala fe, considerados desde la entrada en vigencia del RAP hasta la actualidad, el cual recoge los criterios previamente señalados por la casuística arbitral:

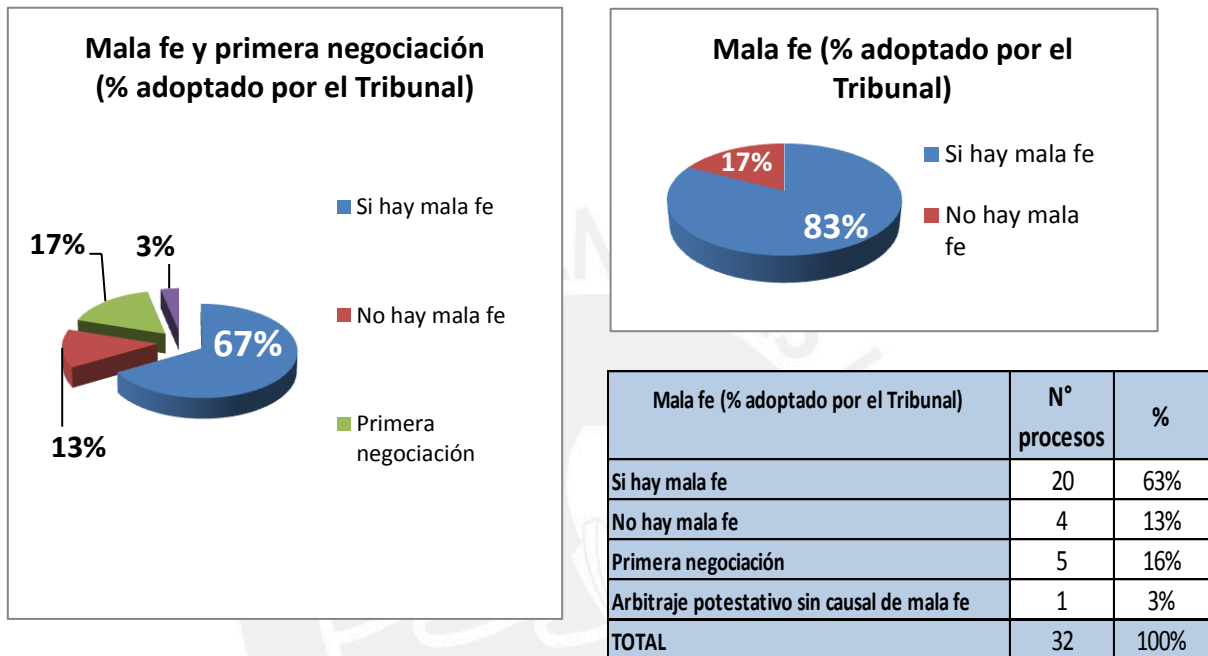
Gráfico 8

INCISO	DETALLE DEL ARTÍCULO 1 DE LA R.M. 284-2011-TR	SUPUESTO	ACOGIDO POR EL TRIBUNAL
INCISO A	Negativa del proyecto del convenio colectivo	Negativa a recibir pliego	Sí
		Negarse a recibir pliego de reclamos por rama de actividad	Sí
		Negativa a entregar información al sindicato	Sí
INCISO B	Información económica financiera	Suministro de información incompleta	Sí
		Suministro de información extemporáneo	Sí
		Suministro de información extemporáneo sujeto a auditoría	Sí
		Solicitud de información requerida antes de presentación de pliego y proporcionada por la empresa después de más de 01 mes de haberse iniciado la negociación colectiva	Sí
		Solicitud de información posterior a la comunicación del sindicato a la empresa de someterse a arbitraje	No
		Solicitud de información sin conceder a la empresa un plazo razonable para procesar la información.	No
		Inexistencia de acuerdo del tipo de información en caso de divergencia (información social)	No
INCISO C	Negarse a entregar la información acordada por las partes o precisada por la AAT	Información incompleta y extemporánea proporcionada a la Autoridad de Trabajo.	Sí
		Suministro de información incompleta por cotizar en la bolsa de valores	Sí
		Suministro de información dentro del plazo de absolución de observaciones	Sí
		Suministro de información extemporánea después de intención de someterse al arbitraje potestativo	No
INCISO D	No guardar reserva absoluta sobre la información recibida siempre que la misma no sea de carácter público	Si es que existe beneficio propio o perjuicio de la contraparte	Sí
INCISO E	Negarse a recibir a los trabajadores o a negociar en los plazos u oportunidades de ley	Haber convocado y no instalado la mesa de negociación	No
		No realizar convocatoria dentro del plazo de 10 días	Sí
		No se acredita inicio de negociación	Sí
		Impedimento del ingreso al asesor	Sí
		No asistir a las reuniones de conciliación y/o extraproceso	Sí
		Acuerdo de partes de iniciar negociación colectiva después del plazo de 10 días	Sí
		No haber convocado dentro del plazo de 10 días	Sí

INCISO	DETALLE DEL ARTÍCULO 1 DE LA R.M. 284-2011-TR	SUPUESTO	ACOGIDO POR EL TRIBUNAL
INCISO F	Ejercer presión para obtener el reemplazo de los integrantes de la representación de los trabajadores o del empleador	Empresa condiciona su participación siempre que un representante del sindicato sea sustituido	Sí
		El sindicato se niega a negociar con un ex representante sindical que actualmente representa a la empresa	No
		Miembro de la comisión negociadora no forma parte de la junta directiva	Sí
INCISO G	Ejercer fuerza física en las cosas, o física o moral en las personas, durante el procedimiento de negociación colectiva	Descuento remunerativo indebido	No
		No abonar la remuneración vacacional	No
		Amedrentar a un trabajador (no acreditado)	NO
		No brindar condiciones ergonómicas a un representante sindical	Sí
INCISO H	Los actos de hostilidad ejercidos contra los representantes de los trabajadores o los trabajadores afiliados al sindicato	Cambio temporal al puesto al secretario general sin acreditación de afectación de NC.	No
		Despido al Sub Secretario General	No
		Denegatoria de licencias sindicales.	No
		Pago extemporáneo de utilidades.	No
		Desconocimiento del derecho de una trabajadora a participar como parte de la comisión negociadora por carecer de la condición de dirigente sindical:	Sí
		Amenaza de despido	No
		a) Aplicación de sanciones disciplinarias;	No
		Modificación de horario de trabajo	No
		Otorgar ascensos, recategorizaciones	No
		Retención de pago de cuotas sindicales	Sí
		Reducción inmotivada de remuneración	Sí
INCISO I	El incumplimiento injustificado de las condiciones acordadas por las partes para facilitar la negociación	Suspensión unilateral de reuniones de NC;	Sí
		Denegatoria de licencias sindicales	Sí
		Lugar de las reuniones distinto al domicilio del centro de trabajo	Sí
		Cursar comunicación (de temas no relacionados a negociación colectiva) a una dirección distinta a la acordada.	No
		Suspensión de viáticos por ejercer medida de fuerza	Sí
INCISO J	Cualquier práctica arbitraria o abusiva con el objeto de dificultar, dilatar, entorpecer o hacer imposible la negociación colectiva	Abandono de mesa de negociación en trato directo	No
		Inexistencia de poderes para negociar	Sí
		No justificar suspensión de reuniones	Sí
		Impedimiento del ingreso al asesor.	Sí
		Denegatoria de licencias sindicales.	Sí
		Pago errado en boletas de sindicalizados; b) Entrega con retraso de boletas de pago;	No
		Terminar una etapa de la negociación colectiva	No
		No realizar propuesta	Sí
		Muchas reuniones sin acuerdos	No
		Firma de convenio colectivo condicionado al plazo de duración de 03 años:	Sí
			No
		Solicitar sustento de cada punto del pliego de reclamos	No
		Negarse a negociar el íntegro del proyecto de NC; y negociar parcialmente	No
		Propuesta de incremento irrisorio	No
		Incremento no proporcional al propuesto en anteriores negociaciones (similar irrisorio)	No
		Proponer cláusulas sustitutorias (3)	No
		Interposición de una acción de amparo y solicitud a la Autoridad Administrativa de Trabajo para que suspenda el trámite del arbitraje potestativo	Sí
		Desconocer notificación a la consulta efectuada a la Autoridad de Trabajo	Sí
		Optar por la huelga como medida de fuerza (mala fe del sindicato)	No
		Filmación de la reunión de instalación	Sí
Impugnación de un acto administrativo que dispone negociar colectivamente	Sí		
Incremento menor en comparación a la anterior negociación	Sí		
Comprometerse a presentar una nueva propuesta y luego no hacerlo	Sí		
Intermediación prohibida	No		
Realizar propuestas sin intención de llegar a un acuerdo	Sí		
No aceptar el derecho de la empresa de presentar propuesta (mala fe del sindicato)	No		
INCISO K	Actos de injerencia sindical	Publicación de propuestas económicas realizadas por la empresa	No
		Solicitar información de los temas tratados en una asamblea general del sindicato	Sí
		Conflicto intrasindical consignado en comunicación	Sí
INCISO L	Discriminación	Ascenso y facilidades de estudios bajo condición de renuncia al sindicato	No
		Otorgamiento diferenciado de licencias y viáticos en 2 empresas del mismo Grupo Empresarial	No
		Acceso al proceso regular de calificación de méritos	Sí
		Discriminación en el sistema de evaluación	No
		Limitación de acceso a los dirigentes sindicales al correo electrónico e intranet	No

Adicionalmente, es necesario analizar las tendencias adoptadas por los árbitros en la determinación si hubo o no mala fe. Ante ello, de los gráficos mostrados a continuación se demuestra que en más de 60% de los arbitrajes potestativos se declaró la mala fe; porcentaje que es mayor si excluimos los casos donde hubo primera negociación, teniendo un 83% de todos los casos analizados con mala fe:

Gráfico 9



Por otro lado, de las causales imputadas por las partes, en su mayoría por los sindicatos, se aprecia que éstas suelen imputar a su contraparte muchos hechos de forma indiscriminada con el único objetivo de someterse a un arbitraje potestativo; sin embargo del análisis realizado del porcentaje de las causales acogidas por los tribunales arbitrales se observa que solo un número reducido de imputaciones son consideradas como actos de mala fe, tal como se muestra a continuación en un cuadro que refleja por sectores la cantidad de causales imputadas, y aquellas acogidas por los tribunales arbitrales:

Gráfico 10

SECTOR	AÑO (PLIEGO DE RECLAMOS)	CAUSALES DE MALA FE		
		Propuesto por las partes	Acogido por el tribunal arbitral	% acogido por el tribunal arbitral
Sector financiero	2013	10	3	30.0
Sector gas	2012	8	5	62.5
Sector financiero	2012	8	2	25.0
Sector aeroportuario	2013-2014	8	2	25.0
Sector hidrocarburos	2012	6	3	50.0
Sector minero	2011-2012	6	1	16.7
Sector textil	2010-2011	6	2	33.3
Sector minero	2012	6	2	33.3
Sector minero	2013	6	0	0.0
Sector exploración (hidrocarburos)	2011	5	3	60.0
Sector industrial	2012	5	0	0.0
Sector salud	2012-2013	5	4	80.0
Sector telecomunicaciones	2010-2011	4	2	50.0
Sector telecomunicaciones	2012	3	2	66.7
Sector minero	2012	3	3	100.0
Sector industrial	2011	3	0	0.0
Sector alimentos	2012-2013	3	0	0.0
Sector eléctrico	2011	2	1	50.0
Sector naviero	2012-2013	2	2	100.0
Asociación	2012-2013	2	0	0.0
Sectro de telecomunicaciones	2010-2011	2	2	100.0
PROMEDIO		5	1,85	37%

Del cuadro mostrado podemos observar que de las causales de mala fe manifestadas en los casos analizados las partes oscilan entre 2 y 10 imputaciones, pero que los tribunales arbitrales en algunos casos no acogen ninguna, o como máximo 5 en promedio. Asimismo, del promedio de imputaciones que ascienden a 5, es decir ni la mitad de la causales de mala fe alegadas (37% de imputaciones) son acogidas por los tribunales arbitrales, lo cual demuestra la forma estratégica que quizás los sindicatos puedan estar ejerciendo al momento de imputar los actos de mala fe.

3.2.3. Contenido de los laudos

3.2.3.1. Conceptos contemplados en las propuestas planteadas por las partes

Si bien las materias comprendidas dentro del marco de una negociación colectiva depende del acuerdo mutuo de ambas partes, en un proceso heterónomo dicha situación es diferente, en tanto que en el arbitraje potestativo no existe libertad para acordar el contenido del laudo arbitral, siendo los árbitros los únicos quienes deben optar por una de las dos propuestas planteadas por las partes.

De esa forma, y, considerando que el tribunal arbitral tiene que acoger una de las dos propuestas planteadas por las partes, es necesario conocer cuáles son los principales conceptos que vienen siendo considerados *-en forma de propuesta de convenio colectivo-* tanto por las empresas como por los sindicatos dentro del proceso de arbitraje potestativo,

el cual nos permitirá saber cuáles son las estrategias e intereses que pretenden estos actores dentro de los alcances de un arbitraje potestativo. Así, los conceptos los clasificaremos de acuerdo a la LRCT en cláusulas normativas, obligacionales y delimitadoras, según corresponda a las propuestas de las empresas o de los sindicatos:

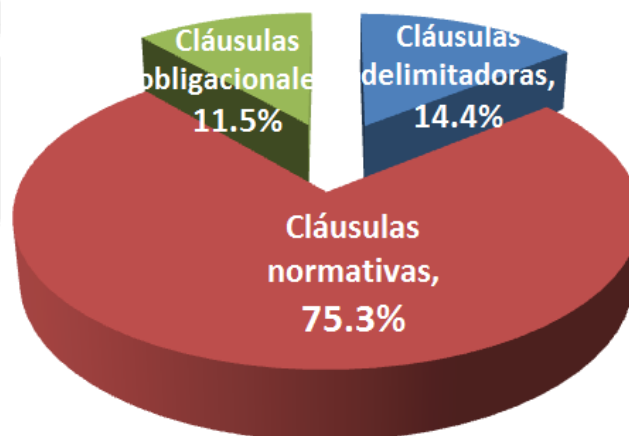
a. Por los sindicatos

Partiendo de la premisa que los conceptos consignados en las propuestas planteadas por los sindicatos dentro de un proceso arbitral son el reflejo de la voluntad de todos, o al menos la mayoría de afiliados de las organizaciones sindicales, la propuesta planteada intentará buscar las mejores condiciones que refleje dicha satisfacción final.

De esta forma, los sindicatos adicionalmente al interés de mantener sus beneficios pasados y mejorar sus convenios anteriores concentran sus propuestas en temas prioritarios que de forma individual y generalizada impacte en cada uno de sus afiliados.

En las propuestas –*que hemos analizado*– planteadas por los sindicatos se advierte que el 75% de cláusulas contempladas corresponde a las normativas. Luego, un 11% son cláusulas obligacionales y sólo el resto (14%) son delimitadoras, cuyos indicadores demuestra que el principal interés de los sindicatos se encuentra focalizado en temas económicos de incorporación automática a los contratos de trabajo de cada uno de sus afiliados.

Gráfico 11



A continuación se muestra el detalle de los conceptos solicitados por los sindicatos, según al sector que pertenecen:

Gráfico 11

CONCEPTO SOLICITADOS POR LOS SINDICATO	Gas	Hydrocarburos	Aeroportuario	Industrial	Industrial	Telecomunicación	Financiero	Electricidad	Electricidad	Exploración de hidrocarburos	Transporte	Textil	Minera	Naviero	Industrial	Alimentos	Textil	Industrial	Minera	Comunicaciones	Telecomunicaciones	Aeroportuario	Minera	
Vigencia y duración	1	1	1		1	1								1			1					1	1	1
Ámbito de aplicación	1	1			1					1		1		1								1	1	
Cierre de Pacto	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1		1	1	1	1	1	1
Incremento de remuneraciones	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1			1	1	1			1	1	1	1	1	1	1
Bonificación por escolaridad	1	1		1	1	1	1			1	1		1	1		1	1	1				1		
Movilidad	1			1	1	1	1					1				1	1	1			1	1		
Retorno o asignación de vacaciones	1			1	1	1	1			1	1					1	1	1		1	1		1	
Alimentación						1	1				1				1	1	1					1		
Bonificación por quinquenio				1		1									1	1	1		1					
Carácter permanente e irrenunciabilidad		1			1	1						1					1					1		1
Asignación familiar				1							1		1				1	1						
Sobretasa o bonificación por sobretiempo, por trabajo nocturno o DSO	1		1	1								1				1							1	
Bonos: turno, destaque, por campo o riesgo de caja, textil.		1								1				1		1	1							
Asignación por fechas especiales(día mundial del agua contaminación, altura, subsuelo, día del trabajador)													1				1	1	1					
Aguinaldo navideño				1							1						1					1		
Licencias: por fallecimiento de familiar o temas médicos											1	1					1					1		
Asignación por fallecimiento				1							1													
Bono por productividad o incremento rem.variable										1										1				
Uniformes o casaca										1														1
Suministro de leche				1																				1
Contemplar bonos en boletas de pago										1														
Horas de capacitación dentro de la jornada										1														
Becas																	1							
Licencia sindical	1	1			1	1						1		1	1		1					1		
Mantenimiento o ayuda sindical	1	1		1		1				1				1										
Vitrinas sindicales					1	1																		1
Aniversario sindical				1																				
Incentivo económico por renuncia																								1
Descuento sindical																						1		
TOTAL	10	9	4	13	10	12	6	2	2	7	12	8	4	8	5	8	15	6	5	4	12	7	7	

a.1. Normativas

Del total de cláusulas normativas planteadas por los sindicatos podemos dividirlo en ineludibles, que son aquellas que siempre –o al menos en su gran mayoría- serán planteadas en las propuestas; y, aquellas que no son tan usuales.

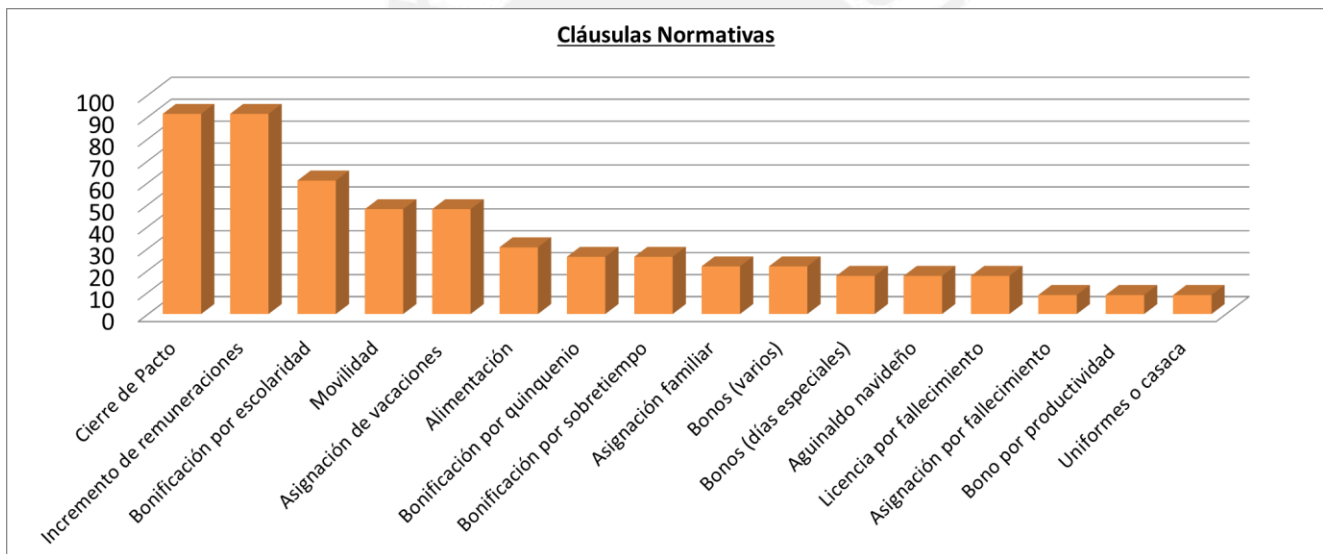
En lo concerniente a las ineludibles encontramos dos principales conceptos planteados por los sindicatos en sus propuestas arbitrales, las cuales son: i) el incremento de remuneraciones y, el ii) cierre de pacto; que si bien al ser un interés común de los sindicatos debería haberse consignado en el total de las propuestas planteadas, no obstante, sólo se plasmó en el 90%. Consideramos que ello se debe a explicaciones coyunturales: por ejemplo, con respecto a la propuesta que no incluía el incremento de remuneraciones planteada por uno de los sindicatos -del sector portuario- fue porque antes de solicitar un incremento intentaban regularizar primero sus comisiones de viaje, las cuales no se encontraban contempladas en las boletas de pago. Y, en cuanto al cierre de pacto, los sindicatos del sector minero e industrial que no plantearon este beneficio se debió a que ellos prefirieron concentrarse solo en el aumento de sus remuneraciones.

Los siguientes cinco beneficios más usuales planteados en las propuestas sindicales por los sindicatos, después del incremento de remuneraciones y cierre de pacto, son: i) bonificación por escolaridad; ii) movilidad; iii) asignación o retorno de vacaciones; iv) alimentación; y v) bonificación por quinquenio.

Y, por último, los demás beneficios que en las propuestas sindicales son los menos contemplados, pero no por ello menos importantes, son las cláusulas que se encuentran condicionadas a determinada situación, o que se requiere cumplir cierto requisito para su percepción, tales como la asignación familiar, bonificaciones por sobretiempo, bonos, asignaciones por fechas especiales, aguinaldo navideño, licencias, ayudas por fallecimiento, entre otros.

En suma, de aquellas cláusulas “ineludibles” y “usuales” es posible observar especial interés de los sindicatos en la inclusión de temas económicos que permitan el incremento de sus ingresos, conforme se muestra a continuación:

Gráfico 11-a



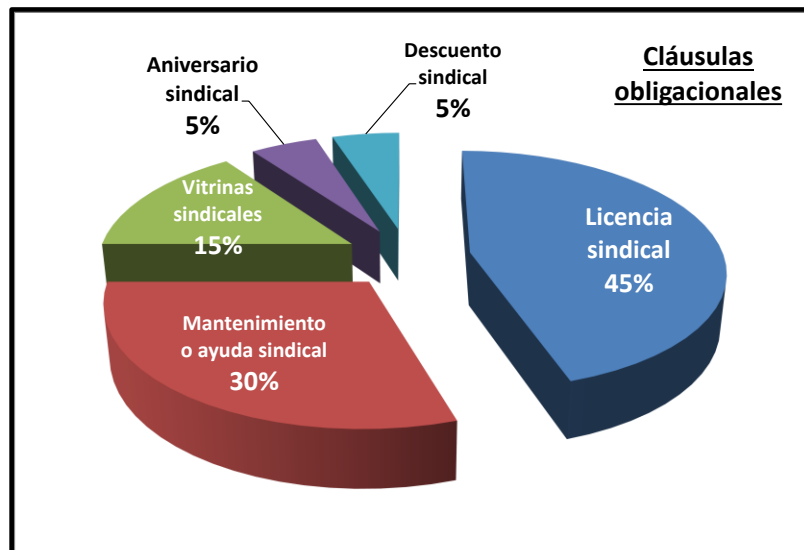
a.2. Obligatorias

A diferencia de las cláusulas normativas, la naturaleza de las obligatorias no comprende a todos los trabajadores sino sólo a la organización que los representa durante el proceso de negociación colectiva, es decir, al sindicato.

Por su parte, esto significa que si bien el principal interés que tienen los trabajadores es incrementar sus ingresos remunerativos, los sindicatos también suelen incluir en sus propuestas conceptos que repercuten en beneficio de las organizaciones sindicales. Del total de propuestas sindicales analizadas se advierte que sólo un 11.3% tenían contemplada esta modalidad de cláusula, y estaban divididas básicamente en las siguientes: i) licencia sindical; ii) mantenimiento o ayuda sindical; iii) vitrinas sindicales y; iv) aniversario sindical.

A continuación se muestra un gráfico del detalle de las cláusulas obligacionales que fueron propuestas:

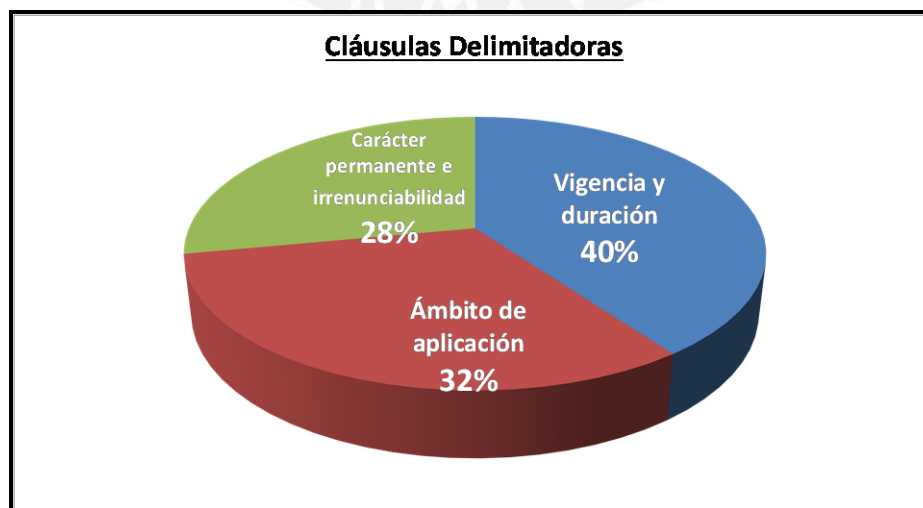
Gráfico 11-b



a.3. Delimitadoras

El último grupo de las cláusulas planteadas por los sindicatos son las delimitadoras, que si bien debería haber estado plasmada en todas las propuestas o, al menos, en la mayoría de ellas, se aprecia que del universo de casos analizados sólo el 8.7% contienen este tipo de cláusulas. Y, del 8.7% del total de las cláusulas, sólo el 65% tienen las cláusulas sobre: i) el ámbito de aplicación, ii) la vigencia del convenio colectivo, y; iii) carácter de permanencia; y el 35% de propuestas sindicales no las contiene.

Gráfico 11-c



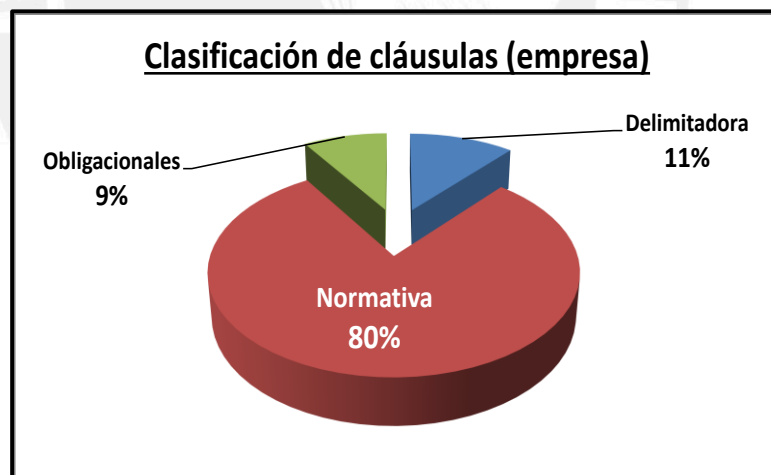
Una cláusula que usualmente es propuesta por los sindicatos es la cláusula de permanencia, cuya consignación es de vital importancia para el desarrollo de sus posteriores negociaciones, ya que ellos necesitan conocer cuáles son los beneficios que mantienen vigentes y en base a ello poder negociar. Al respecto, cabe indicar que este tipo de propuestas usualmente se presenta cuando de la lectura de la cláusula no se desprende con claridad su naturaleza (permanente o temporal), a fin que los nuevos beneficios no se vean mermados con el pronunciamiento de los árbitros dentro del proceso arbitral.

Por otro lado, si bien todos los sindicatos deberían consignar este tipo de cláusula en sus propuestas, conforme se puede apreciar de los indicadores, existen muchos que no lo suelen hacer, y ello se debería principalmente a las siguientes explicaciones: a) un interés en concentrarse en las cláusulas normativas y obligaciones que tienen impacto directo en los afiliados y los sindicatos; b) presentar propuestas lo más simple posibles que puedan tener aceptación en los árbitros ; y, c) dar por tácito y no controvertidos los temas referidos a los alcances del proceso arbitral.

b. Por las empresas

Al igual que hemos clasificado las cláusulas planteadas por los sindicatos, a continuación se muestra un gráfico que contempla las cláusulas propuestas por las empresas, disgregadas en normativas, delimitadoras y obligacionales:

Gráfico 12



Del gráfico mostrado podemos apreciar que los porcentajes de distribución de las cláusulas contenidas en las propuestas planteadas por las empresas son similares a las realizadas por los sindicatos, lo cual significa que las primeras (con el objeto que sus propuestas también sean acogidas por los tribunales arbitrales) consignan beneficios que reflejan un mayor incremento de ingresos para los afiliados al sindicato.

Por otro lado, al igual que las cláusulas propuestas por los sindicatos, los beneficios ineludibles que las empresas han considerado en sus proyectos son las referidas al incremento remunerativo y cierre de pacto, que al recaer en los ingresos de los

trabajadores tienen un impacto más directo en el interés de los sindicatos. Ello responde, naturalmente, a una respuesta de los temas que más importan a los sindicatos y suelen ser los dos temas que usualmente definen una negociación.

De esa forma, y con respecto al incremento remunerativo se debe señalar un rasgo característico que tienen de muchas empresas al momento de proponer un ajuste salarial, y nos referimos al factor "porcentual" (%) -diferente al factor fijo (S/.)- para generar dicho incremento. Es decir, las empresas generalmente suele referirse a un porcentaje de incremento, a diferencia de los sindicatos cuyo factor utilizado es frecuentemente el fijo, como por ejemplo cuando solicitan un incremento uniforme para todos.

Con respecto a la duración del convenio, si bien legalmente la LRCT establece que a falta de acuerdo en el plazo del convenio colectivo es por 01 año, cabe indicar que por parte de las empresas, usualmente, éstas se encuentran interesadas en negociar por un plazo mayor; sin embargo al encontrarse dentro de un proceso arbitral tienen la imposibilidad material de proponer como plazo uno mayor al previamente establecido. Es por ello que, de la revisión de los casos arbitrales *-en su mayoría-* tanto las empresas como los sindicatos, han propuesto el plazo de vigencia de un año; y aquellos que no han consignado ningún plazo, los tribunales arbitrales también lo han consignado un año.

Por su lado, y si realizamos un comparativo del promedio propuesto por las empresas por concepto de cierre de pacto apreciamos que este asciende a la suma de S/. 900.00, cantidad que es mucho menor a la pretendida por los sindicatos, cuyos montos son aproximadamente, cuatro veces mayor, de S/. 3,300.00.

A continuación se muestra el detalle de los conceptos solicitados por las empresas, según el sector al que pertenecen:

Gráfico 12

CONCEPTO	Gas	Hidrocarburos	Aeroportuario	Industrial	Telecomunicaciones	Financiero	Eléctrica	Eléctrica	Exploración de	Transporte	Textil	Minera	Naviero	Industrial	Alimentos	Textil	Industrial	Minera	Comunicaciones	Telecomunicaciones	Aeroportuario	Minera		
Vigencia y duración	1	1	1	1	1	1			1			1	1			1					1	1		
Ámbito de aplicación	1	1	1	1		1			1	1			1			1						1	1	
Paz laboral o cierre y/o puntos no acordados				1																			1	
Incremento remunerativo	1	1	1	1	1	1	1	1	1			1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Cierre de Pacto	1	1	1	1	1	1	1	1						1		1		1	1	1	1	1	1	1
Escolaridad	1	1		1	1	1			1			1		1			1	1	1	1		1	1	
Obligaciones legales (asignación familiar, vida ley,	1	1		1		1				1	1						1	1	1	1		1		
Bonificaciones: por turno, trabajador responsable,	1	1			1	1						1		1		1	1	1	1			1		
Movilidad				1	1	1							1			1		1	1					
Bonificación, indemnización o seguro por fallecimiento	1			1		1			1			1				1	1							
Licencias: por fallecimiento o cumpleaños o mudanza	1			1	1					1	1					1						1		
Alimentación	1					1									1		1	1	1					
Uniforme o casaca	1	1			1					1							1						1	
Aguinaldo navideño	1			1	1												1					1		
Retorno de vacaciones o préstamo por vacaciones	1				1													1	1	1		1		
Quinquenio o por tiempo de servicio									1				1				1	1	1					
Condiciones de Seg. Salud en el Trabajo:	1			1							1						1	1	1			1		
Reintegro y/o copia del C.C.	1								1			1												
Asistencia médica o descanso médico									1								1					1		
Evaluación de desempeño o por productividad		1																		1	1			
Capacitación: Becas de estudio o programas de	1			1													1							
Estudio de categorización o clasificación profesional	1			1																				
Deudas o jubilación		1														1								
Salud: Programa EPS, seguro oncológico	1												1											
Organizativos: criterios para cambio de nivel salarial o	1	1																						
Bienestar: Campeonato de fútbol o jornada de	1	1																						
Permanencia de beneficios										1														
Licencias o facilidades sindicales		1	1	1	1				1					1			1					1		
Apoyo al sindicato	1				1	1			1															
Carteleras sindicales	1			1																				
Comisión paritaria de asuntos sindicales	1																							
Talleres sindicales	1																							
Aniversario sindical	1																							
TOTAL	26	13	5	16	12	11	2	2	10	6	3	6	6	5	5	16	7	8	3	12	6	3		

Usualmente, a diferencia de las propuestas planteadas por el sindicato, las empresas incluyen algunas cláusulas referidas a temas de seguridad y salud en el trabajo, e inclusive cláusulas legales que aún cuando no estuvieran incluidas en un acuerdo colectivo o un laudo arbitral deberían estar obligadas a concederlos.

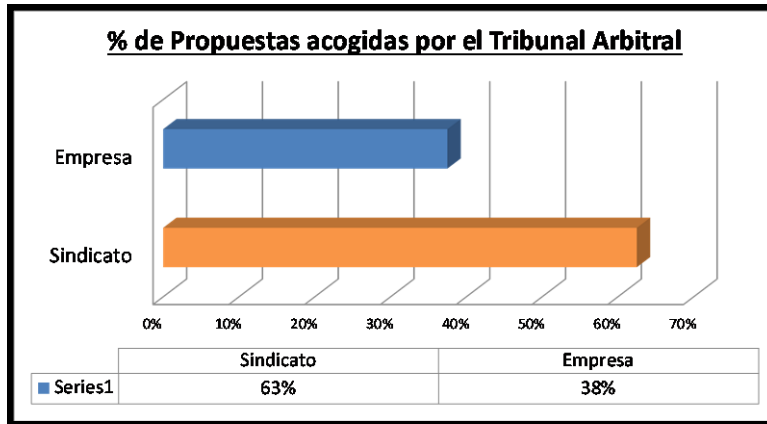
Por su parte, si bien mayormente el objeto de un acuerdo colectivo es mejorar las condiciones económicas y laborales de los trabajadores, se ha presentado el caso de una empresa contratista del sector telecomunicaciones que entre algunos de los beneficios de concesión consignó, en vez de un incremento, una reducción de remuneraciones, argumento que no fue considerado por el tribunal, descartándose dicha propuesta.

3.2.3.2. Criterios de los tribunales arbitrales

Teniendo en cuenta que los tribunales arbitrales que emiten los laudos en este tipo de procesos son indistintos, queda claro que los criterios que adoptan dependerán de cada una de las posiciones que los árbitros consideren pertinente en dicho momento. Esto quiere decir que no existe un criterio uniforme para la absolución de estos casos. Sin embargo, del análisis de todos los laudos que hemos tenido acceso se desprende que, de las propuestas planteadas por los sindicatos, más del 60% fueron acogidas por los

tribunales arbitrales, y sólo un 38% de las empresas, tal como se desprende de la gráfica mostrada a continuación:

Gráfico 13



Esto significa que las propuestas más acogidas en los procesos arbitrales son de los sindicatos; sin embargo, considerando que sus propuestas planteadas en algunos casos son excesivas, los tribunales arbitrales han realizado atenuaciones extremas, que inclusive dichas cantidades se encuentran muy cercanas a las contenidas en las propuestas de las empresas. Por citar un ejemplo, a continuación mostramos un gráfico que refleja algunas de las propuestas del sindicato que fueron acogidas por los tribunales arbitrales, pero cuyos montos consignados en el laudo se encontraban muy alejados de los que ellos planteaban.

Gráfico 14

SECTOR	PROPUESTA ACOGIDA	CIERRE DE PACTO			
		PROPUESTA REALIZADA POR EL SINDICATO	PROPUESTA REALIZADA POR LA EMPRESA	LAUDO	LAUDO MÁS FAVORABLE A LA EMPRESA
Hidrocarburos	Sindicato	S/. 8,000.00	S/. 3,000.00	S/. 4,500.00	Sí
Aeroportuario	Sindicato	S/. 639.40	S/. 100.00	S/. 180.00	Sí
Industrial	Sindicato	S/. 1,250.00	S/. 250.00	S/. 400.00	Sí
Textil	Sindicato	S/. 1,000.00	S/. 0.00	S/. 430.00	Sí

De otro lado, usualmente los tribunales arbitrales no se inclinan por aquellas propuestas que incluyen beneficios legales a los cuales las empresas se encuentran obligadas, y que sin necesidad de convenio colectivo deberían otorgar a sus trabajadores. Tal como se presentó en un caso del sector industrial, en la cual la empresa propuso como propuesta arbitral, entre otros beneficios y condiciones: a) registro de hora de ingreso y salida; b) cumplimiento de la ley de seguridad y salud en el trabajo, y c) anulación de despidos arbitrarios, a través de la cual se comprometía que en caso de despido de un trabajador lo realizaría respetando las normas de la legislación laboral.

Por su parte, y con respecto a la determinación del monto a otorgar en cada uno de los beneficios, usualmente los tribunales arbitrales no suelen motivar ni justificar el otorgamiento de las cantidades consignadas en dichos beneficios de manera específica, donde solo realizan consideraciones globales sobre la propuesta escogida y los montos asignados a los beneficios pactados, con excepción de algunos supuestos, como por

ejemplo el caso de una empresa energía en donde se indicó que el incremento “(...) ascendía a la suma de S/. 75.00, monto obtenido luego de establecer el promedio de las remuneraciones de los trabajadores conforme a la escala salarial y aplicar el IPC del año 2011, adicionándole un 2.76%”.

3.2.4. Criterios de atenuación arbitral

La LRCT y el RLRCT¹³² establecen que el tribunal arbitral deberá recoger de forma integral la propuesta final de alguna de las partes sin que pueda establecerse una solución distinta ni combinar los planteamientos de una y otra. Esto significa que, por regla general, sólo se podrá acoger la propuesta del sindicato o de la empresa, no pudiendo generar una tercera propuesta distinta a aquella planteada por las partes o una propuesta que contemple una mixtura de ambas.

Sin embargo, en virtud del principio de equidad, cuando el tribunal arbitral determina que existen aspectos extremos en la propuesta suelen atenuarla, precisando la modificación y las razones que los han llevado a adoptar dicha situación. De esa forma, podríamos sostener que la atenuación es una forma excepcional de mitigar los excesivos o reducidos beneficios planteados por las partes. Así, si bien el laudo no puede establecer una solución diferente a las propuestas planteadas por las partes ni realizar combinaciones entre ellas, sí puede atenuarlas, por razones de equidad.

Pero, ¿qué entendemos por equidad?. Al respecto, Trazegnies¹³³ señala que la “*equidad no es sino una forma de realizar la justicia (...). Por consiguiente, justicia y equidad (...) no son términos opuestos sino que la justicia involucra a la equidad dentro de ciertas circunstancias: la equidad es un momento en la dialéctica de búsqueda de la justicia*”. Sin embargo como la justicia no es el conocimiento absoluto, es necesario tener ciertos parámetros objetivos que no generen una propuesta alejada de la verdadera intención de las partes; y para ello, “*la voluntad tiene que ser investigada y seguida por el árbitro; no puede ser forzada ni desnaturalizada*”¹³⁴.

De esa forma, si como resultado del leal saber y entender se busca la equidad, el tribunal arbitral tiene que ser muy cuidadoso al momento de resolver un conflicto de interés, toda vez que si bien tiene aspectos jurídicos, los cuales pueden ser más objetivos, existen los económicos en donde existe cierta subjetividad al momento de laudar, y que tienen que tener en cuenta con el objeto que el laudo no se convierta en un documento sujeto a impugnación y cuente con el mayor nivel de aceptación posible. Para ello es necesario

¹³² D.S. N° 010-2003-TR.- Artículo 65.- “(...) El laudo recogerá en su integridad la propuesta final de un de las partes. Sin embargo, por su naturaleza de fallo de equidad, podrá atenuar posiciones extremas”. D.S. N° 011-92-TR.- Artículo 57.- “(...) El laudo del árbitro o del tribunal arbitral en su caso, deberán recoger en su integridad la propuesta final de una de las partes, no pudiendo establecer una solución distinta de la propuestas por las partes ni combinar los planteamientos de una y otra. Empero, cuando por razones de equidad se hubiere estimado necesario atenuar algún aspecto de la propuesta elegida, por considerarlo extremo, en concordancia con el artículo 65° de la Ley, el árbitro o el tribunal deberá precisar en el laudo en qué consiste la modificación o modificaciones y las razones que se ha tenido para adoptarla”.

¹³³ DE TRAZEGNIES, Fernando. “Arbitraje de derecho y arbitraje de consciencia”. En: IUS ET VERITAS. No. 12. Lima. Asociación Civil IUS ET VERITAS, 1996, p. 116.

¹³⁴ *Ibidem*.

que cada vez que el tribunal arbitral recoja una propuesta y realice atenuaciones se sustente y se indique los motivos que ha conllevado a acoger dicha propuesta, y por ende a realizar dicha atenuación.

Que esta forma, el tribunal arbitral se encuentra facultado para realizar atenuaciones, las cuales pueden ser integrales o parciales. La atenuación integral es aquella en la cual el tribunal ha tenido que modificar todos los beneficios contemplados en la propuesta. Y, la atenuación parcial se produce solo cuando se varía algunos beneficios. Sin embargo, si bien la atenuación es una excepción a la regla, de todos los casos analizados se desprende que la mayoría de propuestas han sido atenuadas, por lo que podemos manifestar que un elemento que tuvo su origen en una excepción, ahora se ha convertido en la regla general.

Para confirmar lo manifestado, hemos considerado los dos beneficios más típicos (incremento de remuneración y cierre de pacto) de las propuestas acogidas por los tribunales arbitrales, y hemos realizado el gráfico mostrado a continuación, en donde se aprecia que casi el 85% (39 cláusulas) han sido atenuadas, y sólo en 06 casos no han realizado ninguna atenuación, tal como se muestra en el cuadro siguiente:

Gráfico 15

SECTOR	PROPUESTA ACOGIDA	CIERRE DE PACTO	INCREMENTO DE REMUNERACIÓN
		¿Hubo atenuación?	¿Hubo atenuación?
Gas	Empresa	Sí	Sí
Hidrocarburos	Sindicato	Sí	Sí
Aeroportuario	Sindicato	Sí	Sí
Industrial	Sindicato	Sí	Sí
Industrial	Sindicato	Sí	Sí
Telecomunicaciones	Empresa	Sí	Sí
Financiero	Empresa	Sí	Sí
Eléctrico	Sindicato	No	No
Eléctrico	Sindicato	No	No
Exploración de hidrocarburos	Sindicato	Sí	Sí
Transporte	Empresa	No	*
Textil	Sindicato	Sí	Sí
Naviero	Sindicato	Sí	Sí
Industrial	Empresa	Sí	Sí
Textil	Empresa	Sí	Sí
Minero	Empresa	Sí	Sí
Comunicaciones	Sindicato	Sí	Sí
Minero	Sindicato	Sí	Sí
Telecomunicaciones	Sindicato	No	Sí
Aeroportuario	Empresa	Sí	Sí

*El sindicato no solicitó incremento de remuneración

Y, en aquellos casos que los tribunales arbitrales no realizaron ningún tipo de atenuación se debe a alguna situación en particular, como por ejemplo, con respecto a las dos primeras (eléctricas) se debe porque donde anteriormente ya se les había extendido algunos beneficios suscrito con otros representantes, y que eran muy similares a los

propuestos por el sindicato, por lo que la diferencia de los beneficios contemplados en el laudo y los previamente otorgados no impactaban en gran medida a la empresa.

De esa forma, si consideramos que más del 85% de las propuestas planteadas por las partes han sido atenuadas, es razonable que tanto los sindicatos como las empresas asuman que, de someterse a un proceso arbitral potestativo, la propuesta que propongan será atenuada; y es en esta circunstancia donde el rol que tienen que asumir los tribunales arbitrales al momento de plasmar una posición o emitir un criterio tenga que ser lo más razonable posible, porque de lo contrario dichas situaciones podría generar incertidumbre y cuestionamientos posteriores. Es por ello que la labor que tienen los tribunales arbitrales es muy importante, considerando que tiene que ser la más justa y equitativa posible, y en aquellos casos que se requiera realizar atenuaciones fundamentar sus razones que los conlleva a modificar las cantidades de los beneficios planteados en las propuestas de las partes.

Sin embargo, de los casos revisados se advierte que los tribunales arbitrales luego de detallar cada una de las propuestas planteadas por las partes sólo se limitan a consignar de manera generalizada las razones que justifican las atenuaciones, sin motivar la reducción o incremento en cada uno de los beneficios que se modifican. A continuación se muestra un ejemplo del sector financiero donde el tribunal arbitral sólo manifestó que la atenuación se debía a la situación económica de la empresa, sin realizar una justificación detallada de los beneficios otorgados en cada caso concreto:

“Por unanimidad acoger la propuesta presentada por la empresa, atenuándola parcialmente teniendo en cuenta su realidad económica, así como otros factores coadyuvantes que se desprenden del expediente administrativo, los documentos presentados por partes durante el proceso arbitral y la sustentación realizada por cada una de las partes. Los términos del laudo arbitral, y que dan solución al Pliego de Reclamos 2012, son los siguientes: (...)”.

Por su parte, así como los tribunales arbitrales tienen la labor de motivar sus atenuaciones, es necesario que las partes también realicen sus mejores esfuerzos para plantear una propuesta ajustada a la realidad de cada empresa y organización sindical, antecedentes de la negociación y cualquier otro factor que incline la decisión y la propuesta sea acogida, a fin que el laudo pueda emitirse de manera unánime, y no por mayoría, como se ha venido proyectando de los casos analizados, cuyo cuadro resumen se muestra a continuación:

Gráfico 16

DATOS GENERALES		
N°	SECTOR	POR UNANIMIDAD O MAYORÍA
1	Sector energético	Por mayoría
2	Sector hidrocarburos	Por unanimidad
3	Sector aeroportuario	Por unanimidad
4	Sector Industrial	Por unanimidad
5	Sector Industrial	Por mayoría
6	Sector de Comunicaciones	Por unanimidad
7	Sector bancario	Por unanimidad
8	Sector eléctrico	Por mayoría
9	Sector eléctrico	Por mayoría
10	Sector Petrolero	Por unanimidad
11	Transporte terrestre	Por mayoría
12	Sector Textil	Por unanimidad
13	Sector minero	Por mayoría
14	Sector Naviero	Por mayoría
15	Sector minero	Por mayoría
16	Sector Textil	Por unanimidad
17	Sector minero	Por mayoría
18	Sector de Comunicaciones	Por unanimidad
19	Sector aeroportuario	Por mayoría

3.2.4.1. Adopción de propuestas

Si bien todos los laudos deberían sustentar la justificación por la cual acogen una u otra posición, cabe indicar que algunos no lo establecen, y sólo se limitan a señalar cuál es la posición adoptada por el tribunal arbitral. Por ello, con el objeto de analizar aquellos criterios adoptados, a continuación revisaremos cuáles han sido las consideraciones que han tenido en cuenta para acoger la propuesta de los sindicatos o de las empresas:

a. Retraso en la negociación de los pliegos anteriores: Lo usual es que las negociaciones en curso sean las del periodo presente, sin embargo existen algunos casos cuyas negociaciones se encuentran desfasadas que arrastran periodos anteriores, factores que podría conllevar que algún tribunal arbitral se incline por una u otra posición con beneficios mayores a aquél que pudiera otorgarse si solo fuera de un determinado periodo, tal como lo señaló el tribunal arbitral en un caso del sector telecomunicaciones, conforme se muestra a continuación:

“(…) existe un retraso en la negociación de todos los pliegos presentados a partir del 2008, los que siguen a la fecha sin solución. Si a ello le sumamos que el anterior convenio colectivo data del periodo 2003-2007, y que en dicho periodo algunos trabajadores no tuvieron aumento (...) se aprecia que las remuneraciones reales de los trabajadores no han conseguido incrementar su capacidad adquisitiva desde hace algunos años”.

b. Reducción de beneficios de convenios anteriores: Las partes se encuentran en plena facultad de proponer los beneficios que mejor se ajusten a sus necesidades; sin embargo cuando la propuesta de alguna de las partes contiene beneficios reducidos con relación al que se encuentren gozando, o en comparación a convenios anteriores, es necesario que dichas reducciones sean acompañadas de la incorporación y/o incremento de otros beneficios, de lo contrario existe poca probabilidad que dicha propuesta sea acogida por el tribunal arbitral, tal como se señaló en el caso de empresa del sector de hidrocarburos:

”Si bien esta admitida la negociación in peius por acuerdo de partes, esta reducción debería estar acompañada del aumento de otros beneficios. Ya que sería ilógico que una parte acepte reducir un beneficio sin que exista una compensación a cambio. No obstante, la propuesta de la empresa no contiene cláusulas de compensación. (...). De modo que, no hay incorporación de nuevos beneficios que permitan deducir razonablemente que un acuerdo podría reducir”.

“Adicionalmente, el tribunal considera que la propuesta empresarial contiene reducciones de beneficios, respecto de convenios colectivos anteriores, que no aportan un equilibrio interno a la misma. Por ejemplo, en el convenio suscrito el 30 de noviembre de 2009, se admite un plan solidario que permite cubrir el fallecimiento de los padres del trabajador con S/. 10,000.00 nuevos soles. Sin embargo, la propuesta actual solo reconocer quince días de remuneraciones”.

c. Propuesta de la empresa contraviene la ley: Un supuesto por el cual una propuesta no suele ser acogida son aquellos en que evidentemente se propone requisitos incompatibles con los establecidos por ley. Por ejemplo, en el caso de una empresa del sector de telecomunicaciones, el tribunal sostuvo que: *“(...) cuando la propuesta empresarial condiciona a que el laudo sólo debe aplicarse a los afiliados a la federación a la fecha de emisión, estaría excluyendo sin razón objetiva a los trabajadores que eran afiliados a la fecha de presentación del pliego de reclamos”.* De esta forma, y un motivo por el cual se descartó la propuesta de la empresa fue porque incluía esta cláusula que contravenía la ley.

d. Información insuficiente: En algunos casos la posición del tribunal arbitral suele inclinarse por aquella propuesta que contiene todos los elementos necesarios para la determinación de su ejecución; es decir, si alguna de las partes plantea una situación de difícil aplicación ello genera que se adopte la posición contraria. Por citar un ejemplo, en una empresa del sector textil, se determinó que *“la propuesta final presentada por el sindicato debe ser desestimada, en tanto su pretensión de modificar el sistema remunerativo requiere de información de detalle, desarrollo técnico y proyección de su impacto económico, de la que se carece o no ha podido ser aportada en el proceso arbitral para ilustración del tribunal”.*

3.2.4.2. Atenuaciones generales

Si bien el artículo 24¹³⁵ de la actual Constitución concede al trabajador el derecho al acceso a una remuneración suficiente, en la legislación no existen criterios específicos para su determinación. Es por ello que, cuando se analiza alguno de los conceptos que

¹³⁵ Artículo 24 de la Constitución: *“El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual”.*

proponen las partes, debe tenerse en cuenta cuáles son los criterios que vienen utilizando los tribunales arbitrales al momento de realizar una atenuación.

En este caso juega un rol importante el término “equidad” y “razonabilidad”, en tanto el tribunal arbitral tendrá que disminuir o incrementar los beneficios de la propuesta adoptada, con el objetivo que dicha posición sea razonable con las expectativas generales que puedan esperar las partes. Es por ello que el RLRCT¹³⁶ establece que, en aquellos casos donde se implemente atenuaciones, debe precisarse en qué consiste la modificación y las razones que el tribunal arbitral ha tenido para adoptarla.

Si bien es una obligación de los tribunales arbitrales justificar las razones que genera la necesidad de atenuar cada uno de los beneficios planteados por las partes, en el análisis que se ha efectuado de los laudos arbitrales se aprecia que en muchos casos no justifican ni detallan las razones de la atenuación, lo cual inclusive podría derivarse en un acto de nulidad, por no motivar sus decisiones, que conlleva a una contravención del debido proceso.

Sin embargo, considerando que algunos tribunales arbitrales sí justifican las atenuaciones que implementan, a continuación veremos las razones que en su mayoría respaldan las decisiones adoptados por dichos tribunales. Para ello, los sustentos plasmados en los laudos arbitrales los hemos dividido en cinco grupos: i) antes del proceso de negociación colectiva; ii) dentro del proceso; iii) elementos económicos; iv) elementos no económicos; y, v) elementos laborales, los cuales también se resume en el siguiente cuadro:

¹³⁶ “Artículo 57.- (...) cuando por razones de equidad se hubiere estimado necesario atenuar algún aspecto de la propuesta elegida, por considerarlo extremo, en concordancia con el Artículo 65 de la Ley, el árbitro o el Tribunal deberá precisar en el laudo en que consiste la modificación o modificaciones y las razones que se ha tenido para adoptarla”.

Gráfico 17

CONCEPTO	Hidrocarburos	Gas	Industrial	Telecomunicaciones	Financiero	Exploración de hidrocarburos	Transporte	Eléctrico	Eléctrico	Textil	Minero	Naviero	Industrial	Textil	Minero	Telecomunicaciones	Industrial	Telecomunicaciones	% (del total de empresas)	
Información presentada dentro del proceso arbitral o valorización integral de la propuesta	1	1	1				1			1	1	1	1		1					55%
Sustentación oral	1	1	1				1			1	1				1	1		1		55%
Realidad y/o contexto económico de la empresa	1	1	1							1		1			1	1				40%
Factores coadyuvantes o antecedentes del Exp. Administrativo.	1	1	1		1					1		1								35%
Información económica financiera de la empresa o Dictámen económico laboral		1		1			1			1			1			1				35%
Utilidades de la empresa								1	1							1				15%
Antecedentes de anteriores negociaciones						1					1					1				15%
Retraso en la negociación de los pliegos anteriores						1										1				10%
Planillas electrónicas													1				1			10%
Reducción o ampliación de propuesta de negociación vs propuesta arbitral																1				5%
Líder en el mercado o rasgos monoólicos (sin competencia)																1				5%
Propuesta de la empresa contraviene LRCT																1				5%
Publicación periodística																1				5%
Declaración jurada de impuesto anual de renta			1																	5%
Estado de Ganancias y Pérdidas						1														5%
Impacto económica de la emisión del laudo																				5%
Reducción de beneficios						1														5%
Información insuficiente														1						5%
TOTAL	4	5	5	1	1	4	3	1	1	5	3	3	3	1	3	10	1	1		

a) Antes del proceso de negociación colectiva o arbitral

a.1. Convenios colectivos anteriores: Un referente que toman en consideración los tribunales arbitrales son los ajustes realizados por las partes en convenios colectivos anteriores. Por citar un ejemplo, en el caso de una empresa petrolera, el tribunal arbitral consideró que durante las negociaciones anteriores los incrementos remunerativos habían sido realizado en base a dos criterios: i) remuneración mensual; y, ii) remuneración en base hora. Sin embargo en la propuesta planteada por la empresa al haber sido sólo considerado la remuneración mensual y no la remuneración base hora, el tribunal arbitral adoptó la propuesta contraria porque no se consideró el criterio adoptado en las anteriores negociaciones, tal como se aprecia en la parte que destacamos del laudo arbitral:

“El tribunal arbitral considera que el laudo debe respetar los antecedentes de las negociaciones de las partes. En ese sentido, desde el año 2006 las partes suscribieron convenios colectivos donde los aumentos se calculaban con dos criterios: remuneración mensual y remuneración en base hora. De esta manera, el tribunal arbitral entiende que la propuesta de la empresa si bien es legal, no respeta los antecedentes de negociación”.

b) Dentro del proceso de negociación colectiva o arbitral

b.1. Información presentada dentro del proceso arbitral: Este apartado comprende toda aquella información que haya sido presentada por las partes, con el objeto que el tribunal arbitral pueda evaluar y valorizar de forma integral dicha información, tales como informes, propuestas, estudios, presentaciones, actas, lineamientos, acuerdos, entre otros, tal como se señala a continuación:

“El tribunal arbitral ha procedido a analizar y comparar las propuestas finales presentadas por las partes, llegando a la conclusión por unanimidad de acoger la propuesta del (...), teniendo en cuenta (...), y los documentos presentados por las partes durante el proceso arbitral”.

b.2. Sustentación oral: La sustentación oral, que también es una etapa del proceso arbitral, constituye un elemento que los tribunales arbitrales consideran de forma determinante al momento de inclinarse por una u otra posición. Esta sustentación oral puede ser realizada por los mismos representantes de las empresas o asesores que acompañan a las partes. A continuación mostramos un extracto del laudo de una empresa del sector financiero, en donde se resalta a la sustentación oral:

“El tribunal arbitral ha procedido a analizar u compulsar las propuestas finales presentadas por las partes (...) teniendo en cuenta la realidad económica de la empresa (...) y de la sustentación oral realizada por cada una de las partes”. (El subrayado es nuestro).

b.3. Reducción o ampliación de propuesta de negociación versus la propuesta arbitral: Otro de los factores por el cual el tribunal arbitral suele inclinarse por una u otra propuesta deviene en considerar la reducción o ampliación de beneficios que se hayan propuestos en la etapa de trato directo y aquella que se hubiera planteado en el proceso arbitral; además porque consideran que dichos gestos reflejan la voluntad de solucionar o no un conflicto de intereses, tal como seguidamente se muestra en el laudo de una empresa del sector petrolero:.

“(...) el tribunal considera que la propuesta arbitral contiene reducciones de beneficios, respecto de convenios colectivos anteriores, que no aportan un equilibrio interno a la misma”.

c) Elementos económicos externos al proceso de negociación

c.1. Realidad y/o contexto económico de la empresa: El contexto en el cual se encuentra una empresa es uno de los elementos que indudablemente debe estar presente en el análisis que todo tribunal arbitral debe considerar al momento de realizar algún tipo de atenuación, y nos referimos a los hechos y circunstancias que se hayan suscitado en un determinado periodo, tal como lo realizó un tribunal arbitral que resolvió el conflicto en una empresa del sector textil: *“Conforme a sus facultades el tribunal arbitral ha procedido a analizar y comparar las propuestas finales presentadas por las partes, llegando a la conclusión por unanimidad de acoger la propuesta del (...), atenuándola, teniendo en consideración la realidad económica de la empresa y el contexto económico (...)”.*

c.2. Informes económicos y/o financieros: Estos informes también denominados *Dictamen e Informe Económico – Laboral*¹³⁷ demuestra la situación económica real de una empresa, a través del cual los tribunales arbitrales atenuarán los conceptos de los beneficios y condiciones que se contemplan en el laudo arbitral, con el objeto de disminuir o incrementar un beneficio. Así, tenemos el laudo de una empresa del sector comunicaciones que indicó lo siguiente:

“(…) esta decisión ha sido adoptada considerando el análisis y conclusiones del dictamen económico-financiero y laboral N° (...), elaborado por la Dirección de Política y Normativa de la Dirección General del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, que obra en el expediente arbitral”.

Es importante tener en cuenta que dicho dictamen contienen el promedio de remuneraciones básicas de cada trabajador y de los beneficios y condiciones de trabajo, así como la utilidad anual obtenida por la empresa. Si bien estos elementos son referentes -poco discutibles- para conocer la situación económica de la empresa, cabe indicar que también pueden ser observados por cualquiera de las partes.

c.3. Índice de precios al consumidor (IPC): Otro de los factores que considera el tribunal arbitral para adoptar su decisión, y de hecho para atenuarlo, es evaluar la posición en función de los incrementos significativos comparados con los índices de precios al consumidor.

Si bien el IPC es uno de los principales factores que los tribunales arbitrales consideran al momento de determinar el incremento o reducción de un beneficio, usualmente agregan un porcentaje adicional al previsto por el IPC, tal como se realizó en el caso de una empresa del sector de exploración de hidrocarburos:

“La remuneración promedio de los trabajadores afiliados al sindicato es de S/. 2,925.00 nuevos soles. Ahora bien, el tribunal ha atenuado de S/. 240.00 a S/. 150.00, en la medida que esta última cifra supone un aumento de 5.13% de la remuneración promedio. Este porcentaje de aumento equivale al IPC de 2011 (4.78%) + 0.35% de aumento”.

c.4. Índice de Inflación: La inflación es otro de los elementos que los tribunales arbitrales también consideran al momento de atenuar ciertos beneficios, cuya consideración es importante debido a que su cálculo radica en los precios de los alimentos, transporte, combustibles y servicios públicos, los cuales impactan directamente en el valor de la canasta familiar, tal como se muestra a continuación en el caso de una empresa textil:

“En lo que respecta al aumento general de remuneraciones, el tribunal considera acertado usar la inflación acumulada a nivel nacional como criterio base para otorgar el incremento general”.

Así como el índice de inflación es uno de los factores que los tribunales arbitrales consideran para atenuar ciertos beneficios, también lo es para justificar el rechazo de las propuestas extremas, tal como se aprecia en el siguiente considerando contenido en un laudo recaído en una empresa del sector minero *“(…) el caso de aumento general de remuneraciones (...) representa en promedio un incremento de 100% de las*

¹³⁷ Estos informes son emitidos por la Oficina de Economía del Trabajo y Productividad del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en virtud del artículo 56° del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N° 010-2003-TR.

remuneraciones de los trabajadores afectados, porcentaje que además es 24 veces mayor a la inflación acumulada en el año 2011”.

c.5. Utilidades de la empresa: Otro de los factores que consideran los tribunales arbitrales al momento de tener que realizar una atenuación es verificar el margen de las utilidades que haya percibido la empresa en el último periodo, tal como se incluyó en el laudo de una empresa del sector eléctrico: *“(…) se puede ver de los documentos existentes en el expediente que en el año 2008, la empresa tuvo utilidades en una cuantía de S/. 29,794.731, con lo que el impacto económico de acoger los puntos faltantes en la propuesta del sindicato es bajo”.*

c.6. Estado de ganancias y pérdidas o declaración jurada de impuesto a la renta: En aquellos casos en las cuales las empresas no presentan la documentación económica-financiera que acredita su situación real, los tribunales arbitrales suelen considerar al estado de ganancias y pérdidas como un referente de su situación, tal como se muestra en el laudo de una empresa petrolera: *“(…) aunque no existe suficiente información económica financiera de la empresa se deduce del Estado de Ganancias y Pérdidas del año 2010 que la empresa no se encuentra en una situación económica negativa”.*

Seguidamente se muestra el extracto de un laudo de una empresa del sector industrial, en la que se incluye a las declaraciones juradas de impuesto a la renta como elementos de la atenuación: *“(…) para efectos de la decisión adoptada se ha tomado en cuenta la información económica, corroborada con las declaraciones del impuesto anual a la renta, correspondiente a los ejercicios 2010-2011”.*

d) Elementos no económicos externos al proceso de negociación

d.1. Comparación con empresas del sector: Un factor que también es usado por los tribunales arbitrales radica en los diversos niveles salariales que existen en el mercado, sobre la base de información presentada por las partes, conforme se muestra seguidamente en el laudo de una empresa textil: *“Estima que para determinar el incremento remunerativo, más allá del sustento de los ingresos que perciben los trabajadores como consecuencia de su derecho de estos (...) resulta necesario realizar (...) la comparación de las remuneraciones mensuales del sector (...)”.*

d.2. Publicación periodística: En el caso de un proceso arbitral del sector de telecomunicaciones se consideró como referente una publicación periodística realizada el mismo mes de la emisión del laudo, en la que se indicaba que estudios realizados por diversas consultoras señalaban que los aumentos superaban los promedios de inflación, tal como se muestra a continuación:

“(…) se puede apreciar de la información proporcionada por el sindicato y no objetada por la empresa, que diversos estudios, tales como el publicado por el Diario Gestión del 03 de octubre de 2013, así como el de las consultoras Haygroup, Aptitus y Deloitte, que los aumentos de sueldos y salarios en los últimos años, superan los promedios de inflación”.

e) Elementos laborales

e.1. Planillas electrónicas La planilla electrónica es un documento que contiene la información mínima y necesaria sobre los trabajadores, locadores, jubilados y otros. De esa forma, al contener la información personal de los trabajadores de una empresa, se convierte en una herramienta de utilidad al momento que los tribunales arbitrales tienen que atenuar determinados beneficios, tal como se estableció en el caso de una empresa del sector industrial:

“(...) Igualmente y para mejor resolver el tribunal arbitral solicitó a la empresa copia del libro de planilla correspondiente al mes de diciembre 2012”.

e.2. Reajuste no realizado en los últimos años: Usualmente, cuando se trata de trabajadores que no han sido sujeto de incrementos en los últimos años los tribunales arbitrales suelen tener en cuenta este detalle con la finalidad de realizar ajustes mayores a dicho colectivo. Lo expresado se estableció en el proceso arbitral de una empresa textil al considerar que *“se ha dispuesto un incremento dirigido a compensar el rezago de tales remuneraciones derivado del hecho que, en los últimos cinco años sus salarios y demás beneficios han sido reajustados en sólo dos oportunidades por la vía de la negociación colectiva”.*

e.3. Incremento sólo por desempeño y no general: En aquellas empresas que sólo se realiza un incremento anual por evaluación y no un incremento general los tribunales arbitrales suelen realizar atenuaciones, a fin que no exista diferencia sustancial entre la remuneración de los trabajadores que reciben incremento por evaluación y quienes no lo perciben. Por ejemplo, en un caso del sector aeroportuario la empresa carecía de una política salarial general a todos sus trabajadores y sólo otorgaba el incremento a aquellos que se encontraban bien evaluados. Es por ello que, en este caso, el tribunal optó por fijar un incremento mayor que aquel que hubieran podido otorgar, tal como se detalla a continuación:

“Se aprecia que la política de la empresa es fijar aumentos en función del desempeño de los trabajadores, habiendo trabajadores que no han recibido incremento de remuneraciones en los últimos años”.

3.2.4.3. Atenuaciones específicas

Seguidamente, explicaremos las atenuaciones específicas de los principales beneficios que suelen plasmarse en las propuestas arbitrales presentadas por las partes:

a. Incremento remunerativo: Teniendo en cuenta la variación del costo de vida, la inflación, la comparación de las remuneraciones mensuales del sector, así como el nivel de ingresos y rentabilidad de las empresas, los tribunales arbitrales suelen considerar el valor de la remuneración básica y su poder adquisitivo al momento de establecer un incremento remunerativo.

Por citar un ejemplo, en el caso de una empresa del sector aeroportuario para realizar el incremento de remuneración se consideraron los factores anteriormente señalados, tal como se señala a continuación: *“tasa de inflación, la situación económica financiera y los niveles salariales existentes en el mercado (...)”.*

Asimismo, en el caso de una empresa industrial los tribunales arbitrales consideraron al IPC como un factor de atenuación, conforme se señala a continuación: *“En lo que se*

refiere a la oferta de incremento remunerativo la cantidad propuesta por la empresa guarda relativa proporción con una serie de factores que debe tomarse en cuenta para cualquier reajuste remunerativo, en primer lugar, considerando como base de cálculo la remuneración promedio que perciben los trabajadores (...)”.

Si bien el incremento remunerativo es una cláusula típica que contienen los pliegos de reclamos convertidos en propuestas arbitrales, es común que aquella propuesta que no contenga dicho beneficio sea rechazada, tal como se estableció en un proceso arbitral del sector textil, al considerar que *“(...) la propuesta final presentada por la empresa (...) si bien constaba de siete puntos, no ofrecía aumento remunerativo alguno que lograra que los trabajadores recuperaran al menos la capacidad adquisitiva perdida por efecto de la inflación”*.

b. Cierre de Pacto: Este beneficio es el segundo más típico de los laudos arbitrales, después del incremento de remuneración. La naturaleza del cierre de pacto radica en aquellos casos que las partes resuelven su conflicto de negociación colectiva mediante una solución pacífica en trato directo; sin embargo los tribunales arbitrales suelen otorgar este beneficio porque si bien no se ha arribado a un acuerdo en trato directo, consideran que las partes han otorgado dicha facultad al tribunal arbitral, como alternativa a la huelga, por ende no se puede soslayar la potestad conferida, además que se otorgaría por única vez y no tiene naturaleza remunerativa.

Con respecto a este beneficio, algunos tribunales han considerado los montos otorgados por otras empresas del sector, más aún porque ello no implica obligaciones colaterales, en tanto que el artículo 19, inciso a) del Decreto Legislativo 650, Ley de Compensación de Tiempo de Servicios, establece que la bonificación por cierre de pliego no constituye remuneración, pudiendo otorgarse inclusive cantidades mayores a las previamente establecidas.

Sin embargo, en un caso del sector naviero, un árbitro emitió su voto singular en la que manifestó que, si bien este beneficio tiene por finalidad estimular las negociaciones en trato directo, en el caso del arbitraje potestativo se imputan actos de mala fe negocial, por lo que el otorgamiento de dicho beneficio no resulta ser razonable, tal como se puede apreciar a continuación:

“Esto resulta especialmente aplicable a un proceso en el que se acusa a la empresa de mala fe negocial para imponerle un arbitraje potestativo de cuestionable fundamento legal. Es razonable pensar que dentro de dicho concepto no es dable un premio por una negociación llevada a cabo con normalidad. Por los fundamentos expuestos mi opinión es contraria al otorgamiento de dicho beneficio”.

No obstante, de los demás casos analizados en todos los laudos se ha considerado el otorgamiento del cierre de pacto, teniendo como factores de atenuación -en su mayoría- los siguientes:

CIERRE DE PACTO
Si bien no se ha logrado por trato directo corresponde otorgarlo.
No tiene naturaleza remunerativa, no tiene efectos colaterales
Comparación con empresas del mercado
Se otorga por única vez

c. Transporte: Nos referimos a la movilidad como concepto no remunerativo y no la que califica como condición de trabajo. Este beneficio tiene por finalidad compensar económicamente el gasto en que incurre el trabajador por motivo del desplazamiento de su domicilio hasta su centro de labores; y es por ello que lo consideran que al ser un concepto que se encuentra supeditado a la asistencia al centro laboral y carecer de naturaleza remunerativa también suelen atenuarla.

Otro factor que también consideran para el otorgamiento de este concepto es el costo de los pasajes urbanos días (ida y vuelta), tal como lo manifestó el tribunal arbitral a cargo de un proceso del sector de telecomunicaciones que señaló que “(...) dicho monto resulta manifiestamente inferior al costo de dos pasajes urbanos por días, equivalentes a S/. 2.00 (S/. 1.00 cada pasaje)”.

d. Canasta navideña: Este beneficio tiene por finalidad contribuir a los gastos que los trabajadores realizan durante la etapa navideña con motivo de las celebraciones que se realizan en esa temporada, tal como se señaló en el laudo de una consultora al manifestar que: “Este beneficio buscar contribuir a las celebraciones familiares de fin de año y contribuir a mejorar el clima laboral (...)”.

Con respecto a este beneficio, el tribunal arbitral a cargo de un proceso del sector textil consideró necesario incluir un producto no contemplado en la propuesta final, teniendo en cuenta que dicho producto se encontraba contemplado en la oferta que realizó la empresa dentro de la etapa de trato directo. A continuación se muestra el considerando contemplado en este laudo arbitral:

“Se ha mantenido la propuesta final de la empresa, atenuándola para mejorarla únicamente en el rango de uno hasta 5 años de tiempo de servicios, al que se ha agregado la entrega de un panetón, que ya formó parte de la oferta hecha por la empresa en el proceso de negociación colectiva, y que luego (la empresa) no incluyó en su propuesta final”.

Sobre el particular, discrepamos con la posición asumida por el tribunal arbitral al incluir un panetón no contemplado en la propuesta final, teniendo en cuenta que si bien la empresa propuso este producto durante el proceso de trato directo, ello no implica –necesariamente– la misma voluntad de concederlo durante la etapa arbitral. Además si partimos de la premisa que durante la etapa de negociación directa las partes se realizan recíprocas concesiones con un objetivo común (suscripción del convenio colectivo), no podemos afirmar que los beneficios propuestos durante dicha etapa sean concedidos u otorgados también durante dicha etapa. En suma, no es posible “agregar” un concepto a la propuesta arbitral escogida como final, en tanto la atenuación no importa incluir un beneficio no considerado en la propuesta.

e. Licencia por fallecimiento: Este beneficio tiene por finalidad otorgar facilidades al trabajador para ausentarse de su centro de labores cuando se suscite el fallecimiento de alguno de sus familiares; y es por ello que en estos casos los tribunales arbitrales han considerado otorgar una mayor cantidad de días de licencia cuando el fallecimiento se produzca fuera del radio urbano del domicilio habitual del trabajador, tal como se estableció en el caso de una empresa del sector textil, al señalar que: “La atenuación de mejora viene dada al agregar un día más al permiso pagado cuando el fallecimiento ocurra en cualquier otro lugar del territorio nacional (...)”.

f. Licencia sindical: Un factor que consideran al momento de otorgar este beneficio se sustenta en la cantidad de trabajadores afiliados, así como en la ubicación de los establecimientos de la empresa. En el caso de una empresa de hidrocarburos, cuyo sindicato gozaba de 01 licencia permanente y de 400 días de licencia, el tribunal arbitral hizo un análisis de los efectos de 02 licencias permanentes y 500 días que había propuesto el sindicato, considerando que dicha pedido era desproporcionado en tanto ello representaba *“un aumento de licencias en 730 días adicionales al año, lo que equivale en términos económicos a S/. 193,931.00 nuevos soles”*.

f. Apoyo para la institución sindical: El otorgamiento de este concepto tiene por finalidad destinarlo al sostenimiento y progreso de la organización sindical, por lo que es posible atenuarlo, teniendo en cuenta que se otorga por única vez, y además que es un cláusula obligacional y no normativa; es decir, genera sólo una obligación entre la empresa y el sindicato, y no para cada uno de los trabajadores, tal como se estableció en el caso de una empresa de telecomunicaciones:

“En atención al (...) y al tipo de cláusula a la que esta suma corresponde (cláusula obligacional, determinante de una obligación directa entre el empleador y el sindicato), el tribunal arbitral considera extrema la posición y decide que debe atenuarla (...)”.

3.3. Balance del arbitraje potestativo

Teniendo en cuenta las modificaciones realizadas al RLRCT, a través del cual se incorpora el arbitraje potestativo, como medio alternativo de solución de conflictos colectivos, consideramos que este tema es -probablemente- el cambio más trascendental que se ha suscitado en los últimos años en materia de relaciones laborales colectivas, equiparable a la sentencia del TC en materia de la estabilidad laboral.

En este caso, si bien en el 2009 con la sentencia de trabajadores portuarios se vislumbraron algunos alcances en materia colectiva, con la publicación del RAP se estableció definitivamente las nuevas reglas de juego en el marco de las negociaciones colectivas en el Perú, la misma que tuvo incidencia directa en las negociaciones que estaban en curso, así como aquellas que estaban a punto de empezar.

De esta forma, a través del RAP, adicionalmente al supuesto referido a las negociaciones que se realizan por primera vez, se incorporó una lista de causales considerada, como actos de mala fe. El primer caso, originado a raíz de la modificación del RAP, fue de una empresa del sector aeroportuario, cuyo sindicato asumiendo las vicisitudes que pudieran haberse presentado, al ser la primera vez que negociaban, decidió asumir el riesgo y plantear el arbitraje potestativo. Si bien los hechos planteados por dicho sindicato abarcaron los dos supuestos establecidos en el RAP (falta de acuerdo en el contenido durante la primera negociación y actos de mala fe), el tribunal arbitral solo acogió el primer considerando, es decir no haberse puesto de acuerdo en el contenido de negociación, a pesar que las partes ya habían llegado a un acuerdo parcial.

Seguidamente otros sindicatos que también tenían conflictos laborales siguieron este mismo camino y plantearon el arbitraje potestativo, tanto por falta de acuerdo (en el nivel o su contenido) en la primera negociación como por supuestos que su contraparte había incurrido en actos de mala fe. Con respecto al primer supuesto, de todos los casos

analizados, 06 estaban referidos a la falta de acuerdo (04 en el nivel y 02 en el contenido). De los 04 casos la posición fue uniforme al no haber admitido el arbitraje potestativo en virtud de este supuesto; sin embargo en aquellos casos en los que no hubo acuerdo en el contenido, la posición de los tribunales fue discrepante, en tanto que en uno de ellos -y por coincidencia fue el caso del sector aeroportuario anteriormente citado- por el solo hecho de no haber llegado a un acuerdo en el contenido durante la primera negociación colectiva determinaron la admisión del arbitraje potestativo. Y, la otra posición, a pesar que tampoco existió acuerdo en el contenido, el tribunal arbitral declaró improcedente el arbitraje potestativo, bajo el argumento que el sólo hecho que exista desacuerdo no conlleva a someter de forma automática a esta modalidad arbitral, haciendo énfasis en una diferencia del sentido cualitativo y cuantitativo.

Por otro lado, y con respecto a las causales de mala fe, existen 12 supuestos señalados de forma enunciativa, sin embargo ello no significa que pueda presentarse otros hechos relacionados a la mala fe que afecte el proceso de negociación colectiva. A continuación mostraremos de manera general los criterios adoptados por los tribunales arbitrales, los cuales en algunos supuestos fueron acogidos todos los hechos imputados, pero en otros a pesar que se plantearon como causales de mala fe no fueron considerados como sustento para la procedencia del arbitraje potestativo:

1. Negativa del proyecto del convenio colectivo: Esta es la única causal donde los tribunales a cargo de los procesos arbitrales han acogido todos los supuestos que los sindicatos plantearon con respecto a esta causal; y ello se debe a que los hechos que se presentan son de manera más objetiva y fácil de probar con respecto a la negativa de la empresa, lo cual se refleja indudablemente en la afectación del proceso de negociación colectiva, en tanto que negarse a recibir un pliego de reclamo limita cualquier forma o mecanismo de negociación.
2. Negativa de suministro de Información económica financiera: Esta es una de las causales más usadas por las organizaciones sindicales, que si bien en su mayoría han sido acogidos por los tribunales arbitrales, en otros supuestos han sido usados indebidamente con el único propósito de encausar a las empresas al arbitraje potestativo.

De esa forma, queda claro que el requerimiento de información económica, financiera y social es un derecho de los sindicatos, las mismas que pueden ser solicitadas antes o durante el proceso de negociación colectiva. Si bien no se han encontrado casos en las cuales las empresas de forma taxativa y formal se hayan negado a suministrarlo, cabe indicar que era una práctica muy utilizada por las empresas, mediante la cual dejaban transcurrir el tiempo sin absolver el requerimiento del sindicato, o en otros casos lo suministraban de forma incompleta o extemporánea; es decir, cuando ya no era útil para el proceso de negociación colectiva, inclusive intentando en algunos casos justificar dicha conducta con excusas referidas a remisiones previas de auditoría.

Sin embargo, así como las empresas pueden haber tenido prácticas que afectaban la buena fe durante el proceso de negociación colectiva, también es necesario señalar que los sindicatos, con el afán de someterse a un arbitraje potestativo generaban situaciones que a simple vista podría establecerse como causal de mala fe, pero con el detalle minucioso del caso se puede advertir que dichos hechos, en algunos casos reflejaban una intencionalidad de los sindicatos para

afectar el proceso de negociación colectiva; y nos referimos a aquellas situaciones en la cual los sindicatos solicitaban información sin un plazo razonable para el suministro o, en su defecto, posterior a la decisión del sindicato de someterse a un arbitraje potestativo.

Finalmente, en esta causal es necesario referir a un caso que si bien no se encuentra contemplada como obligación legal de alguna de las partes, el tribunal a cargo de un proceso del sector financiero determinó que en caso de divergencia sobre el tipo de información que se debe proporcionar durante el proceso de negociación colectiva, es el sindicato el obligado a solicitarlo ante la AAT, por lo que de no existir acuerdo de partes en la determinación de la información a proporcionar, es el sindicato quién debe solicitar la divergencia, quedando la empresa exento de responsabilidad e imputación como acto de mala fe.

3. Negarse a entregar la información acordada por las partes o precisada por la AAT: Al igual que en el caso anterior, esta es otra de las causales más usadas por las agrupaciones sindicales por similares motivos; tales como el suministro de información de forma extemporánea o incompleta, por el hecho de cotizar en la bolsa de valores. Y, un caso que causa peculiar extrañeza, es uno donde la empresa cumplió con presentar la información dentro del plazo establecido por la AAT, y pese a ello el tribunal arbitral declaró dicho acto como mala fe debido a que no se justificó el plazo ampliatorio, posición que por cierto no compartimos, toda vez que de ser así ya estaríamos discutiendo un caso de afectación al principio de legalidad.

De esta forma, de los 05 casos analizados donde se imputó esta causal, en todos se determinó que las empresas habían actuado de mala fe, con excepción de un caso en la cual el requerimiento de información por parte de la AAT se realizó cuando el arbitraje potestativo ya se había iniciado, careciendo de sustento que la empresa haya tenido intención de afectar el proceso de negociación colectiva.

Una diferencia sustancial entre esta causal y la negativa en el suministro de información económica financiera radica en que esta última tiene por finalidad brindar los recursos necesarios para que el sindicato pueda preparar su pliego de reclamos, o pueda afrontar la negociación en igualdad de condiciones que la empresa, mientras que el cumplimiento del suministro de información es que la AAT pueda elaborar el informe económico financiero, que incluye la valorización del pliego de reclamos.

4. No guardar reserva absoluta sobre la información recibida siempre que la misma no sea de carácter público: Si bien esta causal no ha sido imputada como causal mala fe dentro de los procesos arbitrales que hemos analizado, existe un caso de la Corte Suprema relacionada a la información reservada, de cuya interpretación se desprende que adicionalmente a la publicación se requiere demostrar que dicha revelación haya generado un perjuicio a la empresa o beneficio indebido al sindicato.
5. Negarse a recibir a los trabajadores o a negociar en los plazos u oportunidades de ley: Si nos referimos literalmente a alguna negativa de las empresas a recibir a los trabajadores, cabe indicar que no se ha presentado este supuesto de los casos analizados; sin embargo sí se ha suscitado la negativa de ingreso a los asesores del sindicato, habiéndose considerado como causal de mala fe, a pesar de no ser

en estricto un trabajador, pero el hecho de formar parte de los asesores del sindicato se les ha incluido en esta causal.

Por otro lado, y con respecto a negociar en los plazos establecidos por ley, todos los tribunales arbitrales, ya sea por mayoría o unanimidad, han acogido esta causal como acto de mala fe en aquellos casos en donde no se ha acreditado el inicio de la negociación, no han asistido a las reuniones de conciliación y/o extraproceso, o cuando la empresa no ha realizado la convocatoria para su instalación a pesar que hayan acordado con el sindicato diferir el plazo legal.

Sin embargo, en esta causal es necesario considerar que, a pesar que las empresas cumplan con la formalidad y plazo legal para convocar a sus sindicatos, se requiere que se inicie la negociación colectiva, sin perjuicio que la instalación se pueda diferir en varias reuniones, porque de lo contrario la empresa podría encontrarse inmerso en un acto de mala fe, más aún si dicha demora no es imputable a ambas partes sino sólo a una de ellas.

6. Ejercer presión para obtener el reemplazo de los integrantes de la representación de los trabajadores o del empleador: De los casos analizados esta causal sólo se ha presentado en el sector de telecomunicaciones, donde la empresa solicitó un reemplazo bajo el supuesto que un representante de la comisión negociadora no formaba parte de la junta directiva sindical, hechos que fueron considerados por el tribunal arbitral como actos de mala fe.

Sin embargo, si bien este supuesto se ha presentado en un solo caso, no debemos olvidar la jurisprudencia norteamericana, en la cual -por un lado- una empresa se negó a negociar en tanto no sustituyeran a un miembro de la mesa directiva, considerándose como un acto de mala fe; y por otro lado, un supuesto donde el sindicato se negó a negociar bajo ese mismo supuesto, no habiendo sido considerado como mala fe, en tanto su negativa se sustentó en que el representante de la empresa anteriormente había formado parte de la directiva sindical.

7. Ejercer fuerza física en las cosas, o presión física o moral a las personas, durante el procedimiento de negociación colectiva: Del total de casos analizados, donde se apreció la imputación de esta causal, solo en uno se determinó que la empresa había actuado de mala fe, y ello se debió principalmente porque este supuesto fue difícil de probar (amedrentar a un trabajador), y además que se debió haber demostrado que afectó el proceso de negociación colectiva (descuento remunerativo indebido o no abonar remuneración vacacional), pero no lo hizo.

Sin embargo, en un caso del sistema financiero, el sindicato logró acreditar que la empresa no brindó las condiciones mínimas necesarias de ergonomía, en el cambio de establecimiento de un trabajador que tenía algunas limitaciones físicas, habiendo considerado el tribunal arbitral como un acto de mala fe, porque se trataba de un representante sindical de la comisión negociadora.

8. Los actos de hostilidad ejercidos contra los representantes de los trabajadores o los trabajadores afiliados al sindicato: Los actos de hostilidad alegados por los sindicatos en las propuestas analizadas, en su mayoría han sido declaradas improcedentes, ya sea porque el acto hostil (amenaza de despido, modificación de horario de trabajo, ascensos y/o categorizaciones) no se ha logrado acreditar, o porque habiéndose acreditado se ha determinado que no afectó al proceso de negociación colectiva (cambio temporal de posición al secretario general, denegatoria de licencias, pago extemporáneo de utilidades, despido al subsecretario general o aplicación de medidas disciplinarias).

Algunos actos hostiles que, para los tribunales arbitrales ha constituido un acto de mala fe dentro del proceso de negociación colectiva son tres: reducción inmotivada de remuneración, retención de pago de utilidades y desconocimiento del derecho de una trabajadora para participar como parte de la comisión negociadora por carecer de la condición de dirigente sindical.

Como puede apreciarse, este es uno de los supuestos que requiere un análisis más exhaustivo porque puede existir actos que configuran actos de hostilidad, pero que no necesariamente afecte el proceso de negociación colectiva, porque en este caso se requiere la concurrencia de ambos elementos para la procedencia del arbitraje potestativo.

9. El incumplimiento injustificado de las condiciones acordadas por las partes para facilitar la negociación: Esta es otra de las causales que en su mayoría han sido acogidos por los tribunales arbitrales donde los sindicatos imputaron estos supuestos (suspensión unilateral de reuniones de negociación colectiva, denegatoria de licencias sindicales, lugar de reuniones distinto al domicilio del centro de trabajo y supresión de viáticos por ejercer medida de fuerza), los mismos que usualmente son compromisos y obligaciones de las partes consignadas en las actas de instalación del inicio de una negociación.

De todos los casos analizados donde se imputaron esta causal solo una fue declarada improcedente, en tanto que si bien en el acta de instalación de la negociación colectiva se consignó una dirección para fines exclusivos del proceso de negociación, la notificación que la empresa realizó *–por otro motivo–* a su domicilio usual del sindicato era una causal válida de argumentación no habiéndose considerado como un acto de mala fe.

10. Cualquier práctica arbitraria o abusiva con el objeto de dificultar, dilatar, entorpecer o hacer imposible la negociación colectiva: Usualmente esta cláusula es utilizada como un “cajón de sastre”, porque en este supuesto se encuentra cualquier tipo de práctica que afecta el proceso de negociación colectiva. De esa manera, del total de casos en donde se imputaron esta causal el 50% de los tribunales lo acogió (inexistencia de poderes, no justificar inasistencia, denegatoria de licencia, no realizar propuestas, plazo condicionado a tres años, solicitud de suspensión del arbitraje, filmar las reuniones, impugnaciones administrativas, incremento menor a la anterior negociación e incumplimiento del compromiso asumido) y el otro 50% no lo acogió (abandono de mesa de negociación, pago errado o con retraso de las boletas, terminar una etapa, reuniones sin acuerdo, sustento de cada punto del pliego, no negociar el íntegro del pliego, negociar parcialmente, proponer cláusulas sustitutorias, ejercer el derecho de huelga y no

aceptar el derecho de la empresa de plantear propuestas) como procedente para un arbitraje potestativo.

11. Actos de injerencia sindical: Los actos de injerencia sindical se encuentran terminantemente prohibidos por nuestra legislación, y cuando estos actos afectan el proceso de negociación colectiva constituyen actos de mala fe, como por ejemplo solicitar información sobre temas referidos a la organización sindical (temas tratados en asamblea o hacer referencia a conflictos intrasindicales); los mismos que son diferentes a situaciones que por más que pueda verse como un acto de injerencia que tenga por finalidad impulsar el proceso de negociación (publicación de propuestas económicas realizada por la empresa), no conlleva a la configuración de un acto de mala fe.
12. Discriminación: Básicamente, los tribunales a cargo de los procesos de los casos analizados en temas de discriminación determinaron su improcedencia (otorgamiento diferenciado en dos empresas de un mismo grupo empresarial o limitación de acceso de internet a los dirigentes sindicales), con excepción de un caso del sector financiero en la cual el dirigente afectado alegaba que no había sido considerado en el proceso de evaluación; y, cuando se verificó el desarrollo del proceso se determinó que si bien el trabajador había sido evaluado no se siguieron todas las etapas de la evaluación, tales como la determinación de los objetivos y las entrevistas del proceso, conllevando a la configuración como causal de mala fe por motivos de discriminación.

Teniendo en cuenta las causales anteriormente citadas, cabe señalar que la mayoría de los casos donde las partes imputaron mala fe no han sido acogidas en su totalidad por los tribunales arbitrales, inclusive en más de la mitad de casos las causales atribuidos a su contraparte se encuentran entre 05 y 10 imputaciones, y el promedio de hechos considerados como sustento para la procedencia asciende a sólo dos causales de mala fe. Ello se debe principalmente porque existen muchas situaciones en las cuales se asume que la sola configuración del acto de mala fe conlleva a la admisibilidad de esta modalidad arbitral, cuando en realidad adicionalmente se tiene que acreditar la afectación al proceso de negociación colectiva.

De forma excepcional, cabe mencionar que del análisis efectuado de las resoluciones de admisibilidad se han presentado un par de casos (de los sectores industrial y transporte) en las cuales las empresas, de cara a la imposición del arbitraje potestativo por causal de mala fe, han procedido a allanarse, y por ende a someterse al proceso arbitral antes que los tribunales determinen que existieron prácticas empresariales en el proceso de negociación colectiva.

Asimismo, si bien la mayoría de procesos arbitrales han sido iniciados a solicitud de los sindicatos, no debemos descartar la posibilidad que las empresas puedan plantear esta modalidad arbitral, tal como se desprende de nuestro ordenamiento jurídico. A la fecha, hemos tomado conocimiento que sólo una empresa planteó este proceso de arbitraje potestativo, pero cuya continuación se vio frustrada por una huelga realizada por su sindicato.

Por otro lado, cabe indicar que el principal motivo por el cual el Estado incorporó esta figura arbitral se debe a los criterios del TC sobre la naturaleza del arbitraje potestativo así como al alto grado de conflictividad abierto que existe en nuestro país, en tanto que si

visualizamos los indicadores publicados en el portal del Ministerio de Trabajo donde se indica que el total de pliegos presentados durante el 2012 asciende a 383, comparándolo con los laudos a los cuales hemos tenido acceso (entre públicos y privados) por dicho periodo diremos que, aproximadamente solo el 7% (30 laudos en el 2012) de conflictos se resolvió por medio de esta modalidad. Esto significa que, con el objetivo que se reduzca los conflictos colectivos abiertos, todavía existe un trabajo pendiente del Estado para fomentar los diversos mecanismos de resolución de un conflicto, sin que ello necesariamente implique el sometimiento forzado a un arbitraje laboral potestativo.

Sin perjuicio de las posiciones discrepantes con respecto al arbitraje potestativo, no podemos desconocer que esta modalidad arbitral es una herramienta de gestión en el marco de las relaciones colectivas entre las empresas y los sindicatos, y que de alguna manera desde su entrada en vigencia hasta la fecha ha generado distintas reacciones y cambios en las estrategias empresarial y sindicales al momento de enfrentar una negociación colectiva. Por citar sólo dos ejemplos con respecto a las mejores prácticas negociables: el primero, en el cual si bien las empresas antes suministraban la información económica-financiera de forma incompleta o extemporánea y hasta en ocasiones simplemente no presentaban la información (preferían pagar la multa que suministrar información al sindicato), ahora suelen hacerlo con mayor rapidez y en coordinación con el sindicato para satisfacer las necesidades sindicales; y, el segundo, mediante la cual las empresas ahora suelen convocar e iniciar el proceso de negociación colectiva dentro de los plazos legalmente establecidos.

Así, si bien existen aspectos positivos, no debemos dejar de mencionar que actualmente todavía hay incertidumbre de las partes que participan en un proceso de negociación, con respecto a algunos supuestos actos de mala fe, que como hemos visto existen varios casos que pueden ser considerados como tales pero no necesariamente afecta el proceso de negociación colectiva. Sin embargo, en algunos casos los tribunales no suelen incluir dentro de su análisis de evaluación este factor que es determinante, razón por la cual aún existe cierta desconfianza en que el arbitraje pueda ser improcedente a pesar que el acto cometido no afecte el proceso de negociación.

De otro lado, es importante señalar que, en la actualidad la tendencia que han adoptado los árbitros con respecto a los beneficios planteados por las partes es de forma creciente, o por lo menos que se supere económicamente los convenios anteriores; no obstante, no debemos olvidar que dichos incrementos deben tener su punto de equilibrio, el mismo que debería estar ligado a la organización de cada empresa, y a factores internos y externos que se puedan suscitar dentro del proceso de negociación colectiva, evaluando siempre el impacto que pueda repercutir en cada una de las partes. Es por ello que el rol que asumen los tribunales arbitrales es de suma importancia, considerando que si bien la labor primordial es resolver el conflicto de intereses de índole colectivo, deben velar porque la decisión que adopten sea la más justa y equitativa, intentando buscar la solución que mejor satisfaga a ambas partes.

En algunos casos la tendencia de los beneficios contemplados en las propuestas arbitrales planteadas por los sindicatos suelen ser cantidades menores a los que se hayan estado negociando en la etapa de trato directo o conciliación, y consideramos que ello se debe principalmente a la persuasión que desean ejercer para mostrar que su propuesta es la más razonable en comparación a la de su contraparte. En esa misma línea, la atenuación arbitral que si bien la LRCT establece que es una excepción a la regla, se observa que los tribunales arbitrales en casi la totalidad de casos analizados han

realizado atenuaciones a los beneficios contemplados en las propuestas de las partes. Esto significa que esta facultad excepcional se ha convertido en una regla general dentro del proceso arbitral, conllevando a establecer que las partes asuman que, cuando tienen que plantear propuestas, estas serán atenuadas, ya sea para más o para menos dependiendo de la propuesta que adopte el tribunal.

Finalmente, esperamos que para los siguientes años se defina la situación jurídica del arbitraje potestativo en nuestra sociedad, teniendo en cuenta que si bien en primera instancia se declaró infundada la acción popular sobre la legalidad del arbitraje potestativo, la sentencia respectiva fue apelada. A la fecha dicho caso se encuentra todavía pendiente de resolución por parte de la Corte Suprema.



CONCLUSIONES

Seguidamente detallaremos nuestras reflexiones finales, a título de conclusiones, sobre la base de lo que hemos abordado en este trabajo de investigación:

1. Es natural que los conflictos puedan estar presentes en toda la sociedad; y, si nos enmarcamos en el ámbito laboral, puede ser considerada desde una perspectiva individual o colectiva. Para ello, el Estado cuenta con diversos mecanismos de solución de conflictos laborales, de forma autocompositiva (la negociación directa, la mediación, la conciliación y el extraproceso) o heterocompositiva (arbitraje atípico o intervención atípica).
2. La OIT, a través de sus convenios e interpretaciones, tiene como parte de los pilares de la negociación colectiva los principios de negociación libre, voluntaria, de buena fe; y de libertad para decidir el nivel de negociación. Por su parte, el artículo 28.2 de la Constitución se sustenta en el principio de autonomía de voluntad; y, a la vez, se interpreta de conformidad con los Convenios de la OIT ratificados por el Perú, de acuerdo a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución.
3. Dentro de los pronunciamientos emitidos por el CLS y por la CEACR de la OIT, con respecto a la negociación colectiva, se han establecido algunos roles del Estado, tales como ser el encargado de fomentar la negociación libre, a través de la promoción de los mecanismos de conflictos colectivos, sin que ello implique medidas de imposición forzada en el desarrollo de una negociación, porque de lo contrario ello afectaría la naturaleza de los principios de la negociación colectiva que prevé el artículo 4 del Convenio 98 de la OIT.
4. La sentencia de trabajadores portuarios es el precedente más importante en los últimos años en materia laboral, que ha dado origen al arbitraje potestativo vigente en la actualidad; a través del cual el TC establece de forma excepcional que las partes pueden someter su conflicto de nivel de negociación colectiva a un arbitraje, siempre que se demuestre que alguna de las partes incumplió su deber de negociar de buena fe; precisando en esta misma resolución, pero aclaratoria, que el arbitraje al que se refiere el artículo 61 de la LRCT es de carácter potestativo.

Si bien el TC a través de la sentencia de trabajadores portuarios detalla los principios, emitidos por la OIT, que se deben considerar durante el desarrollo de una negociación colectiva, no acoge las sugerencias y recomendaciones emitidas por los organismos -CLS y CEACR- encargados de interpretar los convenios de la OIT, a través del cual dichos organismos restringen cualquier método que imponga su sometimiento de manera forzosa a alguna forma de solución de conflicto.

5. Por su parte, adicionalmente a la sentencia de trabajadores portuarios, existe otra resolución (Caso Sunat), también emitida por el TC, que refuerza al arbitraje potestativo como una alternativa de solución de conflictos de índole laboral que pudieran presentarse entre las empresas y los sindicatos. Sin embargo, a diferencia del caso anterior, en esta resolución el TC no se pronuncia con respecto al principio de buena fe, ni tampoco exige la concurrencia de alguna de las causales de mala fe.

Así, además del arbitraje voluntario y potestativo existe otra modalidad arbitral, en la cual no se requiere ningún tipo de causal de mala fe, encontrándonos ante un arbitraje incausado. De esa forma, el arbitraje potestativo se aplicará cuando no exista acuerdo en la primera negociación, ya sea en el nivel o en su contenido, o cuando se susciten actos de mala fe (arbitraje causado); y, la segunda, cuando existiendo un conflicto colectivo una de las partes decide someterse a un arbitraje laboral (arbitraje incausado), sin que la otra parte pueda rechazarlo. Sobre esta modalidad solo conocemos de un proceso arbitral donde se admitió el arbitraje sin que se haya apreciado la existencia de mala fe.

6. En el Congreso de la República actualmente se encuentra en debate en la Comisión de Trabajo el Proyecto de Ley N° 1060-2011 que pretende modificar el artículo 61 de la LRCT, a través del cual se determina que, en caso no exista acuerdo de las partes durante la etapa de trato directo o conciliación, el sindicato o la empresa pueden solicitar someterse al arbitraje sin requerir aceptación de la otra parte. Este proyecto no hace más que sustentar la teoría que veníamos desarrollando sobre la situación jurídica del arbitraje potestativo, considerando que a la fecha todavía no es un tema que se encuentre definido, por más que el RAP es utilizado por los actores que participan en un proceso de negociación colectiva, pero siempre bajo la modalidad del arbitraje potestativo con causal (con excepción de un caso de arbitraje incausado).
7. En el Poder Judicial, la demanda de acción popular interpuesta por la SNI contra el Ministerio de Trabajo, con la finalidad que se declare nulo e inconstitucional el artículo 61-A del RAP ha sido declarada infundada (por mayoría) en primera instancia, con dos votos en minoría a través del cual se solicitaba declarar fundada la demanda, situación que evidencia las posiciones discrepantes que existen con respecto a esta materia. A la fecha se encuentra pendiente que la Corte Suprema determine su legalidad o no de esta figura arbitral.
8. Sin perjuicio de las discusiones legales que se están presentando en torno a esta materia es necesario que los actores laborales que participan en el proceso de negociación colectiva conozcan los alcances del RAP, con vigencia desde el año 2011, a través del cual se incorporan tres supuestos de arbitraje potestativo. La primera y segunda proceden cuando no existe acuerdo de partes -en el nivel o su contenido- durante la primera negociación. El tercer supuesto del arbitraje potestativo se refiere cuando durante el proceso de negociación se evidencian conductas de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo.

9. Con respecto a la mala fe, si bien estamos ante una institución relativamente nueva en el ámbito laboral, la casuística suscitada durante su tiempo de vigencia recoge supuestos interesantes que involucran a ambas partes durante el desarrollo de un proceso de negociación colectiva, que inclusive en algunos casos han sido utilizados de manera indiscriminada para imputar a su contraparte causales de mala fe, determinándose posteriormente dentro del proceso arbitral potestativo como improcedente.

Al respecto, no debemos desconocer que algunos de estos hechos alegados como causales de mala fe si bien han sido considerados como tales; al no advertirse que dichos actos hayan dilatado, entorpecido o evitado el logro de un acuerdo, éstas imputaciones no han sido admitidas como causales de mala fe, bajo los alcances del arbitraje potestativo. Así, no todo acto de mala fe es causal de habilitación de un arbitraje potestativo, esto dependerá de los efectos que produzcan dentro del proceso de negociación colectiva.

Del total de imputaciones realizadas por los sindicatos, el tribunal arbitral acogió aproximadamente un 40% como actos de mala fe, lo cual significa que usualmente los sindicatos, con el único propósito de someterse al arbitraje potestativo, imputan muchas causales sin sustento técnico, e inclusive algunas no ajustadas a la realidad, conllevando que pocas sean las admitidas.

No obstante, con relación a las causales de mala fe imputadas por las partes y acogidas por los tribunales arbitrales, la mayoría no tiene un desarrollo ni respaldo que sustente adecuadamente la afectación al proceso de negociación colectiva, pronunciándose en algunos casos de manera muy generalizada sin analizar el contexto en el cual se desarrolla, y los efectos que pudieran impactar en el proceso de negociación colectiva.

Cabe señalar que, sin perjuicio de las posiciones encontradas sobre el arbitraje potestativo, tanto por parte de las empresas como de los sindicatos que han participado en esta modalidad arbitral, así como aquellas que hasta el momento no se han sometido, existe cierta preocupación e incertidumbre sobre los criterios que emitan los tribunales arbitrales, y que impacten directamente en la economía de la empresa así como en los ingresos de los trabajadores. Esta incertidumbre contribuye para que las partes, en ocasiones, se acerquen más en sus propuestas y puedan llegar a un acuerdo.

10. A nuestro modo de entender, el arbitraje potestativo ha sido una figura que sí ha tenido impacto en el ámbito de las relaciones colectivas, en tanto que para aquellos sindicatos que han negociado por primera vez, al ser el primer encuentro de negociación ha sido la forma más directa de llegar a sus empresas; así como aquellos que anteriormente ya habían negociado, al ser una forma de presión ejercida dentro del proceso de negociación; que en este último caso consideramos que sí afecta a la autonomía de la voluntad en la solución de conflictos colectivos laborales.

Sin embargo, para aquellas empresas que anteriormente ya habían negociado no les ha sido muy atractiva la manera como se ha arribado a un acuerdo, porque algunas se han sentido limitadas en su facultad de negociación, considerando que mediante el trato directo quizás hubieran podido alcanzar mejores resultados para sus intereses. En cuanto al sindicato, salvo casos muy puntuales, la mayoría no ha vuelto a acudir al arbitraje y ello se debería a que en algunos casos los beneficios

obtenidos no eran los esperados o que las empresas han tenido una estrategia diferente a favor de la negociación colectiva.

Por ende, considerando que la OIT no tiene una posición favorable para las negociaciones impositivas, y que a través del arbitraje potestativo de una u otra forma se refuerza dicha situación de imposición estatal de una fórmula de solución de conflictos, quizás sea necesario realizar un ajuste a esta figura con el objetivo que este arbitraje solo se realice cuando se trata de la primera negociación colectiva; ello con la finalidad de no imponer una forma de solución, como lo es el arbitraje.

11. Por su parte, y teniendo en cuenta que las causales consideradas como actos de mala fe han servido para delimitar, en algunos casos, el mal comportamiento y actuar de las partes, especialmente de las empresas, consideramos que si se trata de impulsar la buena conducta de los actores que participan en un proceso de negociación colectiva, estas causales no necesariamente deberían estar contempladas bajo los alcances del arbitraje potestativo, bastando para ello únicamente con la difusión de alguna “Guía de actuación en un proceso de negociación colectiva” que podría estar contenida en una directiva del MTPE.
12. De otro lado, para muchos actores laborales el arbitraje potestativo no ha sido una alternativa interesante para someter su conflicto a dicha modalidad, más aún porque del desarrollo del proceso se advierte que existe mucha incertidumbre en el resultado a obtener, sin que sea necesariamente satisfactorio para ambas partes; considerando inclusive que para muchos sindicatos esta modalidad tiene un costo económico muy elevado de asumir por parte de sus afiliados sindicales, además que mediante esta modalidad los dirigentes sindicales pierden cierto poder frente a sus agremiados, en tanto demuestran que no han podido llegar a un acuerdo a través del trato directo, trasladando dicha responsabilidad a un tercero (tribunal arbitral).

Por parte de las empresas, antes de someterse a un arbitraje potestativo, éstas prefieren las negociaciones de trato directo, considerando que es la mejor manera que tienen las partes de otorgarse las más ventajosas condiciones a favor de los trabajadores, más aún porque a través de esta negociación se logrará cubrir las reales expectativas de todos los afiliados; lo cual se ve reflejado en el total de casos analizados en donde sólo una empresa decidió imputar actos de mala fe al sindicato.

13. Con respecto al contenido de las propuestas planteadas por las partes se advierte que, estas todavía tienen incertidumbre de los beneficios que se otorgarán durante dicho proceso arbitral, teniendo en cuenta que si bien los tribunales arbitrales se encuentran obligados a sustentar su laudo en la cual deciden acoger determinada propuesta (ya sea de la empresa o del sindicato), se han presentado algunos casos en donde sólo acogen la propuesta sin que exista un desarrollo de los criterios que determinen su inclinación hacia una decisión.

En esa misma línea se presentan las atenuaciones, que si bien tienen el carácter de excepcional, ya se ha convertido en la regla, al momento que deben acoger alguna de las propuestas planteadas por las partes, y determinar el otorgamiento de ciertos beneficios, los cuales usualmente no están siendo adecuadamente

sustentadas, y que inclusive en algunos casos se encuentran más cercanas (en cantidades) a la propuesta que los árbitros no escogieron.

14. Finalmente, existen posiciones discrepantes en nuestra doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, con respecto a la constitucionalidad y legalidad del arbitraje potestativo, sin embargo actualmente esta herramienta al ser ya de aplicación en el marco de las relaciones laborales, ha tenido un fuerte impacto en la variación de las estrategias de las partes y un cambio en el comportamiento de las mismas. Definitivamente, la forma cómo enfrentaban los procesos de negociación colectiva han variado.

Por parte de los sindicatos, ahora es necesario que evalúen si les conviene someterse a una huelga o no, porque en caso lo hagan ya no podrían someterse a un arbitraje potestativo; y por otro lado, deben evaluar los costos adicionales de una modalidad arbitral, los cuales son muy significativos comparado a otras alternativas de solución de conflicto. Los sindicatos tienen hoy en el arbitraje potestativo una institución para presionar a las empresas, para exigir cumplimientos de plazos, acceso a la información, observaciones a las obligaciones legales y en general actos que califiquen de buena fe negocial.

Por parte de las empresas ha implicado una adecuación en los procesos internos (por ejemplo, por un lado, en el suministro de información; y, por el otro, en el cumplimiento de plazos para la convocatoria del inicio de negociación), y probablemente realizar una mejor propuesta para no someterse al arbitraje potestativo. Una estrategia basada en dilatar la negociación y entorpecerla o no presentar alguna propuesta no es, a la fecha, una opción viable dado que este tipo de comportamientos son causales de arbitraje potestativo.

GRÁFICOS

- **Gráfico 1:** Cantidad de procesos presentados como métodos autocompositivos del periodo 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012.
- **Gráfico 2:** Cantidad de procesos presentados como métodos herero-compositivos del periodo 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012.
- **Gráfico 3:** Cantidad porcentuales de la primera negociación en su nivel o contenido.
- **Gráfico 4:** Cantidad porcentuales de los procesos incurridos en la causal de negarse a proporcionar información a los sindicatos (literal “b” de la R.M. 284-2011-TR).
- **Gráfico 5:** Cantidad porcentuales de los procesos incurridos en la causal de negarse a proporcionar información al MTPE (literal “c” de la R.M. 284-2011-TR).
- **Gráfico 6:** Línea de tiempo de un proceso incurrido en la causal de suministro de información económica financiera (literal “c” de la R.M. 284-2011-TR), como supuesto de buena fe negocial.
- **Gráfico 7:** Supuestos de ofertas y contraofertas aplicada en el sistema norteamericano.
- **Gráfico 8:** Resumen de criterios de los tribunales arbitrales de cada uno de los supuestos de mala fe (R.M. 284-2011-TR).
- **Gráfico 9:** Cantidad porcentuales de los supuestos de mala fe.
- **Gráfico 10:** Causales de mala fe por sectores económicos: Propuesta de las partes versus acogidos por el tribunal arbitral.
- **Gráfico 11:** Detalle de cláusulas propuestas por los sindicatos.
 - Gráfico 11-a: Cláusulas normativas
 - Gráfico 11-b: Cláusulas obligacionales
 - Gráfico 11-c: Cláusulas delimitadoras
- **Gráfico 12:** Detalle de cláusulas propuestas por las empresas.

- **Gráfico 13:** Cantidades porcentuales de propuestas acogidas por los tribunales arbitrales.
- **Gráfico 14:** Cierre de Pacto: Propuestas de los sindicatos y empresas.
- **Gráfico 15:** Criterios de atenuación: cierre de pacto e incremento de remuneración.
- **Gráfico 16:** Criterios adoptados por los tribunales arbitrales por unanimidad o mayoría, según sectores económicos.
- **Gráfico 17:** Detalle del sustento adoptado por los tribunales arbitrales en las atenuaciones.



BIBLIOGRAFÍA

Obras y artículos de revista:

- ALARCÓN GARCÍA, Gloria. “El soft law y nuestro sistema de fuentes”. En: Contribución al Libro Homenaje del profesor Álvaro Rodríguez Bereijo, 2010, pp. 9.
- ARCE ORTIZ, Elmer. “El sindicalismo peruano en los tiempos de tercerización”. En: Soluciones Laborales N° 24. Diciembre 2009. Lima: Gaceta Jurídica, p.66.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. La cláusula del Estado Social en la Constitución. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2011, p.192.
- BOZA PRO, Guillermo. Lecciones de Derecho del Trabajo. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2011, p.71. El autor refiere que *“En ese orden de ideas será necesario recurrir a los instrumentos internacional ratificados por nuestro país, en particular los convenios N° 87 y 98 de la Organización Internacional de Trabajo”*.
- CABEZA PEREIRO, Jaime. “La negociación de buena fe”. La buena fe en la negociación colectiva. Escola Galega de Administración Pública. 1995. p. 332.
- CREMADES, Bernardo M. “El arbitraje en la doctrina constitucional española”. En: Lima Arbitration. N° 1 – 2006, p. 196.
- DE TRAZEGNIES, Fernando. “Arbitraje de derecho y arbitraje de consciencia”. En: IUS ET VERITAS. No. 12. Lima. Asociación Civil IUS ET VERITAS, 1996, p. 116.
- ELÍAS MANTERO, Fernando. “Acerca de la implantación del arbitraje potestativo y la creación del registro nacional de árbitros en materia de Negociación Colectiva”. En: Soluciones Laborales N° 60. Diciembre 2012. Lima: Gaceta Jurídica, p.61.
- ERMIDA URIARTE, Oscar. “Algunas reflexiones sobre los conflictos laborales, el arbitraje y la justicia de trabajo”. En: Revista anales del Foro N° 43-4. Montevideo, 1982, p.19. Citado por TOYAMA MIYAGUSUKU. Jorge. Ob. Cit. p. 207.
- FLINT, Pinkas. Negociaciones Eficaces. Empresa Editora El Comercio S.A., Lima, Perú, 2001, p. 283.

- GARCÍA MANRIQUE, Álvaro. Soluciones Laborales N° 30. Junio 2010. Lima: Gaceta Jurídica, p.98.
- GARCIA MONTUFAR, Juan. “Los medios alternativos de solución de conflictos”. En: Derecho y Sociedad. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 16, año XII, 2001.
- GERNIGON Bernard, ODERO Alberto y GUIDO Horacio. La Negociación Colectiva - Normas de la OIT y principios de los órganos de control. Oficina Internacional del Trabajo - Ginebra, Primera edición 2000, p. 40.
- GONZÁLES HUNT, César José y TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Ponencia sobre “El arbitraje potestativo en la negociación colectiva”. En: Arbitraje potestativo y Negociaciones Colectivas. Dogma Laboral. Lima. Junio 2012.
- HOLLEY, William H., JENNINGS, Kenneth M, WOLTERS, Roger S. The Labor Relations Process. Mason: Cengage Learning. 2012. Décima Edición. p. 269. Citado por MERZTHAL SHIGYO, Marilú del Pilar. “De la negociación a la negociación: definiendo la mala fe”, en concurso organizado por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (SPDTSS), 2012.
- Informe del Comité de Libertad Sindical 318°, caso N° 1931, *Vol. LXXXII, 1999, Serie B, núm. 3.*
- LANDA ARROYO, César. “El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisdicción del Tribunal Constitucional”. Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje. Primera edición, p.107.
- MARCOS SÁNCHEZ, José y RODRÍGUEZ CALDERÓN, Eduardo. Organización Internacional de Trabajo (OIT). Manual para la Defensa de la Libertad Sindical. Segunda edición revisada, 2001.
- MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. “El arbitraje laboral”. En: *Advocatus* N° 16. 2007-I, p. 219-229.
- MORENO DE TORO, Carmen. “Diálogo y concertación social en España. Un paradigma para la solución de conflictos laborales”. En: *Revista Jurídica del Perú* N° 87. Mayo 2008, pp. 421-429.
- NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2012, pp.79-80.
- OLEA, Alonso y BAAMONDE, Casas, Derecho del Trabajo, 12a ed. (Madrid, 1,991). p.792., citado por CABEZA PEREIRO, Jaime. “La negociación de buena fe”. *La buena fe en la negociación colectiva. Escola Galega de Administración Pública.* 1995. p. 333.
- PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “Controversias y Conflictos Laborales”. En: *Themis – Revista de Derecho.* Lima, Segunda Época, 1987, N°6, p.24.
- PASCO LIZÁRRAGA, Mario y LENGUA APOLAYA, César. “El arbitraje obligatorio para la determinación del nivel de la negociación colectiva por rama de actividad”. En: *Revista Jurídica del Perú.* Octubre 2009. Tomo 104, p. 29.

- SANGUINETI RAYMOND WILFREDO. “La regulación de los conflictos laborales en España: Entre la garantía de la autotutela y el fomento los sistemas autónomos de solución. En: Revista de Derecho de los alumnos de la Universidad De Lima. Athina N.05.
 - SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “La mediación de los conflictos colectivos del trabajo”. En: Mediación: un método de ? “sic” conflictos. Madrid: Editorial Colex, 2010, p. 249-266.
 - SAPPÍA, Jorge. “Justicia laboral y medios alternativos de solución de conflictos colectivos e individuales del trabajo”. En: Documento N° 149. Oficina Regional para América Latina y el Caribe – Proyecto CIMT – Organización Internacional del Trabajo, p.5.
 - TOUZARD, Hubert. La Mediación y la Solución de los Conflictos. Editorial Herder, Barcelona, España, 1981, p. 367.
 - TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “Los medios extrajudiciales de solución de conflictos laborales en el sistema peruano”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 160. Marzo 2007. Lima: Gaceta Jurídica, pp.205-214.
 - VILCHEZ GARCÉS, Lidia. “¿Modificar la ley en el caso concreto es una atribución del Tribunal Constitucional?. En: La obligatoriedad del arbitraje en la negociación colectiva. Revista Jurídica del Perú. Tomo 104. Octubre 2009, p.73.
 - VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. Arbitraje potestativo y otros temas de Derecho Colectivo del Trabajo. En: Entrevista realizada por Soluciones Laborales N° 48. Diciembre 2011. Lima: Gaceta Jurídica, p. 60.
 - VILLAVICENIO RÍOS, Alfredo. “Arbitraje potestativo y otros temas de Derecho Colectivo del Trabajo”. En: Entrevista realizada por Soluciones Laborales N° 48. Diciembre 2011. Lima: Gaceta Jurídica, p. 60.
- ZAVALA COSTA, Jaime y VILCHÉZ GARCÉS, Lidia. “¿Es tan peligroso proporcionar información empresarial en el marco de la negociación colectiva? El derecho de información como mecanismo de solución de conflictos laborales”. En: Asesoramiento y Análisis Laboral – AELE, N°406 - Abril 2011, p. 14.

2. Jurisprudencia

- STC. N° 008-2005-PI/TC
- STC. N° 6167-2005-PHC/TC
- STC N° 3561-2009-PA/TC
- STC. N° 02566-2012-PA/TC
- STC. N° 02513-2007-PA/TC
- STC. N° 00026-2007-PI/TC
- STC. N° 00024-2009-PI
- STC. N° 02464-2011-PHC/TC
- STC. N° 02111-2010-PA/TC
- STC. N° 00142-2011-PA/TC
- Casación laboral N° 1396-2011-Lima
- R.M. N° 076-2012-TR, Directiva General N° 005-2012-MTPE/2/14
- Directiva N° 001-2007-MTPE/2/9.3.

3. Documentos de trabajo:

- La Declaración de la Organización Internacional de Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo fue adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión, Ginebra, 18 de junio de 1998.
- Organización Internacional de Trabajo. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Concejo de Administración de la OIT.
- Organización Internacional de Trabajo. Estudio general CE de 1994.
- Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Aplicación de las normas internacionales de trabajo, 2013 (I). Conferencia Internacional de Trabajo 102, reunión, 2013.
- Recomendación núm. 143 de la OIT