

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Escuela de Posgrado



La confrontación del principio de fomento de solución pacífica del conflicto laboral y el principio de negociación libre y voluntaria en los artículos 47° y 61-A° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo

Tesis para obtener el grado académico de Maestra en Derecho del Trabajo y Seguridad Social que presenta:

Oriana Fernanda Cerna La Torre

Asesor:

Ricardo Arturo Herrera Toscano

Lima, 2023

Informe de Similitud


Yo, Ricardo Arturo Herrera Toscano, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) de la tesis titulada(o) la confrontación del principio de fomento de solución pacífica del conflicto laboral y el principio de negociación libre y voluntaria en los artículos 47° y 61-A° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, de la autora Oriana Fernanda Cerna La Torre, dejo constancia de lo siguiente:

El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 28%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 16/01/2025. He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis o Trabajo de investigación, y no se advierte indicios de plagio.

Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha:

Lima, 16 de enero de 2025.

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora Ricardo Arturo Herrera Toscano	
DNI: 44259741	Firma 
ORCID: 0000-0001-9028-4454	

A mis padres, que me alentaron y brindaron sustento material y emocional de manera incondicional,

A la Música y la Danza por ser mis acompañantes y confidentes en este camino.



Resumen

La presente investigación se justifica en las recientes modificaciones que establece el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y la reducida cantidad de documentos académicos que las aborden. En específico, se analiza el contenido de los artículos 47° y 61-A°; el primero establece la aceptación ficta del empleador de recurrir al arbitraje frente a la solicitud de los trabajadores en el marco de la huelga, y el segundo, la posibilidad de que los trabajadores ejerzan la facultad de interponer el arbitraje potestativo a propósito de la ocurrencia de determinados supuestos. Así, se observa una presunta confrontación entre el principio de negociación libre y voluntaria, y el principio de solución pacífica de conflictos laborales, que se sustenta a lo largo del presente trabajo académico. Con el objetivo de analizar dicho aspecto que proponemos en abstracto, y los temas controversiales que envuelven a estos principios al interactuar entre sí, el trabajo se divide en tres capítulos. El primero recoge el marco teórico en el que se asienta la investigación y los conceptos que serán tratados a lo largo de la comprobación de la hipótesis. El segundo capítulo lleva a cabo un test de proporcionalidad respecto del artículo 47° y 61-A° respectivamente. Luego, el tercer capítulo se propone ahondar más allá de dicho test, y discute la confluencia del arbitraje potestativo de tipo causado e incausado, y la necesidad de toma de acciones positivas por parte del Estado y terceros en el marco de un contexto que evidencia una caída de la actividad sindical en los últimos 20 años y de la importancia de la democratización de las relaciones laborales a través de la negociación colectiva. Finalmente, se concluye con una reflexión que pretende armonizar las instituciones jurídicas abordadas, a fin de que el derecho a la libertad sindical pueda ser garantizado.

ÍNDICE

	Pág.
Resumen	3
Índice	4

CAPÍTULO I: ESTADO DEL ARTE

1.1	Los principios de fomento de solución pacífica de conflictos laborales y de negociación libre y voluntaria y el Estado Constitucional de Derecho.....	13
1.1.1	El principio de fomento de solución pacífica de los conflictos laborales y su plasmación en el ordenamiento jurídico.....	13
1.1.1.1	El derecho de negociación colectiva.....	15
1.1.1.2	Arbitraje.....	18
1.1.1.3	Medios alternativos de solución de conflictos.....	25
1.1.1.3.1	Conciliación.....	25
1.1.1.3.2	Mediación.....	26
1.1.2	Principio de negociación libre y voluntaria.....	27
1.1.2.1	El principio de negociación libre y voluntaria según la Organización Internacional del Trabajo.....	27
1.1.2.2	El principio de negociación libre y voluntaria según Tribunales arbitrales peruanos.....	29
1.1.2.3	El principio de negociación libre y voluntaria según el Tribunal Constitucional.....	32
1.2	El Estado Constitucional de Derecho.....	34
1.2.1	Antecedentes al Estado Constitucional de Derecho.....	34

1.2.2	El “plus de tutela” frente a la libertad sindical y su sustento en el Estado Constitucional de Derecho.....	35
1.2.3	El Estado Constitucional de Derecho y el contexto desfavorable para el ejercicio del derecho a la libertad sindical.....	39
1.2.3.1	Contexto económico.....	39
1.2.3.2	Normativa laboral.....	41

CAPÍTULO II: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

2.1	El derecho a la negociación colectiva como fundamento del deber de negociar del empleador.....	47
2.1.1	Naturaleza jurídica y titularidad de la negociación colectiva como fundamento de la obligación del empleador de negociar.....	47
2.2	El test de ponderación como vía de solución a la confrontación entre el principio de fomento de solución pacífica de conflictos laborales y el principio de negociación libre y voluntaria en los artículos 47° y 61-A° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.....	49
2.2.1	Test de ponderación respecto al artículo 47°.....	49
2.2.2	Test de ponderación respecto al artículo 61-A°.....	51
2.3	La regulación restrictiva de derechos colectivos en el ordenamiento jurídico peruano y la necesidad de promover la negociación colectiva.....	55
2.3.1	Contexto sindical peruano.....	55
2.3.2	Promoción de la negociación colectiva en el marco del deber Estatal de fomento de negociación colectiva.....	58
2.3.3	La negociación colectiva y la relación con la democratización del sistema de relaciones laborales.....	60

CAPÍTULO III: DISCUSIÓN

3.1	Confluencia entre el arbitraje causado e incausado en el ordenamiento jurídico peruano.....	68
3.1.1	La negativa de recurrir a arbitraje potestativo como una afectación al derecho de huelga.....	72
3.1.2	La apertura del conflicto y su vulneración al principio de fomento de solución pacífica de conflictos laborales.....	73

3.1.3	Limitar el conflicto solo a dos supuestos: vulneración al principio de jerarquía normativa.....	75
3.2	Los trabajadores y sus organizaciones sindicales y la iniciativa de recurrir al arbitraje potestativo.....	77
3.2.1	El deber de negociar de los empleadores.....	78
3.2.2	La necesidad de defensa de intereses de los trabajadores frente al contexto sindical.....	81
3.2.3	La necesidad de “cierre” del conflicto y la protección de derechos de los trabajadores.....	83
	Conclusiones.....	85
	Referencias bibliográficas.....	88



Introducción

El tema de la presente investigación se centra a propósito de las modificaciones introducidas al Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, a través del Decreto Supremo 014-2022-TR, publicado el 24 de julio del 2022. Las modificaciones surgen en un contexto desfavorable para la actividad sindical peruana que viene persistiendo desde los años noventa; en evidencia, según el Informe de situación de los derechos sindicales 2019-2021 emitido por PLADES, el Perú cuenta con una tasa decreciente de afiliación sindical: a 5.3% en el sector privado y de 15,4%% en el sector público – siendo la tasa incluso menor para las trabajadoras, y aquellas que ocupan puestos directivos dentro de las organizaciones sindicales-. Así, se observa que la actividad sindical se encuentra sumamente reducida tanto en el sector privado como público al observarse una ínfima tasa de afiliación de trabajadores y trabajadoras.

A partir de la promulgación de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo en 1992, la regulación de los derechos colectivos en el Perú se ha caracterizado por establecer un modelo restrictivo de dichos derechos, consolidándose así la desincentivación de la actividad sindical para trabajadores/as y organizaciones sindicales. En efecto, diversos artículos de dicha Ley fueron objeto de observaciones por parte de la Organización Internacional del Trabajo a través de su órgano especializado, el Comité de Libertad Sindical, debido a las afectaciones que determinadas normas generaban al ejercicio de la libertad sindical. Frente a ello, el Estado peruano realizó las subsanaciones requeridas en su mayoría; no obstante, mantuvo un modelo restrictivo frente a la libertad sindical recogido en la vigente Ley.

En este contexto, las modificaciones introducidas al Reglamento de la Ley establecieron nuevas reglas en materia de sindicación, negociación sindical, arbitraje y huelga. Frente a ello, diversos artículos fueron motivo de controversia por el sector empleador a través de procesos judiciales: un sector sostuvo que determinados artículos del Reglamento vulneraban el principio de negociación libre y voluntaria recogido en el artículo 4 del Convenio Núm. 98 de la Organización Internacional del Trabajo, e incluso otro, que resultaba ilegítimo su contenido debido a la forma en que fue emitido el Decreto Supremo. El sector sindical, por el contrario, se mostró a favor de

la nueva regulación, en tanto parte de estas modificaciones plantearon disposiciones que permiten el ejercicio de la actividad sindical con mayor celeridad y por lo tanto favorecen la defensa de intereses por parte de los trabajadores en el marco del ejercicio legítimo de la libertad sindical.

En específico, se han seleccionado bajo análisis los artículos 47° y 61-A° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, que introducen las siguientes reglas: el primero establece que, en el marco de la huelga, ante la falta de respuesta del empleador a la propuesta de sometimiento a arbitraje, se aplica el silencio positivo -aceptación ficta- de este último, y el segundo, que los trabajadores pueden recurrir al arbitraje potestativo bajo ciertos supuestos. Observamos que ambos artículos pretenden acelerar el cierre del conflicto y que la negociación colectiva sea efectiva, y así, tendrían sustento en el principio de fomento de la solución pacífica de los conflictos laborales, recogido en el artículo 28° de la Constitución Política del Perú, toda vez que las reglas que recogen se muestran como un “plus” de protección a la actividad sindical al promover vías de conciliación de los conflictos laborales a través del arbitraje potestativo y la aceptación ficta.

La selección de los artículos se debe a que observamos su aparente contraposición con el principio de negociación libre y voluntaria¹. Así, en el caso del artículo 61-A°, al aplicarse el arbitraje unilateralmente por decisión de la organización sindical se estaría vulnerando la decisión libre del empleador de recurrir a dicha vía de solución del conflicto laboral. Por su parte, el artículo 47° vulneraría dicha voluntad al aplicarse una aceptación tácita ante su falta de respuesta por tres días luego de la propuesta de sometimiento a arbitraje. De este modo, en tanto ambos principios se encontrarían en tensión según lo propuesto, es preciso hallar respuestas acerca de su aplicación en la práctica, y su constitucionalidad, de cara a la normativa nacional y al bloque de constitucionalidad.

Consideramos que resultan necesarias respuestas sobre los artículos 61-A° y 47°, toda vez que, existe un contexto de incertidumbre acerca de su aplicación en la práctica a partir de la emisión del Decreto Supremo 014-2022-TR y de su reducida exploración en el campo académico. Para analizar dicha confrontación el trabajo se divide en tres capítulos. El primero recoge el marco teórico en el que se asienta la investigación y los conceptos que serán tratados a lo largo de la

¹ Recordemos que, todos los principios en abstracto conviven en armonía entre sí, no obstante, es a partir de sucesos en específico, que pueden entrar en confrontación.

comprobación de la hipótesis. El segundo lleva a cabo un test de proporcionalidad respecto del artículo 47° y 61-A° respectivamente debido a la naturaleza jurídica de los principios. Luego, el tercer capítulo se propone ahondar más allá de dicho test, a fin de deliberar acerca del arbitraje potestativo de tipo causado e incausado, y la necesidad de toma de acciones positivas por parte del Estado frente a la caída de la actividad sindical en los últimos 20 años.



CAPÍTULO I: ESTADO DEL ARTE

El presente capítulo propone una breve síntesis de los principales conceptos que se desarrollarán a lo largo de esta sección, cuyo objetivo es realizar una ponderación entre el principio de fomento de la solución pacífica de los conflictos laborales y el principio de negociación libre y voluntaria, recogidos en los artículos 47° y 61-A° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Así, se definen los conceptos implicados a lo largo de la investigación, de acuerdo a lo sostenido por la doctrina actual laboral y decisiones jurisprudenciales que enriquecen dichas definiciones o discusiones. Asimismo, con el fin de comprobar que ambos artículos son constitucionales en vista a la normativa y al bloque de constitucionalidad y se justifican en un contexto desfavorable para la actividad sindical, los conceptos presentados en este capítulo permitirán sustentar el vínculo entre el principio de fomento de la solución pacífica de los conflictos laborales y la necesidad de proteger el ejercicio de la libertad sindical, frente a un escenario desfavorable para las organizaciones sindicales y trabajadores y trabajadoras.

A partir del desarrollo doctrinario en Teoría General del Derecho se observa que las normas se pueden diferenciar según su naturaleza y aplicación frente a conflictos normativos. Como ejemplos, podemos mencionar a los principios, reglas y directrices. En particular, se sustenta la existencia en abstracto de una confrontación entre dos principios: el principio de promoción de solución pacífica de los conflictos laborales y el principio de negociación libre y voluntaria. Así, tenemos por un lado a un principio que se encuentra recogido explícitamente en el artículo 28 de la Constitución Política del Perú, y a otro que se recoge en el artículo 4 del Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (núm.98) de la Organización Internacional del Trabajo, el cual se incorpora al bloque de constitucionalidad en nuestro sistema jurídico.

Ahora, previamente a delimitar los principios en contraposición, es preciso indicar que si bien a partir de una lectura textual del artículo 28° de la Constitución Política del Perú de 1993 se menciona el “fomento” y la “promoción” como acciones separadas por parte del Estado. En la presente investigación se condensan ambas acciones, toda vez que ambas cumplen el mismo

objetivo en el marco del ejercicio democrático de la libertad sindical. En ese sentido, en nuestra posición, tanto el fomento como la promoción representan sinónimos que hacen un llamado al Estado de cómo actuar frente al ejercicio de la autorregulación de las partes laborales. Asimismo, ambos términos buscan el mismo objetivo: promover la solución de forma pacífica de los conflictos que puedan suscitarse en el marco de la relación laboral. El papel del Estado, es el de llevar a cabo acciones para que sean las partes las que solucionen sus controversias, ya sea a través de una negociación colectiva, una conciliación, una mediación, o cualquier medio de deliberación y diálogo entre las partes que pueda acallar un conflicto. En efecto se observa que el inciso 2 del artículo 28 agrupa las soluciones de conflictos de manera pacífica. En ese sentido, a lo largo del texto se empleará en específico el término de “promoción de solución pacífica de los conflictos laborales” toda vez que dicha expresión resulta más amplia en cuanto a las formas de solución de controversias existentes.

Ahora, una vez realizada dicha precisión, en tanto la presente investigación se propone realizar un test de ponderación entre dos principios: el de negociación libre y voluntaria y el de promoción de soluciones pacíficas de los conflictos laborales, es preciso que definamos, ¿qué es un principio? Dicha labor nos permitirá identificar la naturaleza de los principios en presunta contraposición y, asimismo, ahondar en el papel del Estado y el ordenamiento jurídico frente a estos.

Los principios en la Teoría General del Derecho han sido objeto de diversas discusiones en la doctrina en vista a su complejidad y riqueza. Como ejemplo de estas, tenemos a los debates realizados entre autores como Dworkin, Hart, Alexy, Atienza, Ruiz Manero, entre otros. Así, dichos autores han centrado el debate en cómo se diferencia un principio de una regla, o incluso de una directriz.

Pezcenik propone un breve resumen de qué es un principio para Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero a propósito del artículo académico *“Three Approaches to Legal Principles”* y cómo se diferencia de la teoría que propone Robert Alexy. En primer lugar, se delimita a los principios jurídicos según su aplicación frente a casos “difíciles” o “fáciles”. Según la teoría alexiana, frente a este último tipo de casos se aplican directamente reglas jurídicas sin necesidad de realizar alguna ponderación con otra regla. Por el contrario, un principio se aplica en casos complejos y supone una ponderación con otro principio, además de contar con “grados” en su cumplimiento. Así, a partir de dicha diferencia podemos sustentar que un principio es aquella regla general que supone la aspiración de su máximo cumplimiento, y que se aplica en casos en que una regla no brinda una solución factible (no es un caso “fácil”) (2001, p. 330).

Por su parte, Atienza y Manero coinciden en que ante un caso fácil se aplica una regla cuando la aplicación de una regla a un supuesto de hecho no resulta controvertible a la luz del sistema de principios que fundamentan a un ordenamiento jurídico. Sin embargo, consideran que lo que Alexy llamaría grado de cumplimiento de un “principio” configuraría en realidad como la aplicación de una “directriz” o “norma programática” y no un principio en “sentido estricto” (Pezcenik, 1992, p. 331).

Según Atienza y Manero, por lo tanto, los principios no son mandatos de optimización y requieren necesariamente un cumplimiento pleno:

(...) los principios en sentido estricto son mandatos de optimización únicamente en el sentido de que, al estar configuradas de forma abierta sus condiciones de aplicación (...), pero una vez que se ha determinado que en ese caso prevalece el principio, este exige un cumplimiento pleno (citado en Pezcenik 1992, pp. 330).

Por lo tanto, según los autores españoles, las reglas y principios se diferencian de la siguiente manera: los principios en sentido estricto cuentan con una manera “abierto” de aplicarse, a diferencia de las reglas, que lo hacen de forma “cerrada”. El término “abierto” se refiere al carácter general e indeterminado de los principios, mientras que el “cerrado” a que la aplicación de la norma es clara, determinada y específica. Asimismo, los principios tendrían un mayor alcance justificatorio al estar enunciados en términos más generales y contar así con una mayor fuerza expansiva al expresar los valores superiores de un ordenamiento jurídico (Pezcenik 1992, p. 331).

Por su parte Roberto Islas, aporta también a este debate, a partir de un resumen clarificador sobre qué son los principios a partir de Ronald Dworkin, Robert Alexy y Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. Según Islas, Ronald Dworkin se refiere a los principios como aquel término genérico referido a los estándares fundamentados por la moralidad u objetivos que deben ser alcanzados. En efecto, a partir de “Los derechos en serio”, Dworkin sostiene que en tanto los jueces aplican y crean derecho a través de sus decisiones a casos en concreto, recurren a “estándares” cuando afrontan un caso difícil; dichos “estándares” serían principios y no normas. Así, se consolida bajo el término “principio” a principios, directrices políticas y otras pautas que quieren ser alcanzadas en determinado ordenamiento jurídico (2011, p. 440).

Así entonces, para Robert Alexy los principios son mandatos de optimización que requieren ser cumplidos en la mayor medida posible; para Manuel Atienza, en coincidencia con Dworkin, estos son normas de carácter general que reflejan objetivos de carácter económico, social, moral y

otros valores (2011, p.398). Por su parte, Islas, desde una perspectiva etimológica de los principios, indica que un principio recoge aquella relación que une a un valor que se quiere alcanzar o satisfacer en la mayor medida posible, y aquello “que se deba relacionar”.

Ahora que podemos identificar claramente qué es un principio a la luz de las principales opiniones en la doctrina y cómo despliegan sus efectos, es preciso que ahora cuestionemos, ¿cuál es la diferencia entre una directriz y un principio, toda vez que ambos son objetivos que deberían ser alcanzados en la mayor medida posible? Para responder a esa pregunta es preciso recurrir a lo sostenido por Dworkin; una directriz es un estándar que recoge un objetivo que debe ser alcanzado a fin de mejorar en algún aspecto económico, político o social en determinada sociedad, mientras que un principio es un estándar que debería ser satisfecho en la mayor medida no porque favorezca un aspecto de tal tipo, sino porque es una exigencia de la justicia, equidad o la moral (2002, p. 72).

A partir de esta diferencia, ¿el principio de fomento de solución pacífica de los conflictos laborales, por un lado, y por otro, el principio de negociación libre y voluntaria son directrices o principios? En nuestra opinión ambos son principios debido a que cumplen con las siguientes características: (i) son exigibles a fin de que se haga efectivo el derecho humano de libertad sindical plenamente, y por lo tanto la consecución de otros derechos humanos relacionados (ii) no son simples objetivos que se plantean ser alcanzados en determinada sociedad a fin de alcanzar una mejora a nivel económica, social o política, sino porque son exigibles y deben ser ejercidos y (iii) se aplican en términos generales y con una amplia fuerza expansiva.

1.1 Los principios de fomento de solución pacífica de conflictos laborales y de negociación libre y voluntaria y el Estado Constitucional de Derecho

1.1.1 El principio de fomento de solución pacífica de los conflictos laborales y su plasmación en el ordenamiento jurídico

El principio de fomento o promoción de la solución pacífica de los conflictos laborales se encuentra recogido expresamente en el artículo 28 de la Constitución Política del Perú, es a partir de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que se explicita el deber del Estado frente a dicho principio. Observemos las principales conclusiones de dicho pronunciamiento; el caso se

recoge en la sentencia del Expediente N° 0261-2003-AA/TC, sobre el recurso interpuesto por la Cámara Peruana de la Construcción (CAPECO) en contra de autos emitidos por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo que pretendían determinar la aplicación de negociación a nivel de rama de actividad en la negociación colectiva en el sector de construcción civil; CAPECO alegó que la vía adecuada era la de negociación a nivel de empresa en virtud de la Tercera Disposición Transitoria de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo que indicó que las negociaciones bajo rama de actividad debían ratificar dicho nivel, y que a falta de dicha ratificación, esta se llevaría a cabo a nivel de empresa.

El Ministerio sostuvo que su intervención resulta justificada dentro de sus funciones y se sustenta en la protección del derecho efectivo a la negociación colectiva en favor de los trabajadores de construcción civil. Así, la negociación por rama de actividad sí satisface el ejercicio de dicho derecho debido a que la actividad económica en construcción civil cumple con características particulares tales como la rotación de trabajadores constante entre empresas y el carácter temporal de las obras.

Frente a esto el Tribunal Constitucional reafirmó en efecto el papel del Estado frente a la consecución efectiva del derecho de negociación colectiva. Alegó que en virtud del Convenio N° 98 de la Organización Internacional del Trabajo, convenio sobre libertad sindical ratificado por el Estado, este tiene la obligación de garantizar el derecho a la negociación colectiva y promover su desarrollo a través de acciones concretas:

“En lo que al presente caso se refiere, interesa poner de relieve que el artículo 28° de la Constitución debe interpretarse en el sentido de que, si bien esta labor de fomento y promoción de la negociación colectiva, implica, entre otras acciones, que el Estado promueva las condiciones necesarias para que las partes negocien libremente, ante situaciones de diferenciación admisible, el Estado debe realizar determinadas acciones positivas para asegurar las posibilidades de desarrollo y efectividad de la negociación colectiva, pudiendo otorgar determinado “plus de tutela” cuando esta sea la única vía para hacer posible la negociación colectiva (Tribunal Constitucional, fundamento 2, EXP N° 0261-2003-AA/TC, 2003).”

Como se observa, el Estado debe llevar a cabo acciones palpables a fin de que el derecho de negociación colectiva, y en general, la solución pacífica de controversias laborales, puedan aplicarse. Estas acciones son llamadas en la doctrina como “afirmativas” o “positivas” y representan un trato diferenciado justificado en virtud a la desigualdad material que afrontan

determinados grupos vulnerables en la sociedad. En ese sentido, esta situación de desigualdad y vulnerabilidad de determinados grupos -en este caso, individuos que ejercen el derecho a la libertad sindical- exige al Estado la obligación de brindar un “plus de tutela”, es decir, una protección reforzada plasmada en acciones afirmativas que permitan que puedan ejercer y desarrollar un medio de solución pacífica de la controversia laboral.

No es gratuito que el Tribunal Constitucional mencione al Convenio N° 98 de la Organización Internacional del Trabajo: este convenio -que forma parte a su vez de los convenios que protegen derechos laborales fundamentales según la Declaración de 1998 sobre derechos y principios laborales de la OIT- se incorpora directamente a nuestro ordenamiento a través del artículo 3° de la Constitución, el cual establece que la lista de derechos contenidos en la carta no excluye a otros que se incorporen mediante el bloque de constitucionalidad.

1.1.1.1 El derecho de negociación colectiva

Al referirnos a la negociación colectiva a lo largo del trabajo, aclaramos que en específico lo equiparamos al “trato directo”. Una vez clarificado en qué consiste el principio de fomento o promoción de la solución pacífica de los conflictos laborales, realizaremos un breve recuento de las principales vías pacíficas de solución de conflictos laborales -sin excluir a la que puedan crear las partes-. En el presente capítulo identificamos principalmente las siguientes vías de solución del conflicto: la negociación colectiva, el arbitraje, la conciliación y la mediación.

Antes de recapitular las implicancias de la negociación colectiva es preciso que comentemos su origen indudable, la autonomía colectiva, y el derecho a la libertad sindical. La autonomía colectiva supone como concepto que las partes privadas, en tanto son las que se encuentran en mejor posición de conocer sus intereses, son las más adecuadas para poder regular acuerdos entre ellos. En ese sentido, se confiere poder auto normativo a dichas partes, en este caso, organizaciones sindicales y asociaciones de empleadores. Partiendo de esta noción de autonomía colectiva, el derecho humano a la libertad sindical, es aquel derecho complejo que canaliza dicha protección de intereses y las acciones sindicales que la acompañan para su consecución.

La libertad sindical, según Alfredo Villavicencio, engloba la libertad de representación, la libertad de auto regulación y la libertad de gestión. Así, en el marco de una negociación colectiva entre las partes, las organizaciones sindicales ejercen dichas libertades a fin de lograr suscribir un producto negocial, es decir, un convenio colectivo. El autor precisa que la negociación colectiva, forma parte del contenido esencial de la libertad sindical en tanto constituye el medio prioritario de acción de las organizaciones sindicales en conjunto con la huelga, también medio de promoción y defensa de derecho. En ese sentido, la sindicación, la negociación colectiva y la huelga son engranajes necesarios entre sí como manifestaciones de la autonomía colectiva, y que se expresan a través de la libertad sindical (2010, p. 141).

Podemos agrupar las premisas mencionadas de la siguiente manera: el derecho de sindicación es relevante en tanto permite a los trabajadores agruparse, para así mediante el derecho a la negociación colectiva poder pactar mejores derechos en virtud de sus intereses. Asimismo, como medio de defensa de estas acciones, pueden recurrir a la huelga como medio coercitivo en vista a la relación desigual de poder que existe entre el empleador y el trabajador.

Ante lo dicho, nos cuestionamos: ¿cuál es el papel que debería tener el Estado frente al derecho de negociación colectiva? Según Dolorier, en el marco de un Estado Social de Derecho, el Estado debe proteger el ejercicio de derechos humanos y puede actuar de forma restrictiva, sin embargo, respetando el contenido esencial de este derecho (2010, p. 155).

¿Cuáles serían los requisitos que debería observar el Estado, que acompañen a posibles límites a la negociación colectiva a fin de ser coherentes con un esquema constitucional que reconoce la autonomía colectiva? A partir de una sistematización de la doctrina formulada por el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional, Dolorier propone que las limitaciones deben ser excepcionales, durante un periodo razonable de tiempo y acompañarse de garantías que protejan el nivel de vida de los trabajadores. Por lo tanto, una limitación viable a la negociación colectiva sería aquella en materia salarial, sin embargo, observando los requisitos mencionados y con el objetivo de lograr un equilibrio entre “lo socialmente deseable y lo económicamente viable” (2010, pp. 160-164)

El mismo autor presenta las siguientes ideas relevantes que diferencian a la Constitución de 1979 y la Constitución vigente respecto a la negociación colectiva: (i) la Constitución vigente confiere un nuevo rol al Estado frente al derecho de negociación colectiva toda vez que le asigna el deber de fomento y por lo tanto debe intervenir defendiendo la autonomía colectiva de intervenciones que la puedan limitar; y (ii) respecto a la jerarquía del convenio colectivo, la Constitución de 1979

establecía que el este tenía “fuerza de ley”, mientras que la carta magna actual establece que tiene “fuerza vinculante”. Esto, según Dolorier trae problemas teóricos pues ya no resulta tan clara la ubicación del convenio colectivo en el nivel primario o terciario del sistema jurídico (2010, pp. 166-167).

Por otro lado, sobre la titularidad de la negociación colectiva, gran parte de la doctrina sostiene que esta corresponde a los trabajadores únicamente. En primer lugar, Javier Neves sostiene que la negociación colectiva en tanto resulta un instrumento para mejorar las condiciones de los trabajadores, y se muestra como la vía más idónea, es de titularidad de los trabajadores y sus representantes:

“La libertad sindical comprende un conjunto de derechos que, por su titularidad, se clasifican en individuales y colectivos; y, por su contenido, en orgánicos y funcionales. Si combinamos ambos criterios, el más importante de los derechos de titularidad colectiva y contenido funcional es el de negociación colectiva. Su relevancia es tal que se dice que el sindicato es un instrumento para mejorar las condiciones económicas y laborales de sus representados, pero el medio del que se vale para ello es la negociación colectiva (2014, p. 2).”

Asimismo, esto se ve respaldado en la titularidad del derecho a la libertad sindical: el derecho a la negociación colectiva es un medio o herramienta para el encauce de la libertad sindical. Asimismo, procura asegurar su eficacia. Diversos tratados de derechos humanos -en tanto la negociación colectiva es un derechos humano- coinciden en que la titularidad de este derecho recae en los trabajadores; por un lado, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 8° indica que son los trabajadores titulares del derecho a organizar sindicatos y afiliarse a estos para promover sus intereses ; por otro lado, el Protocolo Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indica que toda persona tiene el derecho a fundar sindicatos a fin de proteger sus intereses económicos y sociales y que por lo tanto, la negociación colectiva, como instrumento de la libertad sindical es un medio para promover dichos intereses.

Es pertinente también mencionar lo propuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto a la libertad sindical y la negociación colectiva. En la sentencia del caso Lagos del Campo vs. Perú, la Corte sostiene que la libertad sindical implica no solo proteger a las organizaciones sindicales, afiliados y representantes, debido a que la libertad sindical

adquiere suma relevancia en la defensa de intereses de los trabajadores; por lo tanto, el núcleo de la negociación colectiva es precisamente poder canalizar y aterrizar el proceso de aquella defensa de intereses legítimos frente al empleador. Así, la negociación colectiva en tanto mecanismo de la libertad sindical, y en tanto es reconocida como un derecho humano, se consolida como un derecho sumamente relevante en vista a que permite la defensa de derechos e intereses. De esta manera, se incluye en tratados de derechos humanos y por lo tanto en el bloque de constitucionalidad de los ordenamientos jurídicos.

1.1.1.2 Arbitraje

El arbitraje laboral es una institución jurídica que abarca distintos tipos, según lo establecido por la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su Reglamento. Por lo tanto, se clasifica en los siguientes tipos de arbitraje según a la obligación de las partes frente a la decisión de recurrir al arbitraje en el marco de una controversia: el arbitraje voluntario, el arbitraje obligatorio y el arbitraje potestativo según se observa en nuestro ordenamiento.

Asimismo, cabe resaltar que el arbitraje es un mero mecanismo válido dentro del marco de la autonomía colectiva introducido por la normativa laboral y arbitral, no obstante a pesar de que cumpla la función de “cerrar” un conflicto entre las partes, no tiene la naturaleza ni el rango de derecho humano a comparación de la negociación colectiva.

Arbitraje voluntario

El arbitraje laboral voluntario es aquel pactado entre las organizaciones sindicales o representantes de los trabajadores, por un lado, y los empleadores y sus representantes, por el otro. La actual Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, establece, en evidencia que las partes pueden recurrir a dicho mecanismo de solución de controversia laboral, en el marco de una huelga:

Artículo 63.- Durante el desarrollo de la huelga los trabajadores podrán, asimismo, proponer el sometimiento del diferendo a arbitraje, en cuyo caso se requerirá de la aceptación del empleador.

El arbitraje voluntario y su plasmación en nuestra legislación pone en práctica el principio de fomento de solución pacífica de solución de controversias que indica el artículo 28° de la Constitución. Así, pretende que las mismas partes, que en virtud de la autonomía colectiva son las más adecuadas de poder autorregular sus intereses y vínculos, puedan arribar a un cierre de conflicto y solución de la controversia de manera pacífica por iniciativa propia. Es decir, este tipo de arbitraje no prevé ningún tipo de obligación de una de las partes a someterse a un arbitraje por decisión de la otra, ni tampoco se ve facultado a obligarla a recurrir a dicha vía.

Asimismo, este tipo de arbitraje también se enmarca en la Recomendación N° 92 “Recomendación sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios” de la Organización Internacional del Trabajo. El dispositivo indica que los Estados deben favorecer vías de conciliación voluntaria, según las condiciones nacionales de cada país a fin de contribuir a la prevención y solución de conflictos que puedan suscitarse entre los trabajadores y empleadores. En ese sentido, los Estados tienen la obligación de fomentar vías de solución de conflictos de manera voluntario, con la observancia de analizar si las condiciones nacionales requieren la aplicación de otro tipo de arbitraje.

Su naturaleza voluntaria no ha generado mayor debate doctrinario, en tanto el supuesto recogido en el artículo 63 citado resulta claro: como alternativa a la huelga, los trabajadores pueden recurrir al arbitraje, sin embargo, con aceptación del empleador, para activar dicho mecanismo.

Arbitraje obligatorio

Este tipo de arbitraje se identifica como obligatorio en tanto una norma de forma expresa recoge dicho carácter: obliga a las partes a elegir dicho mecanismo de solución de conflictos en un determinado supuesto. En tanto el escenario “ideal” a la luz de la Recomendación N° 92 plantea que el arbitraje debe ser voluntario, el supuesto contrario, el arbitraje obligatorio, resulta sumamente restrictivo e impositivo. Debido a dicho carácter, este solo se aplica en un supuesto y en la norma de relaciones colectivas. Así, la norma precisa que, en el siguiente caso las partes deben recurrir al arbitraje y no otro medio de solución de controversias. La Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo indica en su artículo 68° lo siguiente:

“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 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** (subrayado nuestro).”

Así, se observa que la legislación peruana recoge en efecto que las partes deben estar de acuerdo en recurrir al arbitraje laboral frente a una controversia, sin embargo, plantea ciertos supuestos en los que resulta necesario una solución de forma urgente y es obligatoria una solución pacífica del conflicto: i) compromiso grave de una empresa o sector productivo, ii) presencia de actos de violencia o iii) consecuencias o magnitud graves de la huelga. Cabe resaltar que este supuesto no prevé un arbitraje en sí sino un arreglo directo u otra forma de solución pacífica del conflicto promovida por la autoridad administrativa, o en última instancia por parte del Ministerio de Trabajo, no obstante, cumple las mismas condiciones: interviene un tercero para resolver el conflicto.

Arbitraje potestativo

Según Mendoza Legoas (2017) el arbitraje potestativo es un mecanismo bilateral de interposición unilateral: es solicitado unilateralmente, pero tiene carácter bilateral en tanto si una de las partes decide acudir al arbitraje, la otra está obligada a aceptarlo.

El autor distingue dos tipos de arbitraje potestativo: uno según el artículo 61° de la LRCT, en el que basta la voluntad de una de las partes para que la otra se vea obligada a participar, y otro según el artículo 61-A° del Decreto Supremo N° 011-92-TR, en el que un tribunal arbitral determina si corresponde la aplicación de dicho mecanismo. Asimismo, aunque se considera que el arbitraje potestativo fue una figura creada por el Decreto Supremo N° 014-2011-TR, la legislación peruana ya la contemplaba desde 1992 en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

Mendoza también señala que este es un mecanismo con reglamentación supletoria, es decir, se regula por la legislación laboral y arbitral, aportando así a regular aspectos del procedimiento cuando las partes no alcanzan un acuerdo. Por ejemplo, si no existe acuerdo, se aplican las normas de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su Reglamento o en caso de vacíos, el Decreto Legislativo N° 1071, normativa sobre arbitraje en general.

El arbitraje potestativo cuenta con cierto grado de libertad por las partes, en tanto corresponderá a estas recurrir a dicho tipo de medio de solución de controversias si así lo optan, no obstante, una vez activado, la otra parte queda supeditada al arbitraje de manera obligatoria. Al igual que los tipos de arbitraje descritos previamente, el arbitraje potestativo se activa como parte del proceso de negociación colectiva cuando las partes no pueden llegar a un acuerdo, y es una alternativa al ejercicio del derecho de huelga. Existe un sector de la doctrina que en interpretación de la legislación y el Reglamento, indica que solo está previsto el arbitraje potestativo causado, no obstante otro gran sector de la doctrina opina que también existe el de tipo incausado según el artículo 61° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo a partir de lo que establece su contenido; ahondaremos en dicha discusión en los siguientes párrafos.

Las sentencias recogidas en los siguientes expedientes del Tribunal Constitucional resultan sumamente relevantes en dicha discusión: i) el expediente N° 3561-2009, ii) el expediente N° 3243-2012, iii) el expediente N° 3361-2003-AA/TC y iv) el expediente 02566-2012-PA/TC.

El artículo 61° de la Ley es interpretado por el Tribunal Constitucional de la siguiente manera: este artículo establece que 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, configurándose así un arbitraje potestativo. Por lo tanto, se interpreta que la frase “podrán las partes someter el diferendo a arbitraje” determina que la decisión de una de estas somete a la otra.

La sentencia generó un gran debate acerca del arbitraje potestativo: por un lado, aquellos que se encuentran a favor de dicha premisa sostienen que en aplicación del artículo 28 de la Constitución y el extremo que establece la promoción de formas pacíficas de soluciones de conflictos laborales, el arbitraje potestativo es la vía más conveniente. De esta manera, el arbitraje potestativo resulta atractivo debido a su carácter pacífico en contraste con la huelga, y ambos mecanismos que pueden ser aplicados en el marco de una controversia entre organizaciones sindicales y empleadores.

En efecto, autores como Guillermo Boza y Ernesto Aguinaga indican que la parte empleadora tiene el deber de negociar y por lo tanto el arbitraje potestativo forma parte del contenido del derecho de negociación colectiva. Así, en tanto el artículo 28 de la Constitución consagra una concepción de la negociación colectiva como pretensión, y no como un permiso, corresponde a la contraparte el deber de negociar, y por lo tanto no existe una “libertad” a negociar, sino un

deber en contraposición al derecho. El arbitraje potestativo, asimismo, tiene sustento en el mismo artículo de la constitución en tanto plasma la obligación estatal de fomentar/promover formas pacíficas de solución de los conflictos laborales, y la normativa infra constitucional lo regula de forma restrictiva (Boza y Aguinaga 2013).

Por otro lado, el sector de la doctrina en contra del arbitraje potestativo se respalda en el principio de negociación libre y voluntaria que recoge la Organización Internacional del Trabajo, cuyos convenios se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 3°, 55° y Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. En específico, el Convenio Núm. 98 de la OIT establece en su artículo 4 que se deben estimular y fomentar el desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntarias. Así, el arbitraje potestativo, al ser activado por una de las partes y supeditar a la otra a dicha decisión, estaría afectando el principio de negociación libre y voluntaria pues no se prevalecerían medios voluntarios de acuerdo.

Lo cierto es que actualmente el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo establece en su artículo 61-A° explícitamente el arbitraje potestativo²: se indica que habiendo convocado por lo menos seis reuniones de trato directo o de conciliación y pasados tres meses desde el inicio de la negociación, cualquiera de las partes tiene la facultad de interponer el arbitraje potestativo, ocurridos lo siguientes supuestos: si las partes no se ponen de acuerdo en la primera negociación, en el nivel o su contenido, o cuando durante la negociación se adviertan actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo.

De forma inicial el Reglamento planteaba la facultad de interponer el arbitraje potestativo en los siguientes supuestos:

“Artículo 61-A

“Habiéndose convocado al menos seis (6) reuniones de trato directo o de conciliación, y transcurridos tres (3) meses desde el inicio de la negociación, cualquiera de las partes tiene la facultad de interponer el arbitraje potestativo, ocurridos los siguientes supuestos:

Las partes no se ponen de acuerdo en la primera negociación en el nivel o su contenido;
o,

² Consideramos que el arbitraje potestativo se consagra en nuestro ordenamiento a través de la promulgación de la Ley Relaciones Colectivas de Trabajo, que estableció en su artículo 61° que “podrán las partes, someter el diferendo a arbitraje”. Este, asimismo se ve asentado en el artículo 28° de la Constitución y el principio de fomento y promoción de soluciones pacíficas de los conflictos laborales.

Cuando durante la negociación se adviertan actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo.”

Posteriormente, el artículo 2 del Decreto Supremo N° 014-2022-TR modifica su contenido al precisar que:

“**Los trabajadores** tienen la facultad de interponer el arbitraje potestativo, ocurridos los siguientes supuestos:

Las partes no se ponen de acuerdo en la primera negociación, en el nivel o su contenido , habiéndose convocado al menos seis (6) reuniones de trato directo o de conciliación , o transcurridos tres (3) meses desde el inicio de la negociación; o,

Cuando durante la negociación se adviertan actos de mala fe del empleador que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo” (subrayado nuestro).

Como se observa, según el Reglamento, el arbitraje potestativo, puede ser activado únicamente por los trabajadores, cuando sucedan los supuestos descritos líneas arriba, siendo el objetivo del presente trabajo también argumentar la viabilidad de esta modificación.

Por otro lado, el arbitraje potestativo incausado también representa una herramienta jurídica importante en nuestro ordenamiento, y empleada generalmente por las organizaciones sindicales en arbitrajes. Según este mecanismo, una de las partes convoca a la otra con base a la ley a recurrir a arbitraje, sin configurarse necesariamente supuestos establecidos por el Reglamento. La viabilidad de este mecanismo sido confirmada por la decisión N° 5132-2014 emitida por la sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, que confirma la sentencia que declaró infundada la demanda de acción popular presentada por la Sociedad Nacional de Industrias; dicha demanda cuestionaba la vigencia del Decreto Supremo N° 014-2011-TR, dispositivo que incorporaría al Reglamento de la LRCT el arbitraje potestativo.

El Decreto Supremo estableció en el artículo 61-A 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 de adviertan actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo. Asimismo, este dispositivo normativo fue desarrollado por la Resolución N° 284-2011-TR que propone un listado de actos que pueden identificarse como de “mala fe”.

La decisión N° 5132-2014 que resuelve la Acción Popular se aparta del arbitraje potestativo causado -establecido en la sentencia del caso de “portuarios” en el expediente N° 3561-2009- e indica que a partir de una interpretación del artículo 61° de la LRCT no se requiere una causal de mala fe; así, las organizaciones sindicales y empleadores se encontrarían por lo tanto facultados para someter cualquier controversia a un arbitraje sin causa previa y “en tanto no hayan ejercido su derecho de huelga en el caso de los sindicatos”.

A partir de la breve exposición de definiciones y debates en torno a los tipos de arbitraje laboral, es pertinente también señalar las principales modificaciones realizadas al Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo a partir de la entrada en vigencia del Decreto Supremo 014-2022-TR recientemente.

En primer lugar, el artículo 46° indicaba inicialmente que al término de la negociación directa o conciliación cualquiera de las partes podría someter el diferendo a arbitraje salvo que los trabajadores opten por la huelga de conformidad al artículo 62 de la Ley. Este artículo establece lo siguiente: en el caso en que no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación las partes podrán someter el diferendo a arbitraje, y los trabajadores pueden alternativamente declarar la huelga. Existía entonces una situación de igualdad entre las partes frente a la posibilidad de recurrir al arbitraje laboral, sin embargo, se protegía el mecanismo de huelga como aquel medio de presión principal y primordial que tienen los trabajadores y sus organizaciones sindicales.

Luego, el Decreto Supremo N° 009-93-TR introduce un cambio en dicho artículo, al establecer que la Oficina de Economía del Trabajo y Productividad del Ministerio de Trabajo y Promoción Social por propia iniciativa podrá solicitar en el curso del procedimiento de negociación directa o de conciliación, la información necesaria que le permita dar cumplimiento a lo ordenado por el artículo 56° de la Ley. Este artículo señala lo siguiente: 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

Finalmente, el Artículo 2 del Decreto Supremo N° 014-2022-TR, publicado el 24 julio 2022, introduce el siguiente cambio al artículo 46:

“Artículo 46.- Arbitraje

El arbitraje solicitado por los trabajadores, previsto en el artículo 61 de la Ley, procede siempre que ocurra alguna de las causales previstas en el presente Reglamento, salvo que los trabajadores opten por ejercer alternativamente el derecho de huelga, de conformidad con el artículo 62 de la Ley.

La Autoridad Administrativa de Trabajo, de ámbito nacional o regional, según corresponda, o la que haga sus veces, del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo por propia iniciativa podrá solicitar en el curso del procedimiento de negociación directa o de conciliación, la información necesaria que le permita dar cumplimiento a lo ordenado por el artículo 56 de la Ley. (subrayado nuestro)”

La diferencia entonces reside entonces en que según la modificación, actualmente los trabajadores son los que someten el diferendo a arbitraje laboral.

Por otro lado, el artículo 47° sufre los mismos cambios. La redacción previa establecía que en el caso contemplado por el artículo 63° de la Ley los trabajadores o sus representantes podrían proponer por escrito al empleador el sometimiento del diferendo a arbitraje, requiriéndose la aceptación escrita de éste. Si el empleador no diera respuesta por escrito a la propuesta de los trabajadores en el término del tercer día hábil de recibida aquella, se tendrá por aceptada dicha propuesta, en cuyo caso se aplicarán las normas relativas al procedimiento arbitral; el arbitraje procederá si se depone la huelga. La redacción modificada con el Decreto Supremo 014-2022-TR se mantiene, sin embargo, omite la última regla: el arbitraje procederá si depone la huelga y por lo tanto, se omite el requisito de finalización de la huelga para proceder a llevar el diferendo a arbitraje.

1.1.1.3 Medios alternativos de solución de conflictos

1.1.1.3.1 Conciliación

El arbitraje laboral no es la única vía de confluencia del conflicto laboral; nuestro ordenamiento jurídico prevé opciones adicionales que puedan pactar las partes. Uno de los medios pacíficos alternativos de solución de conflictos laborales -en contraste del proceso judicial y el arbitraje laboral- es el de conciliación, recogido en la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Según el Tribunal

Constitucional en la sentencia correspondiente al Expediente N° 008-2005-AI, esta es una forma de solución pacífica del conflicto laboral que se lleva a cabo a través del diálogo de las partes:

“(…) 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 (...) 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 conflicto. (...) [Así, la] labor conciliadora consiste en apaciguar y frenar la confrontación. Atenuar las diferencias, propiciar un diálogo constructivo y sugerir vías de entendimiento (como se citó en Campos 2011, p. 213)”

La conciliación consiste por lo tanto en un modo de negociación entre las partes, guiadas por un tercero que no impone soluciones y opiniones. Según Campos, la conciliación se caracteriza por la presencia de un tercero que asiste a las partes a llegar a un acuerdo, el cual tendrá carácter de cosa juzgada una vez formulado por común acuerdo.

Cabe resaltar que esta vía se diferencia de la mediación porque en este caso el conciliador no alcanza a las partes propuestas de solución al conflicto laboral. En ese sentido, en nuestra legislación, a través de la Nueva Ley Procesal de Trabajo, en el marco de las relaciones laborales existen tres formas de poder plasmar el conflicto a través de la conciliación: (i) la conciliación administrativa ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, (ii) la conciliación judicial, y (iii) la conciliación extra judicial y privada (Campos, 2011, p. 213).

1.1.1.3.2 Mediación

La mediación laboral, como medio de solución de conflictos laborales se encuentra también regulado por la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo 010-2003-TR. La norma precisa que es aplicable en la etapa de conciliación y durante la huelga. Asimismo, plantea que el mediador propone soluciones a las partes, y en caso sea aceptada por estas, esta tendrá la misma naturaleza normativa que un convenio colectivo. Por lo tanto, se diferencia de la conciliación según el rol que cumple este tercero que acompaña a las partes.

El Tribunal Constitucional, mediante la sentencia del Expediente N° 008-2005-PI/TC ha definido y asignado las siguientes características a la mediación:

(...) es el acto de interposición de fórmulas de avenimiento a la solución del conflicto. La mediación laboral, en el ámbito privado, se gesta cuando los agentes negociadores solicitan o autorizan específicamente al conciliador la presentación de una o varias propuestas de solución. 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. (...) Entre las principales características cas de la mediación se tiene: – Propositividad: Dicha actividad no sólo consiste en acercar a las partes en conflicto, sino que a petición de estos se expone, sugiere y formula una vía de solución. – Solemnidad: Se lleva a cabo de manera formal y ritualista. – Reserva: Se lleva a cabo con sigilo y discusión, en relación a las personas o entes ajenos al conflicto. – Decisividad: En caso de alcanzar éxito, la solución aceptada por los agentes negociadores produce efectos homólogos a una sentencia, laudo o resolución (como se cita en Cadillo p. 156)

Por lo tanto, la mediación es similar a la conciliación salvo que se diferencian en las propuestas que alcanza el mediador a la partes; en ambos casos, no obstante, la solución que se adopte, adquiere carácter de cosa juzgada y que pone fin al conflicto laboral. Así, tiene los mismos efectos que un convenio colectivo, sentencia o laudo y cierra un conflicto entre las partes, siendo en el caso laboral, los trabajadores y el empleador.

1.1.2 Principio de negociación libre y voluntaria

1.1.2.1 El principio de negociación libre y voluntaria según la Organización Internacional del Trabajo

Gernigon, Odero y Guido, resumen los principios aplicables en la negociación colectiva a la luz de los pronunciamientos de la Organización Internacional del Trabajo. El principio de negociación libre y voluntaria consiste en que la negociación colectiva debe contar con voluntariedad de las partes según lo recoge el artículo 4° del Convenio N° 98; en efecto, los autores sostienen que, a partir de una lectura de los convenios de la OIT, no existe una obligación

formal de negociar ni de alcanzar de manera obligatoria un convenio colectivo o solución del conflicto. El Comité de Libertad Sindical, indica que ninguna disposición del Convenio N° 98 obliga a los Estados a imponer un sistema de negociación colectiva a las partes, en tanto esto alteraría el “carácter” de las negociaciones (2000, p. 44).

No obstante, en la práctica los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo han permitido la imposición de sanciones a las conductas contrarias a la buena fe en el marco de la negociación colectiva, y la imposición de conciliación y mediación en condiciones razonables. Así, para la permisión de dichas imposiciones se ha observado la voluntad de fomentar la negociación colectiva en países donde la acción sindical se encuentra mermada o desincentivada.

Como parte del principio de negociación libre y voluntaria, se adhiere también el principio de libertad de decisión del nivel de negociación, y el principio de buena fe en la negociación colectiva. El primero de estos se refiere a que las partes deben escoger de manera libre el nivel de negociación colectiva que llevarán a cabo. Así, según la Recomendación N° 163 de la Organización Internacional del Trabajo, no obstante, los Estados, cuando resulte necesario deben adoptar medidas para fomentar la negociación colectiva en cualquier nivel (como se cita en Gernigon, Odero y Guido, 2000, p. 45).

El Comité de Libertad Sindical por su parte sostiene que, en virtud del artículo 4 del Convenio N° 98 el nivel de negociación no debe ser impuesto por la legislación, por una autoridad administrativa o por una autoridad judicial; por lo tanto, la negativa de la parte empleadora de negociar en un nivel determinado, no constituye una vulneración del derecho de libertad sindical (2000, p. 45).

Según el Comité de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), el arbitraje impuesto a solicitud de una de las partes sería contrario al principio de negociación voluntaria y a la autonomía de las partes en la negociación. No obstante, señalan que pueden admitirse excepciones en aquellos casos en que existan disposiciones, que, por ejemplo, permitan a las organizaciones de trabajadores iniciar este procedimiento para la firma del primer convenio colectivo, toda vez que la experiencia demuestra que el acuerdo del primer convenio colectivo resulta uno de los pasos más difíciles. Así, este tipo de disposiciones puede considerarse como mecanismos y procedimientos que facilitan la negociación colectiva.

Sobre la imposición del arbitraje por parte de las autoridades, la CEACR sostiene que se puede admitir que existen situaciones en las que, luego de negociaciones prolongadas e infructuosas,

se puede justificar la intervención de las autoridades. Asimismo, en esa línea señalan la gran diversidad de sistemas jurídicos de los Estados miembros. En ese sentido, la Comisión indica solo brindar “indicaciones de orden general” y principios que podrían ser aplicados a través de “medidas apropiadas a las condiciones nacionales”, como las previstas en el artículo 4 del Convenio 98.

De lo señalado, se desprende que dicho órgano no califica al arbitraje potestativo de facto como contrario al principio de negociación voluntaria y se indica que las disposiciones que recojan este tipo de vías de solución con el fin de facilitar la negociación no resultarían atentatorias al principio de negociación voluntaria. Asimismo, se evidencia que en vista a la diversidad de sistemas jurídicos, jurisprudencia y prácticas nacionales, se debe evaluar la aplicación del arbitraje potestativo según el contexto de cada Estado.

1.1.2.2 El principio de negociación libre y voluntaria según Tribunales arbitrales peruanos

A continuación, se resumirán cinco casos de conflicto laboral entre organizaciones sindicales y empleadores, que, en el marco de una negociación colectiva, no pudieron llegar a un acuerdo y así, los siguientes laudos arbitrales se pronuncian acerca de la procedencia del arbitraje potestativo. Asimismo, se observa que en todos los casos la parte empleadora alega la improcedencia de dicho tipo de arbitraje en tanto así se vulneraría el principio de negociación libre y voluntaria recogido en el artículo 4° del Convenio 98 de la Organización Internacional del Trabajo. Los nombres de los árbitros miembros del Tribunal arbitral y las partes han sido omitidos.

En el primer caso, la organización sindical SITRATEL solicita la aplicación del arbitraje potestativo incausado con la parte empleadora, Telefónica. La parte empleadora solicita la improcedencia del proceso arbitral y la otra parte alega que la empresa no asistió a las citaciones a las reuniones de Conciliación y sostuvo que la empresa incurrió en un acto de mala fe según la Resolución Ministerial N° 284-2011-TR norma complementaria sobre arbitraje.

La empresa argumentó que se debe declarar la improcedencia debido a que se estaría obstruyendo la aplicación del principio de negociación libre y voluntaria y de buena fe, vulnerándose el artículo 28 de la constitución y el artículo 4 del Convenio 98 OIT. Sin embargo, el Tribunal indicó que se debe observar a lo largo de la negociación que, a fin de evitar que el arbitraje sea activado sin una aparente justificación, las partes deben desarrollar actos de

negociación reales y serios. Así entonces, es preciso evaluar si la partes que pide recurrir al arbitraje potestativo sin causa hizo los esfuerzos posibles para llegar a un acuerdo entre las partes previamente.

El Tribunal por lo tanto declara fundada la solicitud de arbitraje potestativo incausado al considerar que la organización sindical hizo esfuerzos reales para desarrollar un proceso de negociación colectiva, viendo pertinente la aplicación del arbitraje potestativo.

El segundo laudo arbitral, con fecha 10 de marzo del 2015 recoge el conflicto entre el Sindicato Único de Trabajadores de Peruana de Perforación S.A.C. y la empresa Peruana de Perforación S.A.C. En el caso en concreto, luego de reuniones entre las partes y sin llegar a un acuerdo, la organización sindical comunica a la contraparte su decisión de dar por terminada la conciliación y someter la negociación a arbitraje potestativo incausado.

La organización sostuvo que dicho arbitraje procedía debido a que el Estado fomenta la negociación colectiva y formas de solución pacífica, siendo el arbitraje una de estas formas, y así, el arbitraje potestativo procede ante la falta de acuerdo, no estando condicionado a la existencia de causas determinadas. Frente a esto, la empresa señaló que el arbitraje impuesto por una sola parte es contrario al principio de negociación voluntaria y que las causales que se deben observar se encuentran recogidas en el artículo 61-A° de la LRCT y el DS 014-2011-TR.

El Tribunal sostuvo en adición lo siguiente: (i) que el artículo 61 de la Ley es de carácter potestativo, y no establece condición alguna para la aplicación del mismo, limitándose únicamente a indicar de forma expresa que las partes podrán someter el diferendo a arbitraje de haberla solicitado los trabajadores. En consecuencia, el dispositivo establece un arbitraje potestativo de naturaleza incausada o no condicionada en tanto el propio texto de la Ley no hace referencia a la existencia de situaciones o motivos que deban presentarse o cumplirse a efectos de recién poder acudir a arbitraje; (ii) que si bien es cierto que mediante Reglamento se dispuso la procedencia del arbitraje potestativo en dos supuestos, al tratarse de una norma de rango terciario, este dispositivo debe ser leído en conjunto por lo dispuesto por la Ley; los dos supuestos por lo tanto no pueden ser interpretados como los únicos supuestos de procedencia en tanto la Ley no señala dicha restricción; (iii) que dicho tipo de arbitraje resulta acorde con el principio de promoción de solución pacífica de conflictos laborales en tanto permite que el desacuerdo no se prolongue indefinidamente en el tiempo; (iv) finalmente, el Tribunal señala que a fin de garantizar que no se genere un “efecto perverso” en desmedro de la negociación colectiva, es necesario verificar en el caso en concreto si las partes han hecho ejercicio efectivo de la negociación

colectiva. En el caso verifican que las partes han hecho un esfuerzo innegable de negociación y por lo tanto declaran la procedencia del arbitraje.

En tercer lugar, se resume el conflicto entre el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú y Telefónica, también sobre la procedencia del arbitraje potestativo o no. La empresa sostiene que se contravendría el artículo 4 del Convenio 98 el cual consagra el principio de negociación voluntaria, posición que ha sido recogida por la CEACR, que precisa que el arbitraje potestativo puede admitirse de manera excepcional únicamente en caso las partes se encuentren en una primera negociación. Así, se sustentan en la fuerza vinculante del Convenio 98 de la OIT y la naturaleza vinculante de los pronunciamientos de los órganos de control. Finalmente alegan que la promoción de las formas de solución pacífica de los conflictos laborales no puede vaciar de contenido el fomento de la negociación colectiva recogido por el artículo 28 de la Constitución.

El Tribunal indica que el Estado no debería dejar sin regulación situaciones diferentes a los dos supuestos que plantea el Reglamento; esto significaría una omisión al deber de promover formas de solución pacífica de los conflictos laborales y no cumplir el mandato constitucional previsto en el artículo 28 de la Constitución. En adición, sostienen que el arbitraje potestativo incausado no implica vaciar de contenido el deber de fomento de la negociación colectiva contenido a su vez en el artículo 28 de la Constitución toda vez que para poder recurrir a dicha vía, las partes ya han hecho ejercicio efectivo de su derecho a negociar libremente, el cual habría fracasado.

Finalmente, consideran que los conflictos no pueden mantenerse abiertos, en tanto es obligación del Estado y los actores involucrados, ponerle término; así, si es que las partes han realizado esfuerzos en la negociación directa, la solicitud de arbitraje potestativo debe ser procedente. En el caso en concreto, las partes tuvieron 10 reuniones de trato directo, 5 reuniones conciliatorias y cuatro reuniones extra proceso sin que en ninguna se llegue a un acuerdo.

El cuarto laudo de fecha 27 de diciembre del 2017, entre el Sindicato de Empleados de la Planta Siderúrgica de Chimbote y Empresa Siderúrgica del Perú S.A.A. también discute la procedencia del arbitraje potestativo. El Tribunal en este caso considera que es válida la procedencia no solo en los supuestos en el artículo 61-A del Reglamento, sino también en todos aquellos casos donde exista la decisión de una de las partes de someter el diferendo a arbitraje, sin que sea necesario invocar causa alguna, conforme lo establece el artículo 61° de la Ley.

Por último, resumimos el quinto laudo, con fecha 23 de octubre del 2023 entre el Sindicato Democrático “Justicia y Dignidad” de los trabajadores del Banco de la Nación y el Banco de la Nación. En este caso el Tribunal opinó distinto sobre la presunta vulneración al principio de

negociación voluntaria: sostuvo que las disposiciones reguladas en el Convenio 98 de la OIT, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico de acuerdo con la Constitución y así, se plantea una preferencia por la promoción de procedimientos de negociación colectiva voluntarios.

Al respecto, consideramos coherentes los argumentos brindados por los Tribunales arbitrales en cuestión, toda vez que proponen una lectura armoniosa de las reglas establecidas por la Ley y el Reglamento respecto al arbitraje potestativo. En evidencia, coincidimos con que el arbitraje potestativo sí puede percibirse como incausado, a partir de una lectura de la Ley, sin embargo, si resulta necesario analizar la negociación colectiva en cada caso en particular, para que el arbitraje no sea activado sin justificación alguna, y por lo tanto los derechos de negociación colectiva y huelga -mecanismos de los trabajadores y sus organizaciones sindicales- no sean vaciados de contenido. Por lo tanto, consideramos que efectivamente la Ley no establece requisitos para recurrir al arbitraje potestativo incausado, sin embargo, es preciso que se analice en cada caso en concreto comportamientos y omisiones entre las partes a fin de que no se afecten los derechos fundamentales en cuestión: negociación colectiva y huelga. Así entonces, es preciso evaluar si las partes hicieron los esfuerzos posibles para llegar a un acuerdo previamente, en aras de priorizar el diálogo bipartito.

1.1.2.3 El principio de negociación libre y voluntaria según el Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional considera que en tanto el Convenio Núm. 98 de la Organización Internacional del Trabajo forma parte del bloque de constitucionalidad de nuestro ordenamiento jurídico, su aplicación se encuentra en armonía con el resto de dispositivos normativos. En efecto, en la sentencia recaída en el expediente N° 03561-2009-PA/TC, se sostuvo que el artículo 6° de la Ley recoge el arbitraje potestativo, y no voluntario, razón por la cual manifestada la voluntad de una de las partes de acudir al arbitraje, la otra tiene la obligación de aceptar esta fórmula de solución del conflicto, siendo viable su aplicación toda vez que no vulneraría el principio mencionado.

Por su parte, la sentencia recaída en el expediente N° 03243-2012-PA/TC estableció que se debe aplicar el arbitraje potestativo tanto para determinar el nivel de la negociación colectiva como para el trámite que deberá seguir una negociación colectivo cuando se haya agotado la

etapa de trabajo directo y la conciliación sin llegar a un acuerdo. Asimismo, indican que “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 capacidad, con su negativa, de frustrar esta vía hetero compositiva de solución, obligando a los trabajadores a acudir a la huelga”.

Si bien estos pronunciamientos no son precedentes de “observancia obligatoria”, sí aportan criterios interpretativos que deben ser observados por jueces y tribunales. Esto se sustenta en el artículo VI del Código Procesal Constitucional, el cual indica que “Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamento según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.

En la sentencia recogida en el expediente N° 02566-2012-PA/TC del 2013 ante el recurso interpuesto por el Sindicato de trabajadores de la SUNAT, el Tribunal indicó que el arbitraje del artículo 61 procede ante la sola manifestación de voluntad de las partes de acudir al arbitraje:

“conforme a la interpretación sostenida por el TC en el auto de aclaración recaído en el EXP 03561-2009 (...) el arbitraje al cual alude el artículo 61 del referido decreto supremo es un arbitraje potestativo y no voluntario, razón por la cual, manifestada la voluntad de una de las partes de acudir al arbitraje, la otra tiene la obligación de aceptar esta fórmula de solución de conflicto”.

Asimismo, en la acción popular N° 5132-2014, la Corte Suprema reiteró la naturaleza incausada del arbitraje potestativo señalando que procede a solicitud de una de las partes o cuando no se logre un acuerdo en torno al nivel de la primera negociación interpretando los artículos 61° y 63° de la Ley y el artículo 61-A del Reglamento. Por lo tanto, se puede concluir que el arbitraje potestativo no está condicionado a la configuración de actos de mala fe o supeditado a una primera negociación y no vulnera el principio de negociación libre y voluntaria.

1.2 El Estado Constitucional de Derecho

1.2.1 Antecedentes al Estado Constitucional de Derecho

El Estado Constitucional representa un modelo de Estado positivo en favor de la protección de derechos con base en la Constitución y tratados internacionales de derechos humanos. No obstante, es un modelo que cuenta con antecedentes relevantes. Villanueva presenta ideas relevantes para entender el Estado Constitucional de Derecho y cómo surge. A partir del nuevo paradigma jurídico luego de la Segunda Guerra Mundial -y las graves vulneraciones de derechos humanos sin precedentes- se llevaron a cabo numerosos cambios en los ordenamientos europeos, para posteriormente ser replicados en América Latina. Los cambios recogen principalmente el cambio del imperio de la ley al imperio de la Constitución, y por lo tanto del respeto de derechos humanos.

Este proceso de constitucionalización busca impregnarse tanto en la legislación, jurisprudencia, doctrina, acción de actores políticos y relaciones sociales. Así, este proceso implica determinados prevé un análisis de distintos grados: en primer lugar, una constitución “rígida” y que no sea fácil de modificar, y luego, que el ordenamiento jurídico cuente con mecanismos para garantizar la jerarquía de la constitución frente a la ley (como se cita a Guastini en Villanueva 2022, pp. 15-16).

Según Cajica, en revisión a lo sostenido por Ferrajoli (1993), los sistemas jurídicos han dejado de ser “Estados de Derecho” y han pasado a ser “Estados constitucionales de derecho”, o también llamados, estados garantistas. Así, este se caracteriza por establecer garantías a fin de que los derechos fundamentales de los individuos se encuentren protegidos y puedan ser ejercidos.

“Ferrajoli señala que los actuales sistemas jurídicos han sufrido una transformación. No son más ya el Estado de derecho clásico, sino que hoy conforman el llamado “Estado constitucional de derecho” o modelo garantista. Este Estado es un sistema creado por los hombres -es decir de derecho positivo- de garantías, que tiene por finalidad la protección de los derechos fundamentales de los individuos. Este tipo de ordenamientos se caracteriza en los sistemas de constitución rígida, por el carácter positivo de las normas producidas y por la sujeción de estas al derecho. Es decir, en el modelo garantista no solo se encuentra regulado en normas positivas (la constitución), el procedimiento a través del

cual se crean las normas del sistema, sino que también existen normas positivas que regulan el contenido material de las normas futuras por crear. (2015, p.133).

Por su parte, Ávila, al establecer una comparación entre el Estado absoluto, el Estado de derecho y el Estado constitucional de derecho, define a este último como aquel sistema cuya Constitución determina el contenido de las leyes, el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder, y así, la Constitución adquiere una naturaleza compleja al abordar lo material, lo orgánico y lo procedimental. Asimismo, en este tipo de Estado, los derechos de los individuos además de representar derechos en sí, también representan límites al poder y vínculos.

“Los derechos de las personas son, a la vez, límites del poder y vínculos. Límites porque ningún poder los puede violentar, aun si proviene de mayorías parlamentarias, y lo que se pretende es minimizar la posibilidad de violación de derechos; y vínculos porque los poderes de los estados están obligados a efectivizarlos y lo que se procura es la maximización del ejercicio de los derechos. (2009, p.778).

1.2.2 El “plus de tutela” frente a la libertad sindical y su sustento en el Estado Constitucional de Derecho

El término “plus de tutela” es mencionado por el Tribunal Constitucional en el año 2003 a propósito de la emisión de la sentencia correspondiente al expediente N° 0261-2003-AA/TC en el que la Cámara Peruana de la Construcción (en adelante, CAPECO), interpone acción de amparo contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. La acción se debió a la solicitud de ilegalidad e inaplicación de autos sub directorales que pretendían indicar el nivel de rama de actividad en la negociación colectiva en el sector construcción civil, habiéndose vulnerado los principios constitucionales de legalidad e igualdad ante la ley, los derechos a la negociación colectiva, libertad de contratación, libertad de asociación y garantía de la cosa juzgada.

La parte empleadora se negó a negociar por nivel de rama indicando que lo hizo de conformidad a lo dispuesto por la Tercera Disposición Transitoria de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, que determinó que los trabajadores y las empresas comprendidas en negociación colectiva a nivel de rama, debían ratificar dicho nivel de negociación y que, a falta de acuerdo entre las partes, la negociación en lo sucesivo se llevaría a cabo a nivel de empresa.

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo por su parte sostuvo que existen elementos objetivos que hacen razonable un trato especial para el sector construcción respecto de los demás sectores de la actividad económica a fin de garantizar el derecho a la negociación colectiva. Así, indica que su intervención se encuentra en el marco del pleno ejercicio de sus funciones y que el fundamento de la determinación de rama de actividad como nivel en la negociación colectiva se debe a las características particulares propias de la labor en construcción³. En consecuencia, el nivel de negociación por rama resultaría el más efectivo en correspondencia a dichas características y la protección del derecho de los trabajadores de construcción civil a la negociación colectiva.

La Federación de Trabajadores en Construcción Civil del Perú, en calidad de tercero con legítimo interés, coincide con el Ministerio al sostener que la negociación por rama de actividad resulta la única vía de poder garantizar el derecho a la negociación colectiva. En adición, indica que ambas partes suscribieron en 1993 un convenio colectivo en el que se designaba el nivel de negociación por rama de actividad.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en la fundamentación hace mención al artículo 4 del Convenio N° 98 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT), convenio ratificado por el Perú, el cual establece que:

“Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre empleadores y las organizaciones de empleadores, por un aparte, 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.”

En ese sentido, el contenido de dicho Convenio resulta un “precepto hermenéutico fundamental” frente al contenido esencial de la negociación colectiva: su objetivo es la conquista de mejores condiciones de trabajo/vida de los individuos. El Tribunal, aplicando lo dicho al artículo 28 de la Constitución, indica que el extremo que señala que “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” supone

³ a) los trabajadores especializados en labores no se trasladan de una rama a otra; y b) la realización de obras es de naturaleza temporal, por tanto, tienen un altísimo nivel de rotación entre las distintas empresas y obras, lo cual impide que puedan contar con una organización sindical a nivel de empresa u obra

la obligación del Estado a fomentar la negociación colectiva y la promoción de solución pacífica de los conflictos laborales.

El Tribunal indica que el tratamiento diferenciado en este caso se relaciona directamente con el derecho-principio de igualdad. El Estado reconoce a la igualdad como un principio rector del Estado, como un mandato a establecer condiciones a fin de que exista igualdad real entre los individuos y como un derecho fundamental de no discriminación jurídica a menos que exista una justificación objetiva y razonable que amerite una diferencia en el trato. Esto último se refleja en “el trato igual a los iguales y desiguales a los desiguales” a fin de que se corrijan diferencias en el goce de derechos fundamentales o que se puedan hacer efectivos integralmente.

En ese sentido, en aplicación del derecho a la igualdad, según las características del trabajo en construcción civil se amerita un trato diferenciado de manera razonable y justificada; los trabajadores prestan servicios para diversos empleadores, dificultándose así en la práctica la creación de una organización sindical a nivel de empresa y en consecuencia, haciendo inviable una negociación colectiva. Dicho trato diferenciado se encauza en medidas que hagan efectiva realmente una negociación. Esto, según el Tribunal Constitucional conlleva a dos preceptos: (i) que se eliminen las normas que resulten incompatibles con el fomento eficaz de la negociación colectiva en el sector de construcción civil, y (ii) que se emitan normas que establezcan el nivel de rama de actividad en la negociación cuando no exista acuerdo sobre el nivel.

En ejecución del precepto (ii), se inaplica el segundo párrafo del artículo 45 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y lo establecido por su Tercera Disposición Transitoria y Final⁴ que indica que, de no existir acuerdo entre las partes en el nivel de negociación, se aplica el nivel de empresa en la negociación.

En adición, el Tribunal indica que existe una clara incoherencia entre la Tercera Disposición Transitoria y el artículo 45° de la misma norma, en tanto se desprendería que, ante cualquier falta de acuerdo sobre el nivel de negociación, este se llevará a cabo a nivel de empresa y por lo tanto la Resolución Ministerial N° 051-96-TR que recoge dicha premisa, resulta incompatible con la protección del derecho fundamental a la negociación colectiva. Lo que indica el artículo 45 es que, de no existir acuerdo entre las partes para modificar el nivel, se mantiene el mismo, el cual en el caso de construcción civil, se llevaba a través del nivel de rama de actividad. Dicha

⁴ Posteriormente, mediante Ley N° 27912 se modifica la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y se deroga la Tercera Disposición Transitoria y Final, en el marco de las dieciséis observaciones formuladas por la Organización Internacional del Trabajo frente a la regulación restrictiva que recoge dicha Ley.

incoherencia vulnera el contenido del artículo 28 de la Constitución y el artículo 4° del Convenio N° 98 de la OIT en tanto no fomenta una negociación colectiva que se pueda llevar a cabo en la práctica debido a la naturaleza particular de la actividad en construcción.

En conclusión, el Tribunal Constitucional declara infundada la acción de amparo principalmente, y declara inaplicable el segundo párrafo del artículo 45 de la LRCT al caso en concreto, al no acreditarse la vulneración de derechos alegada por CAPECO, a que anteriormente las partes ya negociaban por nivel de rama de actividad y que el Ministerio de Trabajo tiene la función de fomentar la negociación colectiva en aplicación de la Constitución.

Luego del breve resumen de la sentencia recogida en el expediente N° 0261-2003-AA/TC se pueden concluir tres ideas relevantes: (i) en función al bloque de constitucionalidad y la aplicación directa de los Convenios de la OIT, se hace una lectura conjunta del artículo 4 del Convenio 98 y el artículo 28 de la Constitución sobre el deber de fomento del desarrollo de la negociación colectiva, (ii) en consecuencia el Estado se encuentra en la obligación de fomentar la negociación colectiva y por lo tanto de llevar a cabo acciones que permitan su desarrollo y efectividad, y (iii) que dicha interpretación se sustenta además en el principio-derecho de igualdad al establecerse un trato diferenciado al sector de construcción -plasmado en “un plus de tutela”- en vista a sus características particulares de trabajo que diferencian a dicho sector de otros.

Se observa entonces que frente a situaciones fácticas y particulares de una actividad laboral que impidan el efectivo ejercicio de la libertad sindical -en específico de la negociación colectiva- el Estado actúa según el deber del fomento de la negociación colectiva y solución pacífica de conflictos laborales. Esto tiene el objetivo de hacer efectivo realmente el núcleo del derecho a la negociación colectiva de manera igualitaria. El “plus” de tutela se refiere por lo tanto a una acción afirmativa que establece mayor protección a determinado grupo en vista a que no puede disfrutar en la práctica de la misma forma que otros grupos en la sociedad del goce de un derecho, en este caso, de negociación colectiva.

1.2.3 El Estado Constitucional de Derecho y el contexto desfavorable para el ejercicio del derecho a la libertad sindical

1.2.3.1 Contexto económico

Alvaro Vidal, Fernando Cuadros y Christian Sánchez Reyes proponen un marco general del mercado de trabajo y economía posterior a la reforma laboral llevada a cabo en los años 90 bajo el gobierno de Alberto Fujimori, que planteo una profunda modificación de la legislación laboral en virtud de la “flexibilización”.

En función de esta “flexibilización” y búsqueda de una mejora en la economía, se modificó la legislación por una mucho más restrictiva. No obstante, según los autores, luego de dicha reforma la tasa de desempleo no varió significativamente, y por el contrario la tasa de empleo informal creció de 50% a 70%. Asimismo, el empleo de contratos de trabajo a plazo determinado paso de tener un porcentaje de 25% a 75% lo que significó un duro golpe también a la actividad sindical: la afiliación sindical pasó de ser del 22% a 2,8%, lo que asimismo se refleja a través del número de convenios colectivos que cayó a la cuarta parte. Así, este fomento de la flexibilización se vio enmarcado en una tendencia a nivel latinoamericano:

(...) en Latinoamérica, luego de la llamada década perdida de los ochenta, se siguió en los noventa una estrategia que redujo la participación del Estado en la economía, combinando liberalización económica con reformas estructurales que buscaban una mayor integración al orden económico mundial. Se priorizaron las políticas de control de la inflación y de estabilidad fiscal buscando crear condiciones básicas para una gobernabilidad macroeconómica. Sin embargo, el crecimiento durante esa década fue bastante moderado, sustentado principalmente en un aumento de las exportaciones.

Según la OIT (2006), en algunos países se efectuaron reformas que flexibilizaron la contratación y el despido (siendo los casos más notables Argentina, Colombia y Perú), y se abandonaron mecanismos solidarios de protección social en pensiones y salud, sin que aumentase la cobertura. Se produjo un debilitamiento de algunas de las instituciones de relaciones laborales, en particular de la negociación colectiva y de los medios tradicionales de solución conflictos. El argumento que sustentó estas reformas consistió en que las instituciones laborales constituían rigideces que debían ser eliminadas para poder crear empleo formal (Vidal, Cuadros y Sánchez 2012, p. 9).

En ese sentido, a partir de la búsqueda de superación de crisis económica de los ochentas en Latinoamérica se llevaron a cabo estrategias que implicaron la liberalización económica, acompañada de reformas de los dispositivos normativos sociolaborales. Dichas reformas buscaban asimismo generar mayor empleo a través de la “flexibilización” y restricción de la actividad sindical, como ejemplo de esto se emitió la reforma de “Ley de Fomento del Empleo”. Sin embargo, se verificó posteriormente de manera cuantitativa que en el año 1991, cuando se promulgó dicha Ley, la tasa de desempleo era de 5.9%, y en los años posteriores esta aumentó entre 8% y 9%. Así, se observa que no existe sustento en que la reforma laboral introducida haya generado más empleo; por el contrario, la precariedad laboral incrementó (Vidal, Cuadros y Sánchez, 2012, p. 10).

Esta reforma se vio inmersa en la grave crisis económica y política que atravesaba el Perú durante 1985-1990 en el gobierno de Alan García. Así, según Boza y Aguinaga, en dicho contexto se calificaron de rígidas las normas laborales existentes y se planteó su eliminación debido a que resultarían excesivamente protectoras y evitaban fomentar el empleo.

En este contexto, se enmarcan las modificaciones realizadas al Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y los pronunciamos del Tribunal Constitucional. Como se observa, existe una tendencia a la “flexibilización”, que en la práctica se ha visibilizado como una desprotección de derechos de los trabajadores/as. Como parte de dicha flexibilización, los contratos a plazo indeterminado han dejado de ser la regla y han pasado a ocupar la minoría en la contratación de trabajadores. Así, se emplean contratos a plazo fijo recogidos en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral o de naturaleza civil, afectando la posibilidad de creación de organizaciones sindicales, afiliación de trabajadores y trabajadoras a estos, y por lo tanto, una vía democrática para la conquista de mejores derechos y defensa de intereses frente a la intrínseca desigualdad frente al empleador.

1.2.3.2 Normativa laboral

La normativa laboral se recoge prioritariamente en el régimen laboral general privado mediante el Decreto Legislativo 728, que rige sus relaciones colectivas a través del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su Reglamento, recientemente modificado por el Decreto Supremo 014-2022-TR. Haremos un breve recuento de las reglas que interpone respecto a derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga de una manera restrictiva.

Sylvia Torres (1992) propone un resumen de dicha norma, a unos meses de que esta haya sido emitida. Ponemos énfasis en los extremos restrictivos que propone la norma:

Sindicación y negociación colectiva

La Ley define al convenio colectivo -producto negocial de la negociación colectiva- como un acuerdo dirigido a regular las remuneraciones, condiciones de trabajo y productividad entre organizaciones sindicales de trabajadores y organizaciones de empleadores. Se precisa que solo podrán negociar aquellas empresas que tengan por lo menos un año de funcionamiento. Inicialmente se determinaba que el convenio colectivo caducaba automáticamente al vencimiento del plazo, salvo cláusulas de carácter permanente; no obstante, luego se modificó dicho extremo señalando que seguirán rigiendo hasta que no surja un convenio colectivo posterior.

Asimismo, se establece una lista cerrada de niveles de negociación: nivel de empresa (trabajadores de una empresa, categoría, sección o establecimiento), de rama de actividad (trabajadores de una misma actividad económica) y a nivel de gremio (trabajadores que ejerzan una misma profesión). Este extremo fue modificado por el Decreto Supremo 014-2022, precisamente que recoge los artículos 61-A° y 47° bajo análisis, ampliando los supuestos y abriendo las posibilidades de organización. Actualmente incluso se reconoce la posibilidad de creación de organizaciones sindicales de grupos de empresas.

Huelga

La huelga se restringe de forma mucho más severa, lo cual se condice con lo que señala el artículo 28° de la Constitución al indicar que “regula el ejercicio del derecho de huelga” y que al ser una medida de fuerza, debería ser empleada en última ratio. Se recoge el modelo clásico de

huelga que indica que esta es únicamente aquella suspensión colectiva de trabajo acordada de forma mayoritaria con abandono del centro de trabajo.

Se prohíbe la posibilidad de otro tipo de huelga, y se establecen los siguientes requisitos para poder ejercerla: que su objeto sea la defensa de los derechos e intereses profesionales de los trabajadores, se prohíbe la huelga política y la huelga por solidaridad, que se haya agotado previamente la negociación colectiva respecto de la materia en controversia, que la negociación no haya sido sometida a arbitraje. Se observa por lo tanto, una alta intervención regulatoria en el ejercicio del derecho de huelga, a pesar de que sea una manifestación de la libertad sindical, y por lo tanto, de la autonomía colectiva de las organizaciones sindicales.

En evidencia, la huelga no puede ser libremente ejercida por voluntad de las organizaciones y sus trabajadores. Para que esta proceda debe ser declarada procedente por parte de la Autoridad de Trabajo y pasar por el filtro de las modalidades de huelga. Se consideran expresamente modalidades irregulares de la huelga las que incluyan: la paralización intempestiva de labores, paralización de zonas o secciones neurálgicas de la empresa, trabajo a desgano o a ritmo lento o a reglamento, reducción deliberada del rendimiento y cualquier tipo de paralización donde el trabajador permanezca en el centro de trabajo.

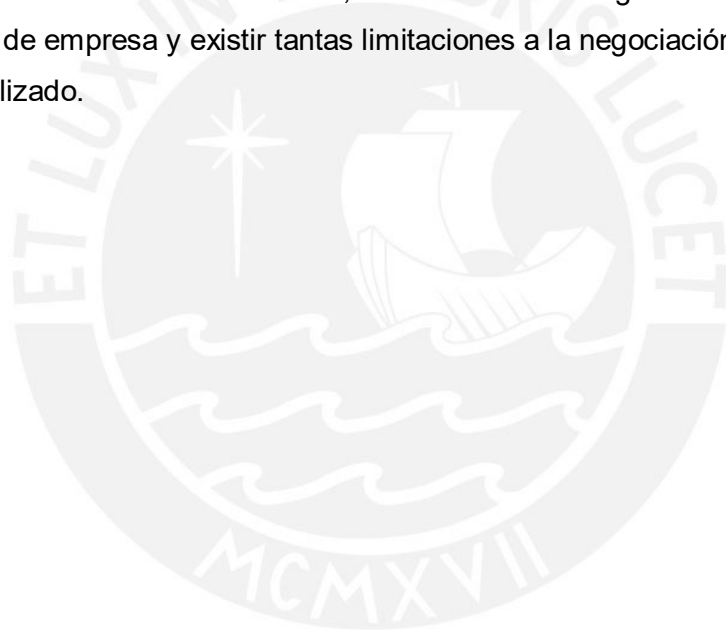
Boza y Aguinaga Meza, indican por su parte que con la “flexibilización” introducida en los años 90 y la modificación de la legislación sobre derechos laborales colectivos, se terminó de consolidar un modelo descentralizado de relaciones colectivas de trabajo que afectó decididamente al movimiento sindical y los niveles de protección de los derechos de los trabajadores en nuestro país (2013, p. 283). Por lo tanto, se consolida un ordenamiento jurídico en materia laboral restrictivo para el ejercicio del derecho a la libertad sindical, tanto para organizaciones sindicales como para trabajadores.

Finalmente, es preciso citar al profesor Alfredo Villavicencio, el cual en “La negociación colectiva en el Perú: la hiperdescentralización y sus múltiples inconvenientes” hace un análisis muy pertinente respecto a la legislación laboral y las desventajas que presenta para las relaciones laborales. En primer lugar señala que, según la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo se establece tres tipos de unidades de negociación: a nivel de empresa, de rama de actividad y de gremio -si bien a partir de la última modificación a su Reglamento se introducen tipos adicionales de organizaciones sindicales-; sin embargo, el sistema diseñado por el legislador es limitado y restrictivo, en vista a que la negociación colectiva de rama enfrenta requisitos casi imposibles de

cumplir. Por otro lado, la negociación colectiva a nivel de empresa es principalmente descentralizada.

Asimismo, la legislación establece que cuando no exista convenio colectivo entre las partes, las partes deben acordar el nivel de negociación, no obstante, si no hay acuerdo, esta debe realizarse a nivel de empresa. La imposición de dicho nivel de negociación como predeterminado pues favorece la descentralización y limita la eficacia de la tutela colectiva.

Villavicencio identifica por otro lado una “atomización sindical”, es decir, la actividad sindical en el Perú se encuentra fragmentada. En efecto, la mayoría de los convenios colectivos son de ámbito infraempresarial, lo que indica una falta de cohesión en el sistema de relaciones laborales, dificultando la organización y la negociación efectiva a nivel nacional. Por lo tanto, la actividad sindical se encuentra “atomizada” es decir, marcadamente fragmentada al predominar la negociación a nivel de empresa y existir tantas limitaciones a la negociación a nivel de rama, es decir, a nivel centralizado.



CAPÍTULO II: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación plantea encontrar respuestas a la confrontación de dos principios comúnmente en confrontación en el marco de las relaciones colectivas: el principio de fomento de solución pacífica de conflictos laborales, el cual se establece en nuestra Constitución, y el principio de negociación libre y voluntaria, recogido en el Convenio Núm. 98 de Organización Internacional del Trabajo. Así, es a partir de la modificación del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo a través del Decreto Supremo 014-2022-TR que se establecen diversos cambios en materia de arbitraje laboral, sindicación y huelga. Entre estos resaltan los artículos 61-A° y 47° del Reglamento que tienen en común lo siguiente: establecen medidas positivas para las organizaciones sindicales y sus trabajadores a fin de poder arribar a una solución del conflicto laboral.

Se sostendrá a lo largo de la investigación que dichas modificaciones se sustentan a partir de pronunciamientos del Tribunal Constitucional, y la consolidada opinión de una gran parte de la doctrina laboralista peruana que se encuentra a favor del arbitraje potestativo y de medidas afirmativas que conlleven a que los trabajadores puedan negociar y defender sus intereses. De esta manera, el principio de negociación libre y voluntaria es reconocido como principio en el marco de la negociación colectiva, sin embargo, no es excluyente con un ordenamiento jurídico que establezca reglas que favorezcan a que los trabajadores puedan negociar y defender sus derechos.

Si bien el debate entre ambos principios data de tiempo atrás y cuenta con opiniones de diversos autores y jurisprudencia, la investigación se plantea dar nuevas luces a partir de la legislación actual post-entrada en vigencia del Decreto Supremo 014-2022-TR. Asimismo, se plantearán nuevos argumentos que sustenten la necesidad de pertinencia de las modificaciones en nuestro ordenamiento jurídico. Para dicho fin de recurrirá a la siguiente estrategia metodológica.

En tanto la investigación se plantea resolver la siguiente pregunta principal, ¿los artículos 61-A° y 47° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante, el Reglamento), sustentadas en el principio de fomento de solución pacífica de los conflictos laborales, superan el test de ponderación frente a la vulneración del principio de negociación libre y voluntaria? Al plantearse la confrontación entre dos principios, es preciso cuestionarnos el modo de resolución de esta controversia jurídica.

En ese sentido, la estrategia metodológica se plantea abarcar todas las posibles aristas de este problema complejo -en tanto la confrontación no es entre dos normas “simples” sino dos principios jurídicos del Derecho del Trabajo.

Como primera premisa, sostenemos que el Estado Constitucional de Derecho resulta clave en el sustento de dar un tratamiento diferenciado en favor de la efectividad del ejercicio de la libertad sindical. En ese sentido, se fundamentará que el tratamiento de los principios jurídicos en este tipo de Estado conlleva especial atención debido a la primacía de los derechos constitucionales y principios. Es decir, conlleva la acción necesaria del Estado y de terceros a fin de que los derechos puedan ser gozados realmente.

Como segunda premisa, la investigación sostiene que la titularidad de la negociación colectiva corresponde a los trabajadores y a las organizaciones sindicales. Así, tal como se encuentra enunciado en el artículo 28 de la Constitución el empleador tiene el deber de negociar y por lo tanto solo bastaría con dicha premisa para que el empleador deba realizar acciones para que el ejercicio de la libertad sindical sea realmente efectiva.

Asimismo, en tanto nos encontramos frente a la confrontación de dos principios jurídicos se realizará el test de ponderación entre el principio de negociación libre y voluntaria y el principio de solución pacífica de conflictos laborales de forma separada, respecto al artículo 61-A° y al artículo 47°.

En vista a que consideramos que debido a la caída de actividad sindical a lo largo de los años es preciso que el Estado lleve a cabo acciones afirmativas, a fin de que el derecho a la libertad sindical pueda ser ejercido, también se resumen datos estadísticos que lo evidencian. Dichos datos refuerzan la necesidad de la toma de acciones positivas o afirmativas en el marco de un Estado Constitucional de Derecho a fin de que el derecho a la libertad sindical sea realmente efectivo. Así, se sostiene que a partir del cambio en la legislación en los años 90 -reflejado en un cambio radical en la legislación como parte del mandato de Alberto Fujimori y un paquete de normas restrictivas respecto al ejercicio de derechos colectivos y derechos individuales laborales-

el cambio a una legislación restrictiva respecto a la libertad sindical en el Perú supone una justificación para un tratamiento diferenciado en favor de los trabajadores y organizaciones sindicales.

La discusión de los artículos bajo análisis y los principios jurídicos que los fundamentan, cuyos contenidos se encuentran en tensión resulta sumamente relevantes en el contexto actual peruano. En primer lugar, el Decreto Supremo es reciente y cuenta con pocos análisis doctrinarios acerca de sus modificaciones. Así, remueve viejas discusiones en torno al arbitraje potestativo en favor de los trabajadores y la supuesta afectación al principio de negociación libre y voluntaria y plantea buscar una respuesta que armonice la legislación y jurisprudencia de nuestro ordenamiento jurídico.

Finalmente, antes de proceder con el análisis, es pertinente que nos cuestionemos: ¿podemos observar esta presunta contraposición de principios a partir de un enfoque de diálogo social?

Según la Organización Internacional del Trabajo el diálogo social es cualquier negociación, consulta o intercambio de información entre representantes de gobiernos, empleadores y trabajadores sobre extremos de interés común de carácter político, económico y social. En ese sentido, puede tener un formato tripartito en el que participe el gobierno, trabajadores y empleadores, o bien de formato bipartito entre trabajadores y empleadores, o entre organizaciones de trabajadores y de empleadores.

En consecuencia, el diálogo social abarca, según su nombre lo indica, el diálogo entre interlocutores sociales a fin de que se intercambien ideas, propuestas o problemáticas acerca de temas de interés entre las partes, de índole político, económico y social.

Consideramos pertinente analizar con mayor profundidad el conflicto entre la promoción de solución pacífica de conflictos y el principio de negociación libre y voluntaria a través de un enfoque de diálogo social, es decir, a partir del encauce de diálogo entre los interlocutores sociales. En el caso en particular, el diálogo social aplicable sería de carácter bipartito pues la negociación colectiva y el conflicto en sí, se lleva a cabo entre los trabajadores y sus representantes y los empleadores y sus representantes. Procedamos entonces a evaluar la promoción de solución pacífica de conflictos y el principio de negociación libre y voluntaria a desde una mirada de diálogo social.

Por un lado, dicho enfoque es compatible con el principio de promoción de solución pacífica de conflictos laborales pues evidentemente el diálogo entre los trabajadores y empleadores,

efectiviza y garantiza la solución pacífica de los conflictos laborales, pues encauza este intercambio de ideas. En evidencia, este diálogo puede aterrizarse a través de negociaciones, consultas o intercambios de información entre las organizaciones sindicales y los empleadores. Por otro lado, el enfoque de diálogo social también resulta compatible con el principio de negociación libre y voluntaria, pues ambos pretenden que el diálogo sea voluntario entre las partes; es decir, que las partes dialoguen de forma pacífica, también implica que dicho diálogo sea evidentemente voluntario.

Así entonces, consideramos que sí es posible observar esta presunta contraposición de principios a partir de un enfoque de diálogo social. Consideramos que ambos principios son compatibles entre sí en nuestro ordenamiento jurídico y que, a partir del enfoque/directriz del diálogo social, se puede consolidar una lectura esclarecedora de los artículos 61-A° y 47° bajo análisis en el presente trabajo académico.

2.1 El derecho a la negociación colectiva como fundamento del deber de negociar del empleador

2.1.1 Naturaleza jurídica y titularidad de la negociación colectiva como fundamento de la obligación del empleador de negociar

Como se mencionó a lo largo del primer capítulo, la titularidad de la negociación colectiva corresponde a los trabajadores y a las organizaciones sindicales debido a su contenido esencial de búsqueda de defensa de derechos y mejores condiciones laborales. Frente a dicho derecho, tal como se encuentra enunciado en el artículo 28 de la Constitución el empleador tiene el deber de negociar y por lo tanto, ambas partes deben llevar a cabo esfuerzos reales para que el ejercicio de la libertad sindical sea realmente efectivo.

El derecho de negociación, a diferencia del derecho a la representación de los intereses colectivos empresariales, es de titularidad de los trabajadores y las organizaciones sindicales, debido a su objetivo y naturaleza jurídica. En evidencia, Javier Neves sostiene que la negociación colectiva en tanto resulta un instrumento para mejorar las condiciones de los trabajadores, y se muestra como la vía más idónea, es de titularidad de los trabajadores y sus representantes. Dicho

derecho adquiere especial relevancia en tanto es un instrumento o medio para mejorar las condiciones económicas y laborales de los trabajadores (2014, p. 2).

Esto, asimismo, se ve respaldado por la titularidad del derecho a la libertad sindical pues el derecho a negociación colectiva es el medio para el encauce de la libertad sindical y para poder efectivizarla en la práctica. Tratados de derechos humanos coinciden en que la titularidad de este derecho recae en los trabajadores; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 8° establece que son los trabajadores titulares del derecho a organizar sindicatos y afiliarse a estos para promover sus intereses; el Protocolo Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece por su parte que toda persona tiene el derecho a fundar sindicatos a fin de proteger sus intereses económicos y sociales y que por lo tanto, la negociación colectiva, como instrumento de la libertad sindical es un medio para promover dichos intereses.

Ahora, analicemos la titularidad en los artículos bajo análisis del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, recogen el derecho de negociación colectiva.

“Artículo 47.- Arbitraje voluntario en caso de huelga

En el caso contemplado por el artículo 63 de la Ley, los trabajadores o sus representantes podrán proponer por escrito al empleador el sometimiento del diferendo a arbitraje, requiriéndose la aceptación escrita de éste. Si el empleador no diera respuesta por escrito a la propuesta de los trabajadores en el término del tercer día hábil de recibida aquélla, se tendrá por aceptada dicha propuesta, en cuyo caso se aplicarán las normas relativas al procedimiento arbitral”.

El artículo 47° establece una aceptación ficta del empleador de recurrir a arbitraje si es que ante la solicitud de los trabajadores, no se ha efectuado respuesta dentro de tres días hábiles. Esto, cabe señalar, se enmarca en el ejercicio del derecho de huelga en tanto el artículo 63° indica que durante el desarrollo de esta los trabajadores podrán, asimismo, proponer el sometimiento del diferendo a arbitraje.

En este caso, no cabe duda que la titularidad del derecho a ejercer la proposición del arbitraje corresponde a los trabajadores, debido a que representa una alternativa a la huelga que se viene llevando a cabo por iniciativa de estos. Así, el artículo 47° y 63° se plantean el escenario de una huelga y de poder favorecer vías de solución pacífica del conflicto laboral, motivo por el cual, es evidente que la aceptación ficta es una medida que “acelera” la solución pacífica.

En efecto, el artículo 61-A° establece que serán los trabajadores los que tengan la facultad de interponer el arbitraje potestativo si las partes no se ponen de acuerdo en la primera negociación, en el nivel o su contenido, habiéndose convocado al menos seis (6) reuniones de trato directo o de conciliación, o transcurridos tres (3) meses desde el inicio de la negociación; o cuando durante la negociación se adviertan actos de mala fe del empleador que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo. Como se observa, la redacción del artículo demuestra que la titularidad corresponde a los trabajadores de manera explícita.

La negociación colectiva se plantea como una vía de negociación pacífica entre las partes, no obstante, si es que esta no prospera y el conflicto se mantiene abierto, los trabajadores en ejercicio de la libertad sindical tienen dos vías: recurrir a la huelga, medio de coerción, o recurrir al arbitraje -el sindicato en representación de sus afiliados participa del arbitraje eligiendo a un árbitro y formulando su defensa-. En los artículos 47° y 61-A°, ambos con titularidad de los trabajadores, ofrecen vías de continuar con la solución del conflicto entre las partes, con la particularidad de que son vías pacíficas. En el caso del primer artículo, con la aceptación ficta de recurrir a arbitraje -convirtiéndose así, en un arbitraje potestativo-, y en el segundo, de recurrir a arbitraje cuando las numerosas reuniones de trato directo no rindan fruto o cuando existan actos de mala fe del empleador.

2.2 El test de ponderación como vía de solución a la confrontación entre el principio de fomento de solución pacífica de conflictos laborales y el principio de negociación libre y voluntaria en los artículos 47° y 61-A° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo

2.2.1 Test de ponderación respecto al artículo 47°

En tanto los artículos 47° y 61-A° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas, ponen en tensión el principio de negociación libre y voluntaria, y el principio de solución pacífica de conflictos laborales, se plantea realizar un test de ponderación respecto a cada medida introducida en el mencionado Reglamento.

Como se mencionó, este primer artículo bajo análisis, recoge la aceptación ficta del empleador de recurrir a arbitraje, una vez propuesto por los trabajadores en el marco de la huelga. El artículo 47° establece lo siguiente:

“Artículo 47.- Arbitraje voluntario en caso de huelga

En el caso contemplado por el artículo 63 de la Ley, los trabajadores o sus representantes podrán proponer por escrito al empleador el sometimiento del diferendo a arbitraje, requiriéndose la aceptación escrita de éste. **Si el empleador no diera respuesta por escrito a la propuesta de los trabajadores en el término del tercero día hábil de recibida aquélla, se tendrá por aceptada dicha propuesta**, en cuyo caso se aplicarán las normas relativas al procedimiento arbitral” (subrayado nuestro).

Idoneidad

¿La medida tiene un fin constitucionalmente legítimo? Sí, de la misma forma que el artículo 61-A° busca fomentar la solución pacífica de conflictos laborales, principio recogido a nivel constitucional en el artículo 28°, cuyo contenido indica que el Estado fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacíficas de conflictos laborales. En particular, se indica que los trabajadores obtendrán una aceptación ficta de recurrir al arbitraje cuando no exista respuesta del empleador al tercer día hábil de realizada la propuesta por ellos. Así, tendrán la facultad de interponer el arbitraje potestativo, lo que quiere que decir que una vez que decidan recurrir a dicho mecanismo de solución de conflictos y el empleador debe supeditarse a esto. La medida también se sustenta en el derecho de negociación colectiva, derecho recogido a nivel constitucional y en tratados de derechos humanos de manera explícita o implícita a través del reconocimiento del derecho a la libertad sindical.

¿existe causalidad entre la medida o regla y el fin constitucional que busca con su creación? Sí existe causalidad, en tanto la aceptación ficta de recurrir a arbitraje tiene relación directa con el fin constitucional de buscar llegar a un acuerdo entre las partes y hacer efectivo el derecho a la negociación colectiva y no dejar el conflicto abierto entre las partes; esta medida permite “acelerar” el proceso de resolver el conflicto entre las partes. Asimismo, la regla de establecer la facultad de los trabajadores a recurrir a dicho mecanismo de solución pacífica de conflictos laborales tiene relación directa con la negociación colectiva pues conduce el conflicto a una solución pacífica, cuando esta no prospera según los supuestos a) y b).

Necesidad

¿Existe algún medio menos gravoso del principio de negociación libre y voluntaria que sea igualmente idóneo para llegar al fin constitucionalmente legítimo? no existe otro mecanismo menos gravoso que satisfaga de igual forma el principio de solución pacífica de conflictos laborales. En el presente contexto -el cual demuestra que la actividad sindical se mantiene en caída desde la entrada en vigencia de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo- solo una norma, la cual es de carácter imperativo y general, permite que dentro de escenarios desfavorables para llegar a un acuerdo entre las partes, se activen mecanismos como el arbitraje potestativo para que así los trabajadores y organizaciones sindicales defiendan sus intereses. En este caso, el arbitraje sería aceptado por una demora en la respuesta del empleador, con el objetivo de poder satisfacer el derecho a la negociación colectiva y la llegada a un acuerdo entre las partes. Asimismo, se debe tener en cuenta que, el artículo 47° se plantea el escenario de una huelga, medida de coerción frente al empleador, y por lo tanto medidas como esta, aceleran el cierre del conflicto de forma pacífica entre las partes.

Proporcionalidad

Consideramos, que de la misma forma que con respecto al artículo 61-A°, el contexto sindical peruano amerita la toma de acción por parte del Estado en tanto Estado Constitucional de Derecho en su rol como fomentador de soluciones pacíficas de conflictos y para hacer efectivo el derecho de negociación colectiva y su finalidad. La reducción de la tasa sindical debido al menor acceso y legitimidad del ejercicio de la libertad sindical en favor de los trabajadores y la menor suscripción de convenios colectivos representa por lo tanto menores derechos conquistados. El establecimiento del arbitraje a través de la aceptación ficta del empleador por lo tanto significa una acción afirmativa frente al contexto sindical descrito y representa un alto nivel de satisfacción del principio de solución pacífica de conflictos laborales, para así poder “cerrar” el conflicto entre las partes y poder lograr beneficios para los trabajadores/as.

2.2.2 Test de ponderación respecto al artículo 61-A°

El artículo 61-A°, el cual se relaciona directamente con el artículo 61° de la Ley de Relaciones Colectivas al tratar sobre el arbitraje potestativo, establece supuestos en los que los trabajadores

puedan hacer uso de esta facultad. Así, plantea dos supuestos, sin embargo, no niega que puedan existir otros que ameriten la interposición de un arbitraje potestativo:

“Artículo 61-A.- Arbitraje potestativo

Los trabajadores tienen la facultad de interponer el arbitraje potestativo, ocurridos los siguientes supuestos: a) Las partes no se ponen de acuerdo en la primera negociación, en el nivel o su contenido, habiéndose convocado al menos seis (6) reuniones de trato directo o de conciliación, o transcurridos tres (3) meses desde el inicio de la negociación; o, b) Cuando durante la negociación se adviertan actos de mala fe del empleador que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo” (subrayado nuestro).

Idoneidad

¿La medida tiene un fin constitucionalmente legítimo? Sí, busca fomentar la solución pacífica de conflictos laborales, principio recogido a nivel constitucional en el artículo 28°, cuyo contenido indica que el Estado fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacíficas de conflictos laborales. En particular, se indica que los trabajadores tendrán la facultad de interponer el arbitraje potestativo, lo que quiere que decir que una vez que decidan recurrir a dicho mecanismo de solución de conflictos, el empleador debe supeditarse a esto. La medida se sustenta en el derecho de negociación colectiva, derecho recogido a nivel constitucional y en tratados de derechos humanos de manera explícita o implícita a través del reconocimiento del derecho a la libertad sindical.

¿existe causalidad entre la medida o regla y el fin constitucional que busca con su creación? Sí existe causalidad, en tanto la facultad de interponer el arbitraje potestativo por parte de los trabajadores tiene relación directa con el fin constitucional de buscar llegar a un acuerdo entre las partes y fomentar la solución pacífica de conflictos laborales. La regla de establecer la facultad de los trabajadores a recurrir a dicho mecanismo de solución pacífica de conflictos laborales tiene relación directa con la negociación colectiva pues conduce el conflicto a una solución pacífica, cuando esta no prospera según los supuestos a) y b).

Necesidad

¿Existe algún medio menos gravoso del principio de negociación libre y voluntaria que sea igualmente idóneo para llegar al fin constitucionalmente legítimo? No existe otro mecanismo menos gravoso que satisfaga de igual forma el principio de solución pacífica de conflictos laborales. En el presente contexto -como se sustenta más adelante a través de datos cuantitativos, la actividad sindical se mantiene en caída desde la entrada en vigencia de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, una norma de carácter imperativo y general, es un medio idóneo y para fomentar un acuerdo entre las partes, que así se activen mecanismos como el arbitraje potestativo para que los trabajadores y organizaciones sindicales defiendan sus intereses de forma pacífica. Asimismo, es preciso que el Estado en el marco del Estado Constitucional de Derecho tome acciones afirmativas, y no permita que el conflicto se mantenga abierto entre las partes. Al encontrarse dicho tipo de acciones en la obligación que el artículo 28° le confiere al Estado de fomento y promoción, no existe otro medio menos gravoso del principio de negociación libre y voluntaria.

Proporcionalidad

¿el fin alcanzado es mayor que la afectación del principio de libre negociación voluntaria? Para atender a dicha pregunta es preciso contextualizar el escenario sindical peruano. Según el Anuario Estadístico del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo se muestran las siguientes cifras que demuestran y confirman la reducida cantidad de pliegos presentados en negociación colectiva y convenios colectivos suscritos.

En el año 2022, el total de pliegos presentados fueron tan solo 129, siendo el sector de industrias manufactureras el responsable de 79 de estos pliegos. El 56.97% de estos solo en Lima Metropolitana. Esto demuestra una gran concentración de producción de convenios colectivos en la capital, así como la reducida cantidad de presentación de pliegos en todos los sectores económicos.

En el año 1997 -ya en vigencia el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo- los pliegos presentados en ese año fueron 846 y solucionados 627. En el año 2010 los pliegos presentados fueron 641 y solucionados 502. En el año 2020 en el contexto de la pandemia generada por Covid-19 los pliegos presentados solo llegaron a 216 y los solucionados tan solo 132. En el año 2021 aumentaron ligeramente a 186 convenios solucionados. En contraste, en 1991, antes de entrar en vigencia la referida Ley y su Reglamento, los convenios colectivos registrados fueron 1402 según el Anuario Estadístico del Ministerio.

Según la Encuesta de Nivel de Empleo 1990-1995 del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, la Encuesta Nacional de Hogares (ENAH) y la Encuesta de Hogares Especializada en Niveles de Empleo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, antes de la entrada en vigencia de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo en 1992, en el año 1990 la tasa de afiliación sindical tan solo en Lima era de 21,9%; sin embargo, luego de entrar en vigencia dicho dispositivo normativo la tasa cayó a 16,3%, a 10,9% y llegó a 2,7% en el año 1999. La tendencia continuó con un promedio de 4,6%.

Se evidencia, por lo tanto: i) una reducida tasa de afiliación sindical que evidencia la afectación al reconocimiento y ejercicio del derecho de libertad sindical por parte de los trabajadores y organizaciones sindicales, ii) una tendencia a la reducción de suscripción de convenios colectivos entre organizaciones sindicales y empleadores y iii) tendencia de manera general a la concentración de actividad sindical en Lima Metropolitana.

Resulta evidente que la libertad sindical a través de la negociación colectiva es un derecho que mediante su ejercicio permite el acceso a otros derechos; las organizaciones sindicales negocian en defensa de los intereses de los trabajadores la conquista de mayores derechos para estos y sus familias. Así, por lo general se negocian mejoras remunerativas, beneficios en favor de hijos o hijas, acceso a capacitaciones, mejoras en Seguridad y Salud y Trabajo, entre otros. En efecto, según Diego Motta, del año 2008 al 2013 periodo con mayor crecimiento económico en el Perú las remuneraciones promedio de trabajadores no sindicalizados fue de S/ 1500.00 y la de trabajadores sindicalizados entre S/. 2000.00 y S/. 2 500.00. en el 2021 esta brecha es de 61%.

La reducción de la tasa sindical debido al menor acceso y legitimidad del ejercicio de la libertad sindical en favor de los trabajadores y la menor suscripción de convenios colectivos representa por lo tanto menores derechos conquistados. El establecimiento del arbitraje potestativo por parte de las organizaciones sindicales consideramos que significa una acción afirmativa frente al contexto sindical descrito y representa un alto nivel de satisfacción del principio de solución pacífica de conflictos laborales. Por lo tanto, también se supera el filtro de proporcionalidad y el artículo bajo análisis resulta constitucional y legítimo en nuestro ordenamiento.

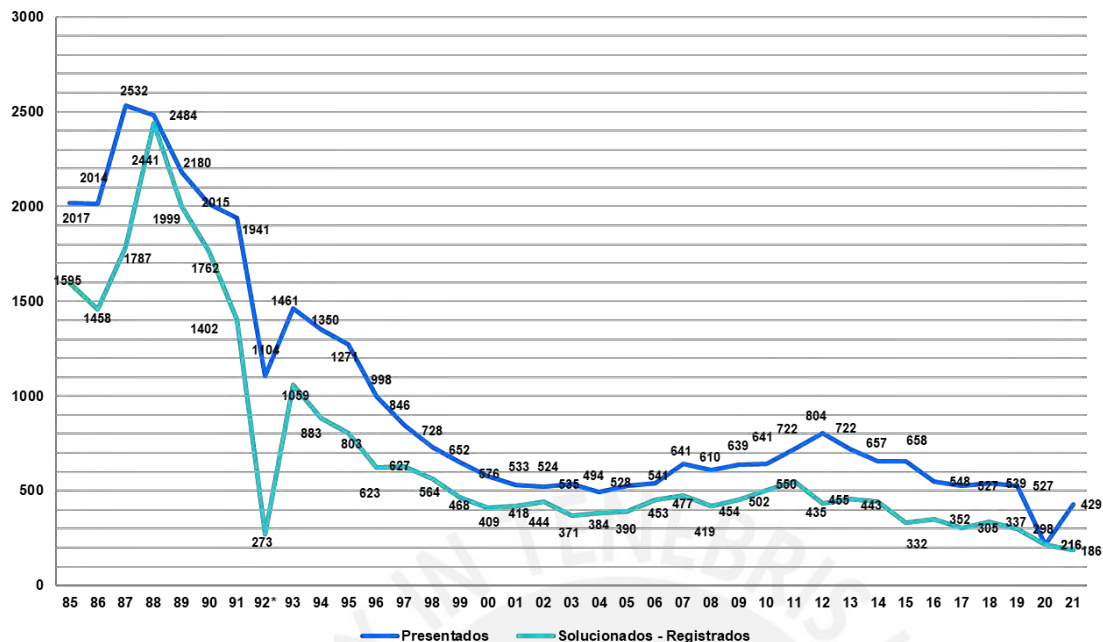
2.3 La regulación restrictiva de derechos colectivos en el ordenamiento jurídico peruano, su relación con la afectación a la libertad sindical y la necesidad de promover la negociación colectiva

2.3.1 Contexto sindical peruano

El Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha señalado que existen situaciones dentro de la negociación colectiva que ameritan la imposición del arbitraje por parte de las autoridades como, por ejemplo, un contexto en el que luego de negociaciones prolongadas e infructuosas, no se ha llegado a un acuerdo entre las partes o una huelga que se ha prolongado mucho tiempo, causando graves perjuicios. Asimismo, el Comité menciona la gran diversidad de sistemas jurídicos de los Estados miembros, motivo por el cual, resulta pertinente prestar atención a las distintas realidades y contextos. En ese sentido, la Comisión indica solo brindar “indicaciones de orden general” y principios que podrían ser aplicados a través de “medidas apropiadas a las condiciones nacionales”.

En el primer capítulo ya se ha abordado de manera general la legislación en materia de relaciones colectivas, evidenciando una tendencia restrictiva al ejercicio de derechos de tal naturaleza. Así, por lo tanto, se expondrán datos cuantitativos que demuestran que la realidad peruana evidencia una tendencia en caída del ejercicio del derecho de libertad sindical.

A partir los datos recogidos en el Anuario Estadístico del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y la recolección de estos por parte del laboralista Alfredo Villavicencio se evidencia una caída en el número de convenios colectivos presentados y solucionados. En evidencia, los pliegos presentados en el año 2021 solo representan el 16.94% del número de pliegos presentados en 1987; asimismo, respecto a los convenios suscritos por organizaciones sindicales, el número de convenios presentados en el 2021 solo representan el 7.49% de aquellos presentados en 1988.



Elaboración: Alfredo Villavicencio

Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, Negociaciones Colectivas en el Perú

Por otro lado, según el Informe de situación de los derechos sindicales 2014-2018 emitido por PLADES, el Perú cuenta con una tasa decreciente de afiliación sindical: de 6.4% a 5.2% en el sector privado y de 16.1 a 16% en el sector público del año 2013 al 2017 respectivamente -la tasa incluso es menor para las trabajadoras, y aquellas que ocupan puestos directivos dentro de las organizaciones sindicales-. Así, a partir de las estadísticas, se observa que la actividad sindical se encuentra reducida y en decadencia con el paso de los años.

Dichas cifras no son gratuitas: a partir de la promulgación de La Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo en 1992, la regulación de los derechos colectivos en el Perú se ha caracterizado por establecer un modelo restrictivo de dichos derechos, consolidándose así la desincentivación de la actividad sindical para trabajadores/as y organizaciones sindicales. En efecto, diversos artículos de la Ley fueron objeto de observaciones por parte de la Organización Internacional del Trabajo a través de su órgano especializado, el Comité de Libertad Sindical, debido a las afectaciones que suponían a la libertad sindical. Frente a ello, el Estado peruano realizó las subsanaciones requeridas casi en su totalidad; no obstante, mantuvo un modelo restrictivo frente a la libertad sindical recogido en la vigente Ley. El Reglamento, sin embargo, ha sido modificado recientemente por el Decreto Supremo 014-2022, introduciendo medidas como aquellas

recogidas por el artículo 47° y 61-A° que establecen reglas que favorecen la consecución y efectividad del ejercicio de negociación colectiva.

El Decreto Supremo 014-2022, el cual introduce modificaciones importantes en el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Así, el dispositivo normativo modifica, suprime y agrega artículos respecto a derechos colectivos en diversos aspectos: disolución de organizaciones sindicales, divergencia, arbitraje potestativo, huelga, entre otros. Frente a ello, diversos artículos fueron motivo de controversia por distintos actores; un sector sostuvo que el Reglamento contradecía a la Ley en diversos aspectos, e incluso otro, que resultaba ilegítimo su contenido debido a la forma en que fue emitido el Decreto Supremo. Asimismo, por el contrario, en clave de garantía de derechos fundamentales, parte de estas modificaciones plantearon disposiciones que facilitan el ejercicio de la actividad sindical e incluso favorecen la defensa de intereses por parte de los trabajadores en el marco de las relaciones colectivas en el marco del ejercicio legítimo de la libertad sindical. Así, el Decreto introduce medidas que buscan contrarrestar la caída en la actividad sindical.

Según Diego Motta, la afiliación sindical previa a las reformas introducidas por la política laboral del régimen fujimorista en 1990 era mucho más alta a comparación de la actual; esta tendencia, como se mencionó, también se refleja a través del número de convenios colectivos suscritos, materialización de la negociación colectiva y del ejercicio de la libertad sindical, tal como se observa en cuadro mostrado previamente.

En este contexto, en el año 2003, con la recuperación de la democracia se llevaron a cabo la corrección de 12 de las 16 observaciones formuladas por los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo a la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. No obstante, señala que estas modificaciones no fueron recogidas por el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo que operativiza la ley, hasta la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 014-2022-TR, cuyos dispositivos precisamente se analizan en la presente investigación.

Dentro del contexto de la caída de la afiliación sindical y por lo tanto del ejercicio de la libertad sindical y la negociación colectiva -reflejada, por ejemplo, en la cantidad de convenios colectivos suscritos entre las organizaciones sindicales y los empleadores- la tasa de afiliación sindical femenina y la ocupación de puestos directivos dentro de las organizaciones sindicales también se ha visto muy afectada.

A partir de un breve recuento de las estadísticas en materia de relaciones colectivas, la investigación toma en cuenta el complejo contexto sindical que visibiliza una caída de la actividad sindical; y así, a partir de un contexto sumamente restrictivo, la obligación de los empleadores de negociar resulta necesaria, más aún al tener en cuenta que la libertad sindical es un derecho para acceder a más derechos.

2.3.2 Promoción de la negociación colectiva en el marco del deber Estatal de fomento de negociación colectiva

El artículo 28° de la Constitución establece el papel que debe cumplir el Estado frente a los derechos colectivos de los trabajadores y de las organizaciones sindicales. Así, indica que “garantiza”, “fomenta”, “promueve” y “regula”. Como se observa, los verbos que consignan mayor libertad, y más aún, favorecimiento al ejercicio de la libertad sindical y los derechos que la hacen efectiva, son *garantizar*, *fomentar* y *promover*. A partir de una lectura conjunta de estos, se evidencia el reconocimiento de parte del Estado del derecho de libertad sindical y de su rol como protector y garantizador de su ejercicio.

No obstante, cabe resaltar que, respecto del derecho de huelga, este es meramente “regulado”, es decir, limitado, restringido. En efecto, el artículo indica lo siguiente respecto a los derechos que componen la autonomía colectiva en nuestro ordenamiento:

“Artículo 28.- El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

1. Garantiza la libertad sindical
2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social.

La redacción del artículo evidencia que el Estado ocupa un papel sumamente relevante y pretende ser activo frente al ejercicio de la libertad sindical. Primero, mediante la enunciación de la “garantía” a la libertad sindical, entendemos que garantiza así, los tres derechos que llenan de contenido a dicho derecho: el derecho de sindicación, el derecho de negociación colectiva y el derecho de huelga, es decir el derecho de crear organizaciones sindicales, afiliarse o no a estas e incluso desafiliarse, autorregular las relaciones laborales con el empleador y finalmente, poder ejercer una medida de coerción a través de la huelga en vista a los resultados de la negociación entre las partes.

Luego, plantea fomentar la negociación colectiva y promover formas de solución pacífica de los conflictos laborales, evidenciando así dos premisas: (i) que debe llevar a cabo acciones que favorezcan el ejercicio de negociación colectiva, y por lo tanto de sus efectos, y (ii) que el Estado considera de manera positiva la solución de conflictos de manera pacífica; bien esta solución de posiciones contrarias en el marco de una relación laboral sea a través de la negociación colectiva entre las partes y la suscripción de un convenio colectivo, o bien a través de otros medios de solución pacífica de conflictos. Por excelencia, e idealmente se debe garantizar la negociación colectiva al ser un medio democrático para los trabajadores para poder tomar decisiones en el marco de las relaciones laborales y así poder mejorar las condiciones en las cual trabajan; asimismo, en el primer capítulo se mencionó a otros medios de solución pacífica tales como: arbitraje laboral, conciliación, mediación, y en general cualquier otra vía que pacten las partes, de carácter pacífico.

2.3.3 La negociación colectiva y la relación con la democratización del sistema de relaciones laborales

En el acápite anterior se describe brevemente el deber estatal de fomento de negociación colectiva y la solución pacífica de los conflictos laborales a partir de la lectura del artículo 28° de la Constitución. Así, resulta evidente que, según la redacción de dicho dispositivo normativo, el Estado tiene el rol garante de la libertad sindical, y por lo tanto del ejercicio del derecho de negociación colectiva, derecho a través del cual los trabajadores y sus organizaciones sindicales pueden autorregular las relaciones laborales con los empleadores y sus representantes. No obstante el artículo 28° recoja el deber de garantía de dichos derechos, resulta relevante también señalar la relación que tienen con la democracia.

Por eso, es importante cuestionarnos la importancia del efectivo ejercicio del derecho de negociación colectiva a la luz de los resultados que puede traer en la práctica para la clase trabajadora: ¿la negociación colectiva solo es un derecho que debe ser garantizado meramente para que así se ejerza un derecho humano? A fin de enriquecer el análisis que se propone en la presente investigación, consideramos la siguiente premisa como respuesta a dicha pregunta: la negociación colectiva no solo debe ser garantizada porque sea reconocida como parte del derecho humano de libertad sindical, sino porque a través de la autorregulación de relaciones laborales, los trabajadores y sus organizaciones sindicales pueden gestionar democráticamente las condiciones de trabajo, y así también tener poder legítimo en el sistema de trabajo y reducir la desigualdad.

Esta premisa se asienta en el concepto de diálogo social, que, como su nombre lo indica, propone el diálogo entre las partes en el marco de una sociedad democrática a fin de acercarnos a la *justicia social*, término incluido por la Organización Internacional del Trabajo en el Derecho del Trabajo⁵. En efecto, la Organización señala que la justicia social se refiere al acceso equitativo a los derechos y oportunidades de los individuos: todos tenemos el derecho de poder reivindicar en igualdad de condiciones una justa participación en la generación de la riqueza que se genera a través del trabajo; para este fin se han promovido los siguientes objetivos para precisamente lograr optimizar este acceso: protección social, respeto de los principios y derechos fundamentales laborales y el fomento del diálogo social.

⁵ La Organización Internacional del Trabajo adoptó por unanimidad la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa el 10 de junio de 2008

En evidencia, cuando se realizan acciones para poder garantizar la justicia social, la Organización Internacional del Trabajo indica que las sociedades y economías funcionan de manera más eficiente, y se reduce la pobreza y desigualdades; asimismo, se promueve así un desarrollo económico más inclusivo y sostenible, que alcanza a su vez los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas.

¿Cómo se relaciona la justicia social y el diálogo social, a través de la negociación colectiva? La actividad sindical, cuya acción por excelencia es la búsqueda de autorregulación de relaciones laborales en la negociación, cumple un rol crucial a fin de reducir los efectos de la desigualdad. Así, dicha actividad resulta fundamental para reducir las brechas de desigualdad, y, como indica María Helena André, directora de la Oficina de Actividades para los Trabajadores de la OIT: *"Los sindicatos han demostrado resiliencia a lo largo de los años y tienen la capacidad de adaptarse a los cambios en el mundo del trabajo y la sociedad, manteniendo un papel central en la promoción del desarrollo humano inclusivo, la ciudadanía activa, la democracia y la justicia social"*.

Por lo tanto, la actividad sindical, plasmada a través de los derechos que hacen efectiva a la libertad sindical -sindicación, negociación colectiva y huelga- permite que los trabajadores participen en el diálogo social con los empleadores y así, autorregulen las relaciones laborales. La autorregulación de las relaciones laborales permite a su vez reducir los efectos de la desigualdad: los trabajadores y sus representantes pueden negociar mejores condiciones laborales, recibir remuneraciones más justas por el trabajo realizado, e incluso participar del sistema de gestión de trabajo, promoviendo la democracia y la justicia social.

Por ejemplo, reducir la brecha de desigualdad, desde el ámbito económico, resulta sumamente importante a fin de lograr desarrollo sostenible (OCDE 2015). En evidencia, los ciclos económicos de alta desigualdad aumentan la volatilidad del PIB, desacelerando el crecimiento; asimismo, según el Banco Mundial, la alta concentración del ingreso producido por el trabajo no solo genera pobreza, sino que también reduce la efectividad de los programas de desarrollo para combatirla.

En este contexto, la negociación colectiva resulta un mecanismo de diálogo social fundamental para que las organizaciones sindicales contribuyan a reducir la desigualdad de ingresos laborales, y fomenten mejores condiciones de trabajo. A través del ejercicio de este derecho, los trabajadores y sus representantes pueden mejorar en la práctica ingresos de trabajadores vulnerables, o incluso mejorar condiciones para otros grupos vulnerables que históricamente no han sido tomados en cuenta.

Resulta relevante también resaltar la relación entre diálogo social y libertad sindical: el primero se basa en el respeto y garantía de esta libertad y en el ejercicio de los derechos que la componen. Si es que la libertad sindical no es respetada, el diálogo entre las partes pierde legitimidad y no es sostenible para lograr su fin: conquistar mejores condiciones laborales y reducir la desigualdad. Así, en ausencia de dicho respeto, las negociaciones no podrían ser transparentes y reales.

Ahora, aterrizando los conceptos descritos a la presente investigación, ¿por qué consideramos relevante que se ejerza el diálogo social, y así se democratice el diálogo respecto de las relaciones y condiciones laborales? Debido a que consideramos que esta vía resulta óptima en un contexto como el peruano, el cual, como se ha descrito en los acápites anteriores, se caracteriza por dos situaciones: (i) tener una legislación laboral restrictiva respecto de las relaciones laborales y la participación de los trabajadores y las organizaciones laborales, y (ii) una actividad sindical reducida que se ve reflejada a través de una bajísima tasa de afiliación sindical, suscripción de convenios colectivos y creación de organizaciones sindicales en los últimos 30 años.

En ese sentido, la presunta confrontación entre el principio de negociación libre y voluntaria y el principio de solución pacífica de conflictos laborales no solo debe ser solo discutida de manera abstracta a partir de un conflicto entre dos principios constitucionales, sino también situándolos a la luz del contexto sindical peruano y del rol de la negociación colectiva en la consecución del diálogo social y la justicia social.

Por otro lado, resulta pertinente antes de proceder a la discusión del problema jurídico que convoca a la presente investigación ahondar en este contexto sindical peruano y el modelo de las relaciones colectivas peruano. Según Villavicencio, en la misma línea que la Organización Internacional del Trabajo, la autonomía colectiva resulta esencial a fin de garantizar condiciones de trabajo justas, y así, la democracia en las relaciones laborales. Esto evidentemente implica la actividad sindical, que mediante sus organizaciones sindicales canalizan los conflictos laborales y facilitan la negociación de condiciones laborales (2015).

En este contexto, los Estados en Latinoamérica han cumplido un rol determinante en la regulación de las relaciones laborales y por lo tanto, el sistema de relaciones laborales que afectará directamente la actividad sindical. Así, el autor indica que en los últimos años, han surgido propuestas para promover un modelo más democrático que permita un mayor control y participación de los actores sociales con el objetivo de transicionar de un sistema altamente

regulado por el Estado hacia un modelo más autónomo y participativo, garantizando la autonomía colectiva.

En efecto, el modelo de relaciones laborales en Latinoamérica, a excepción de Uruguay, es restrictivo, y así, Villavicencio lo señala como un "*modelo tradicional latinoamericano*"; modelo surgido por causas económicas, históricas y sindicales, sumado al subdesarrollo industrial de la región, la tradición de sistemas jurídicos estatistas y la debilidad de los movimientos sindicales. El modelo tradicional latinoamericano se caracteriza por un Estado con un control excesivo sobre las relaciones laborales, limitando así la autonomía colectiva y la capacidad de las organizaciones sindicales para negociar.

En Perú, dicho modelo se refleja en una regulación heterónoma sin participación de los actores sociales -especialmente trabajadores y sus representantes- limitándose así la acción de estos últimos, y promoviéndose una estructura sindical centrada en la empresa. Esto, en consecuencia, reduce el alcance de la negociación colectiva, y favorece una descentralización que limita la capacidad de los sindicatos para influir en la regulación de las condiciones laborales de manera general -por ejemplo esto se refleja en las restricciones a la negociación colectiva por rama en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su Reglamento-.

Villavicencio explica el surgimiento de este modelo restrictivo en Perú debido al cambio de contexto económico a partir de la crisis del fordismo y la introducción de nuevas tecnologías, que demandaban a su vez la "flexibilización" de las relaciones laborales. Por lo tanto, surgió la necesidad de regular el trabajo con un enfoque de "flexibilidad laboral". A partir de la reforma legislativa laboral en los años noventa -Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo- se disminuyó la protección laboral, requiriéndose así, un cambio de modelo que replantee el equilibrio entre trabajadores y empleadores.

Frente a este modelo restrictivo surge a propuesta de establecer un "modelo democrático de relaciones laborales": Villavicencio lo presenta como un modelo que se basa en un sistema en el que la autonomía colectiva de los trabajadores y empleadores tiene un rol determinante en la regulación de las relaciones laborales. Así, se respalda en que el conflicto laboral tiene una función en el sistema y debe ser integrado de manera constructiva por los mismos actores, los trabajadores y sus organizaciones sindicales y los empleadores. Por el contrario, el Estado se debería limitar a intervenir para garantizar la igualdad de fuerzas entre los actores sociales, promoviendo el diálogo entre las organizaciones sindicales y empleadores a fin de que puedan negociar de manera efectiva. Asimismo, este modelo

promueve la negociación colectiva sectorial como una herramienta eficaz para abordar las particularidades de cada unidad productiva.

Finalmente, es importante mencionar una de las funciones que cumple la negociación colectiva dentro de los sistemas de relaciones laborales según Villavicencio (2005), en específico, la función gubernamental, en observancia a su relación con la democracia. Citando al autor, este sostiene que la negociación, al relacionarse con la determinación de condiciones de trabajo da lugar al surgimiento de un sistema democrático de relaciones laborales:

“La democracia no es solo una cuestión política, y su presencia en el campo laboral es fundamental para que de un salto del ámbito meramente formal al sustancial. Así, en cuanto la democracia equivale a autodeterminación, un sistema democrático de relaciones de trabajo importa la presencia gravitante de la autonomía colectiva como la institución que expresa el papel preponderante que debe tener la autorregulación de los intereses contrapuestos de trabajadores y empleadores. Equivale a entregarles a las organizaciones representativas de estos las principales parcelas del poder regulador en materia laboral, con la consiguiente disminución del papel del Estado en este campo importa un máximo de autonomía (colectiva) y un mínimo de heteronomía (cuando está en juego el interés público (2005, p. 207).”

En ese sentido, la democracia no se circunscribe a un ámbito meramente político, sino también a uno laboral: puede aterrizar al campo sustancial cuando a través de la autodeterminación de los trabajadores y sus organizaciones sindicales (autonomía colectiva) se les entrega a estos espacios de poder regulador en el ámbito laboral. De esta manera, se consolida también dicho tipo de autonomía, y se fortalece el vínculo con la democracia en estos estos

CAPÍTULO III: DISCUSIÓN

El principal problema jurídico en la presente investigación analiza la confrontación entre los principios de negociación libre y voluntaria y el de promoción de solución pacífica de conflictos laborales a propósito de las medidas que introducen los artículos 47° y 61-A° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas. Presuntamente la respuesta bastaría con la realización de un test de ponderación entre ambos principios, toda vez que debido a la naturaleza normativa de un principio, es pertinente dicha vía en vista a la complejidad de la interacción entre estos -pues se entiende un presunto carácter excluyente-. No obstante, también creemos relevante ahondar en la naturaleza, finalidad y titularidad de la negociación colectiva y por tanto, el deber del empleador de negociar, así como la tendencia en la actividad sindical peruana, que justifica la toma de medidas afirmativas a fin de garantizar la libertad sindical. Asimismo, también la confluencia entre el arbitraje causado e incausado en el ordenamiento jurídico, lo cual evidencia que la promoción de soluciones pacíficas de conflicto también es ejecutada por dichos mecanismos a fin de “cerrar” el conflicto abierto entre las partes.

El test de proporcionalidad realizado en ponderación de los principios de solución pacífica y conflictos laborales y libre negociación voluntaria evidenció que tanto el artículo 61-A° y 47° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas son legítimos constitucionalmente. Así, reflejan el objetivo del Estado en un marco de Estado Constitucional de Derecho de promover acciones legislativas que fomenten el ejercicio de la libertad sindical, manifestada a través de la

negociación colectiva en un contexto desfavorable precisamente para su ejercicio y legitimidad. Asimismo, a este contexto desfavorable para las organizaciones sindicales peruanas, se suma la pertinencia de defender el carácter democrático que impregna a la negociación colectiva, al permitir a través del diálogo social, autorregular relaciones laborales y brindar poder de decisión y gestión a la clase trabajadora.

Por otro lado, consideramos también que el favorecimiento del arbitraje potestativo -en tanto mecanismo de solución de conflictos a emplearse en el trato directo cuando este no prospera- tiene respaldo práctico. Práctico debido a que según las estadísticas, la actividad sindical -a través del número de presentación de pliegos, tasa de afiliación sindical y suscripción de convenios colectivos- se ha visto mermada desde la entrada en vigencia de la Ley de Relaciones Colectivas por una tendencia a reducirse, y por lo tanto los mecanismos de solución pacíficos permiten a las organizaciones sindicales, cerrar el conflicto en casos complejos.

Asimismo, en tanto el derecho a la negociación colectiva es jurídicamente una “pretensión” al ser un derecho, en contraposición tiene a un deber del otro lado: el del empleador de negociar. Aparentemente existiría una afectación al principio de negociación libre y voluntaria según el cual la solución de conflictos laborales y sus mecanismos deben ser voluntarios; sin embargo, es posible que el derecho a la negociación colectiva y el mencionado principio puedan convivir armónicamente en un contexto sindical como el peruano. En evidencia, diversos autores y el Tribunal Constitucional ya se han pronunciado en el caso portuarios y sentencias en las que se explica el “plus de protección” que debe ejercer el Estado a fin de que el derecho a la libertad sindical pueda ser ejercido por los trabajadores y las organizaciones sindicales, en un contexto en el que la actividad sindical es muy reducida y tomando en cuenta la naturaleza de cada actividad económica.

En el presente capítulo se busca discutir acerca de la hipótesis de la investigación -y si esta fue comprobada o no- de cara al marco teórico propuesto y al problema de investigación presentado. Para dicho fin se discutirán los siguientes puntos: i) la convivencia entre el arbitraje potestativo causado y el arbitraje potestativo incausado, y ii) la iniciativa de los trabajadores de emplear el arbitraje potestativo.

La investigación se plantea la siguiente pregunta principal: ¿las modificaciones recogidas en los artículos 61-A° y 47° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, sustentadas en el principio de fomento de solución pacífica de los conflictos laborales, ¿superan el test de ponderación frente a la vulneración del principio de negociación libre y voluntaria? Inicialmente

la respuesta a dicha pregunta era afirmativa según nuestra hipótesis. Luego de responderla a través de la realización del test de ponderación respecto a ambos artículos del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, se evidenció que la hipótesis finalmente es comprobada.

Sin embargo, al elaborarse el marco teórico se demuestra que la discusión acerca del fomento de la solución pacífica de conflictos laborales y su confrontación con el principio de negociación libre y voluntaria es mucho más compleja; esta también se refleja en la realidad cuando las organizaciones sindicales recurren al arbitraje potestativo de forma causada o incausada o incluso se aplica el arbitraje obligatorio, siendo esto aparentemente vulneratorio del principio de negociación libre y voluntaria por el sector patronal. El contenido de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, normativa que recoge de manera expresa dichos mecanismos pacíficos de solución de conflictos y su Reglamento, asimismo, han sido modificados a través de diversas normas que generaron en la doctrina laboral peruana y jurisprudencia un álgido debate: ¿el arbitraje potestativo es causado o incausado?, ¿un medio de solución pacífica del conflicto laboral solo podría ser ejercido por supuestos enunciados por el Reglamento de la Ley? ¿cuál es la lectura correcta de la Ley y el Reglamento a la luz de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional?, ¿realmente se respeta el principio de negociación libre y voluntaria en el marco de las relaciones/conflictos laborales?

Este debate ha sido abordado por diversos autores peruanos a través de tesis y artículos jurídicos. No obstante, es apropiado de la reciente emisión del Decreto Supremo N° 014-2022-TR que modifica numerosos artículos del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas que consideramos preciso aportar nuevas luces al viejo debate. En ese sentido, se busca sustentar una posición que integre dicho debate y de una respuesta que funcione al contexto actual. Recordemos que el contexto actual demuestra la caída de la actividad sindical a lo largo de los últimos 20 años y por lo tanto, la necesidad de protección y garantía de dicho derecho. Asimismo, también es importante tener en cuenta la importancia de defender la participación de los trabajadores a través del diálogo social en la autorregulación de las relaciones laborales en virtud de una perspectiva democrática del ámbito laboral.

En primer lugar, opinamos que puede existir una armonía entre el principio de negociación libre y voluntaria y el fomento de solución pacífica de conflictos laborales en nuestro ordenamiento jurídico. Si bien el Estado tiene el papel en un marco de Estado Constitucional de Derecho de fomentar y establecer medidas afirmativas que promuevan el ejercicio y

reconocimiento de la libertad sindical, también ha ratificado el Convenio Núm. 98 que recoge la voluntariedad en la negociación entre las partes.

Esta voluntariedad en nuestra opinión no resulta rígida, y por el contrario, puede ser flexible o exceptuada según el contexto, tal como indica la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo. Por ejemplo, en el caso en que una negociación por trato directo no prospere entre las partes, debido a demoras irrazonables o quizás el comportamiento de mala fe de una de estas, es preciso que el Estado, en función al artículo 28° de la Constitución tome acción y promueva mecanismos que conlleven a una solución. Así, nos cuestionamos: ¿por qué resulta importante llegar a una solución entre las partes? Por dos principales razones: porque es preciso que el derecho a la negociación colectiva (trato directo) de la que son titulares los trabajadores y las organizaciones sindicales pueda ser ejercida y legitimada -obteniendo resultados-, y porque al ejercerse la negociación colectiva, estos podrán defender sus intereses en el contexto de una relación desigual intrínsecamente entre las partes, y así tener acceso a otros derechos, motivo por el cual es sumamente importante “cerrar” el conflicto.

3.1 Confluencia entre el arbitraje causado e incausado en el ordenamiento jurídico peruano

En segundo lugar, también consideramos viable la convivencia entre el arbitraje potestativo causado y el arbitraje potestativo incausado. Autores como Ulloa opinan que el arbitraje potestativo, en tanto se ha confirmado que es recogido por la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema en la decisión N° 5132-2014 del 20515, siempre debe ser causado; por lo tanto, este nunca debería ser usado de manera discrecional e incausada o cuando se acredite que efectivamente ha existido una etapa previa de negociación donde no se ha vulnerado el principio de buena fe (p. 387).

Según dicho autor, el arbitraje potestativo incausado es incompatible con el Convenio Núm. 98 de la Organización Internacional del Trabajo, en cuyo artículo 4° se recoge el principio de negociación libre y voluntaria, el cual se vería vulnerado cuando se impone el arbitraje como medio preferencial de solución de conflictos. Así, el imponer el arbitraje potestativo incausado conllevaría a una “conducta cerrada” y a bloquear el acceso a un efectivo derecho a la

negociación de ambas partes. Su existencia supone entonces arbitrariedad y el desconocimiento del deber de negociar de ambas partes (p. 388). Asimismo, indica que la sentencia del caso portuarios y la sentencia Fetratel N° 3243-2012 discuten el escenario de una primera negociación, y por lo tanto no son sustento de la modalidad de arbitraje potestativo incausado para todo tipo de negociación.

Coincidimos en parte con el autor al sostener que se deben realizar esfuerzos reales de negociar antes de recurrir al arbitraje potestativo, sin embargo, negamos que el arbitraje potestativo incausado pueda representar un “bloqueo” al acceso a un efectivo derecho a la negociación de ambas partes. Recordemos que dicho derecho tiene como titulares a los trabajadores y las organizaciones sindicales, tal como lo reconocen los tratados de derechos humanos que indican que los titulares de la libertad sindical, son, en efecto, los trabajadores y como se condice con su contenido esencial de defensa de derechos laborales. Así, en nuestra posición, el arbitraje potestativo incausado sí tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico y por lo tanto es viable su existencia paralela con el causado pues se plantea como un mecanismo que finalmente plantea brindar salidas a un trato directo que no rinde frutos. En evidencia, en el primer capítulo, se resumieron brevemente casos llevados frente a tribunales arbitrales peruanos en los que organizaciones sindicales solicitan el arbitraje potestativo incausado, los cuales fueron declaradas como procedentes por dichos órganos deliberativos. En efecto, este podría ser activado debido a supuestos no recogidos necesariamente en el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas a partir de la lectura del artículo 61° de la misma Ley; no obstante, se debe tener en cuenta ciertos criterios que delimiten su uso a fin de que no sea usado de manera indiscriminada en desmedro del ejercicio efectivo de la negociación colectiva. Así, tampoco se plantea vaciar de contenido el derecho de negociación colectiva y recurrir automáticamente a un arbitraje laboral solicitado por los trabajadores.

Sostenemos que la regla de voluntariedad de la negociación colectiva contenida en el artículo 4 del Convenio Núm. 98 que recoge la regla de voluntariedad no es absoluta porque cada ordenamiento jurídico es distinto y los mecanismos de solución deben aplicarse en atención a la situación de cada país. Es así que en el caso particular peruano, esta regla no se aplica de manera absoluta, en atención a la naturaleza del trabajo que se lleva a cabo y las características de dicha actividad económica. Un ejemplo de esto es el conocido caso de los trabajadores portuarios, sector en el que el Tribunal Constitucional declaró que, respecto a la decisión del nivel de negociación colectiva, en caso de discrepancia, esta sería resuelta por un Tribunal arbitral en vista a la naturaleza del trabajo en el sector de construcción civil, el cual se caracteriza por la

rotación de empleadores y de trabajadores según las jornadas. Es así que la regla de voluntariedad de recurrir al arbitraje no resulta absoluta pues debe observar las particularidades de cada ordenamiento jurídico, en conexión directa con las distintas ramas de actividades económicas.

En adición, es preciso también tomar en cuenta la efectividad y ejercicio del derecho humano a la libertad sindical. Si es que un país cuenta con una tasa sumamente baja de afiliación sindical y resultados de la misma, evidenciadas en la solución del conflicto entre las partes, el Estado, en aplicación de medidas afirmativas y normativas, puede fomentar su efectividad, a través de la emisión de legislación. En ese sentido, son coherentes las modificaciones introducidas en el Reglamento del TUO de la LRCT, toda vez que surgen como acciones adicionales del Estado en su rol de fomento de soluciones pacíficas de conflictos, y de la garantía del derecho a la negociación colectiva. En efecto, por un lado, el artículo 47° del Reglamento introduce una aceptación ficta del empleador de recurrir al arbitraje, cuando en el marco de una huelga, los trabajadores decidan proponer el sometimiento del diferendo a arbitraje -se trataría de un arbitraje voluntario a la luz del artículo 63° de la Ley, que se convertiría a su vez en obligatorio al no existir respuesta del empleador en lectura del artículo 47° del Reglamento-. Por otro lado, el artículo 61-A° recoge la facultad de los trabajadores de interponer el arbitraje potestativo en determinados supuestos. Así entonces, resulta clara la acción legislativa del Estado a fin de que se cierre el conflicto en las relaciones laborales de forma pacífica.

En el caso particular peruano, sostenemos que la tasa de afiliación es sumamente baja a partir de la emisión de legislación restrictiva del ejercicio al derecho a la libertad sindical, y por eso es preciso la actuación del Estado para poder garantizar el derecho, esto por las siguientes razones: (i) la Constitución establece que el Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, y en concordancia, (ii) se garantiza la libertad sindical, además de (iii) fomentar la negociación colectiva y formas de solución pacífica de los conflictos laborales.

En ese sentido, si es que la regla de voluntariedad contenida en el Convenio Núm. 98 tiene excepciones en su aplicación en atención a la realidad de cada país y nuestra Constitución establece el rol del Estado como garantista de la libertad sindical -que se compone del derecho de sindicación, negociación colectiva y huelga-, son legítimas plenamente la aplicación de mecanismos que contribuyan con el cierre del conflicto de forma pacífica, tal como el arbitraje que se recogen en los artículos 47° y 61-A°.

¿Cuál sería el mecanismo acorde con el derecho a la libre negociación colectiva que podría aplicarse para cerrar el conflicto? Un escenario ideal plantea que la negociación colectiva encauce el conflicto laboral en el diálogo bidireccional entre las partes a fin de suscribir un convenio colectivo en virtud del diálogo social y la búsqueda de justicia social a través de la autorregulación de relaciones laborales. No obstante, según cada caso en concreto, se pueden presentar obstáculos que eviten la consecución de este convenio: acciones u omisiones de las partes que dificulten llegar a este objetivo, y que por lo tanto conlleven a que el conflicto se mantenga abierto. Dichas acciones u omisiones han sido declaradas por nuestro ordenamiento jurídico como “actos de mala fe”, estableciendo que en caso surjan en el procedimiento de negociación colectiva, se aplica el arbitraje potestativo, es decir, a iniciativa de una de las partes, el conflicto se cierra a través del pliego que escoja un Tribunal Arbitral.

Entonces, hasta dicho punto, resulta coherente que se aplique el arbitraje potestativo para que el conflicto se cierre, sin embargo, a partir de la lectura conjunta de la Ley y el Reglamento del TUO de la LRCT y la reciente modificación del Reglamento, surgen diversos cuestionamientos. El primero es que la Ley establece que si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación podrán las partes someter el diferendo a arbitraje, no obstante, si lo leemos en conjunto con el Reglamento, que indica que son los trabajadores -¿únicamente?- los que pueden recurrir ante el arbitraje potestativo, y por lo tanto empleadores no podrían activar entonces este mecanismo. De este modo, estaríamos frente a un arbitraje potestativo incausado que solo podría ser activado por los trabajadores según el artículo 61-A° del Reglamento.

Consideramos que este supuesto sería en cierta medida vulneratorio del principio de negociación libre y voluntaria a partir de una lectura superficial, pues no permitiría aplicar el arbitraje por parte de los empleadores. Sin embargo, sostenemos que la intención del legislador, es otorgar un “plus” de tutela a los trabajadores y sus organizaciones sindicales, al percibir este contexto restrictivo del derecho a la libertad sindical introducido por las modificaciones a la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo en 1992, que coinciden con una baja tasa de afiliación sindical y de suscripción de convenios colectivos.

A continuación, es pertinente primero exponer los motivos por los cuales resultaría viable la confluencia entre el arbitraje potestativo causado y el arbitraje potestativo incausado en nuestro ordenamiento jurídico. Nuestra posición se desarrolla en observancia a la normativa actual y pronunciamientos del Tribunal Constitucional y casos ante tribunales arbitrajes llevados a cabo en los últimos años, y resumidos en el primer capítulo de la investigación.

3.1.1 La negativa de recurrir a arbitraje potestativo como una afectación al derecho de huelga

En primer lugar, el arbitraje potestativo incausado es viable en nuestro ordenamiento jurídico, pues, la negativa de recurrir a este por parte del empleador, afectaría el ejercicio del derecho de huelga. En efecto, en el escenario en que los trabajadores y sus organizaciones sindicales soliciten a la otra parte recurrir al arbitraje potestativo de manera incausada y estos se nieguen, obligarían así a que tengan que recurrir a la huelga.

Así, frente a una negociación colectiva que no ha prosperado, los trabajadores tienen las siguientes alternativas: recurrir ante un Tribunal arbitral que se pronuncie acerca del conflicto entre las partes, realizar una huelga, o dejar el conflicto abierto. Cada alternativa presenta las siguientes vicisitudes; primero, en caso se recurra a un arbitraje, ya sea de manera causada o incausada -en tanto el artículo 61° no establece requisitos o condiciones que deban cumplirse- se cerraría el conflicto de manera pacífica de manera segura a partir de la emisión del laudo, el cual tiene carácter de cosa juzgada, adoptándose así una propuesta de convenio colectivo. En el segundo escenario, los trabajadores se verían obligados a recurrir a la huelga como medio de coerción para poder ejercer presión con el fin de defender sus derechos laborales; finalmente, en el tercer supuesto, el conflicto se quedaría abierto, habiéndose realizado esfuerzos por negociar de las partes en vano.

El derecho de huelga se plantea como una vía de coerción que tienen los trabajadores y organizaciones sindicales legítima. Así, es una medida de fuerza permitida en vista a la naturaleza desigual entre los trabajadores y los empleadores. Estos últimos cuentan con medios económicos, administrativos y organizativos que les otorgan mayor poder de decisión y control, y los trabajadores por su parte no tienen medios de poder decidir directamente. En ese sentido, la libertad sindical se presenta como un escenario democrático en el que los trabajadores también pueden participar en la búsqueda de un mejor reconocimiento de derechos y la conquista de beneficios en el marco de las relaciones laborales. Este derecho es aterrizado a través de la realización de una negociación colectiva entre las partes, y así, la creación de un convenio colectivo que recoge una solución al conflicto que se genera entre las propuestas de pliegos.

No obstante, cuando la negociación colectiva no prospera, los trabajadores tienen la opción de recurrir a huelga o activar el arbitraje potestativo. La huelga, se iniciaría de forma legítima, con la observancia de cumplir los requisitos que establece nuestra legislación, tal como indica el artículo 28° de la Constitución. Así, este derecho, en tanto alternativa, debería ejercerse de forma

voluntaria por parte de las organizaciones sindicales. Dicha voluntariedad, sin embargo, se ve afectada en el caso en que el empleador se niegue a recurrir al arbitraje potestativo -de forma causada o incausada-.

El derecho fundamental a la huelga, sería entonces interpuesto como opción necesaria para cerrar el conflicto, vaciándose su contenido, y afectándose además al empleador, el cual enfrentaría dicho medio de coerción. Esto sería atentatorio de un derecho humano, pues el derecho de huelga se encuentra reconocido en tratados de derechos humanos y se incluye en los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo a través de la siguiente manera: el artículo 3 del Convenio 87 reconoce el derecho de los trabajadores de “organizar con plena libertad sus actividades y el de formular su programa de acción”. De esta manera, el Convenio -ratificado por el Perú- señala que en efecto, con motivo de la autonomía colectiva, las organizaciones sindicales tienen el derecho de formular el programa de acción que mejor convengan en la defensa de intereses y derechos de los trabajadores. Así, esta organización con “plena libertad de organización y formulación de un programa de acción”, que podría incluir una huelga, o recurrir a un arbitraje, se vería afectado si es que los trabajadores llevan a cabo acciones sin una voluntariedad total y con total control de decisión.

El Tribunal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene en la Opinión Consultiva OC-27/21 emitida en el 2022 que dicho derecho es uno de los derechos fundamentales de los trabajadores y trabajadoras y sus organizaciones, toda vez que se trata de un medio legítimo de defensa y recurso “a fin de corregir una injusticia, o bien para la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social, y a los problemas que se plantean en las empresas y que se interesan directamente a los trabajadores y las trabajadoras”, y en ese sentido, el Tribunal Europeo, califica a la huelga como el instrumento “más poderoso” de protección de derechos laborales (OC-27, 2022, Párrafo 98).

3.1.2 La apertura del conflicto y su vulneración al principio de solución pacífica de conflictos laborales

En segundo lugar, consideramos que la apertura del conflicto supone una afectación directa al principio de solución pacífica de conflictos laborales recogido en el artículo 28° de la Constitución. Dicho principio, el cual ha sido analizado a lo largo del primer capítulo, demuestra el siguiente

valor que funda nuestro ordenamiento jurídico y sociedad: la búsqueda de la solución de conflictos que puedan surgir entre partes con posiciones distintas en el marco de una relación jurídica, conllevando a la consolidación de una sociedad pacífica.

La negativa a recurrir al arbitraje potestativo -y por tanto desconocer su existencia en nuestra legislación laboral-, ya sea justificado por los trabajadores de manera causada o incausada conllevaría a mantener el conflicto abierto entre las partes. Esta apertura, además de generar una disconformidad latente entre las partes laborales, también indicaría que no se están llevando a cabo acciones que pongan en ejercicio el principio de solución pacífica de conflictos laborales. Este principio no solo es un mandato referido al Estado, de cómo actuar frente al ejercicio y garantía de derechos fundamentales, sino también se dirige a terceros, incluyendo por lo tanto a los empleadores y trabajadores.

Esta obligación no solo se dirige al Estado, debido a la naturaleza de los derechos fundamentales y la Constitución. Así, según Blancas (2011), el contenido de la carta magna irradia en nuestro ordenamiento jurídico y las relaciones jurídicas tanto de manera vertical como horizontal. Vertical, en tanto el Estado lleva a cabo reconoce los derechos de los individuos y lleva a cabo acciones para garantizarlos, y de manera horizontal en tanto los terceros también deben respetar y hacer efectivos los derechos y contenido de la Constitución.

El autor, por lo tanto, sostiene que la eficacia de los derechos fundamentales y principios jurídicos no solo es reconocida de forma vertical, sino también deben ser garantizada en las relaciones entre particulares. De este modo, en el ámbito de las relaciones laborales, los empleadores deben respetar el mandato del artículo 28° de la Constitución que establece que se fomenta la negociación colectiva y se promueve la solución pacífica de conflictos laborales:

“La afirmación de la eficacia general o universal de los derechos fundamentales y su irradiación hacia todos los sectores del ordenamiento jurídico surgirá como uno de los principales efectos de la doble condición subjetiva-objetiva que se les reconoce, ya que “(...) los derechos fundamentales se desvinculan de la relación inmediata Estado-ciudadano, no solo rigen allí donde (...) el Estado participa directamente en las relaciones jurídicas, sino que rigen más bien de “modo universal”, esto es, en toda dirección y en todos los ámbitos del derecho” (Bockenforde, como se cita en Blancas, 2011 p. 291).

Así, con base en la tesis de la eficacia inmediata de los derechos frente a terceros, estos deben ser aplicados y garantizados no solo por el Estado sino, también entre ciudadanos. Esta tesis supone la aplicación directa “sin mediaciones concretizadoras” de los derechos fundamentales,

de tal modo que sin necesidad de normativa de desarrollo, la norma constitucional se aplica como “razón primera o justificadora” de la garantía de derechos; se configura entonces como una norma de comportamiento que también debe incidir en el contenido de las relaciones entre particulares (Blancas, 2011, p. 300).

La apertura del conflicto en vista a la negativa de recurrir al arbitraje por parte del empleador, como se señaló, conlleva a que las organizaciones sindicales como parte de su programa de acción, tomen como opción recurrir a la huelga, y por lo tanto, que no se priorice la solución pacífica del conflicto. Además, dicha apertura indefinida de la controversia demuestra una omisión en el marco de las relaciones entre particulares, las cuales deben respetar tanto derechos fundamentales como principios, incluyendo al principio de solución pacífica de conflictos laborales.

Asimismo, como se señalará más adelante, la falta de búsqueda de un cierre del conflicto entre las partes, causa una desprotección latente en favor de los derechos laborales. Esto debido a que las organizaciones sindicales, en ejecución del derecho a libertad sindical, a través de la sindicación y negociación colectiva, permite la representación de los trabajadores y la defensa de sus intereses económicos, sociales y profesionales. Este escenario por lo tanto favorecería que las organizaciones sociales dejen de tener efecto en la lucha y búsqueda de un mejor reconocimiento de derechos en virtud de la justicia social.

3.1.3 Limitar el conflicto solo a dos supuestos para recurrir al arbitraje potestativo: vulneración al principio de jerarquía normativa

Finalmente, un argumento que adquiere mucha fuerza es aquel que indica que, en respeto al principio de jerarquía normativa, el Reglamento no podría limitar a la Ley respecto a los supuestos en los que se pueda recurrir al arbitraje potestativo. La Ley, en su artículo 61° no establece ningún requisito o condición que deba cumplirse para recurrir a dicha vía de solución pacífica del conflicto laboral. Este establece lo siguiente:

“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.”

Como se evidencia, la posibilidad de recurrir al arbitraje como medio de solución pacífica de conflictos laborales, no requiere según la Ley la realización de alguna acción previa o el cumplimiento de un requisito. Así, la redacción plantea una salida pacífica frente a una negociación colectiva o conciliación que no prospera entre las partes; y demuestra la voluntad del Estado por introducir en el ordenamiento jurídico medidas que aceleren la consecución de acuerdos entre las partes. En ese sentido y en observancia del artículo 28° de la Constitución y el fomento de la negociación colectiva y promoción de soluciones pacíficas, consideramos que la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, a través del artículo citado, se aterriza dicho principio de manera general.

El artículo 61-A° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, recientemente modificado por el Decreto Supremo 014-2022 establece que los trabajadores podrán recurrir al arbitraje potestativo cuando se hayan mantenido numerosas reuniones en trato directo, sin llegarse a algún acuerdo, o cuando se evidencien actos de mala fe. No obstante, a partir de la lectura conjunta con el artículo 61° de la Ley, el cual establece que “podrán las partes someter el diferendo a arbitraje” se observa que no necesariamente se debe cumplir alguno o todos los supuestos establecidos por el Reglamento para recurrir al arbitraje.

En ese sentido, el Reglamento no podría circunscribir el arbitraje potestativo solo a dos supuestos: actos de mala fe o el cumplimiento de cierto número de reuniones llevadas a cabo entre las partes, pues la Ley, que cuenta con mayor jerarquía normativa, no establece dicha limitación. Así, entonces, la lista de supuestos recogida en el artículo 61-A° no es una lista cerrada. Entender esto así, implicaría desconocer que la naturaleza de conflictos laborales entre las partes es compleja y diversa.

Una lectura armoniosa de ambos artículos, el 61-A° del Reglamento y el 61° de la Ley, por lo tanto indica que, los trabajadores tienen la facultad -pueden ejercerlo o no- de recurrir al arbitraje potestativo en determinados casos, sin embargo, el listado de dichos casos no es cerrado.

3.2 Los trabajadores y sus organizaciones sindicales y la iniciativa de recurrir al arbitraje potestativo

Respecto al artículo 47°, no cabe duda de que la aceptación ficta del empleador frente a la propuesta de la organización sindical de recurrir al arbitraje, representa una herramienta para “acelerar” el decantamiento del conflicto laboral a través de una vía de solución pacífica. Así, este arbitraje, que se plantea como voluntario a partir de una lectura de la Ley, pues establece que se necesita la aceptación del empleador, se podría convertir en uno obligatorio para el empleador si es que no da respuesta hasta dentro de los 3 días siguiente de la solicitud de los trabajadores. Esto supone que el Estado promueve también medios pacíficos de solución, que sean más céleres, generando efectos frente al “silencio” de los empleadores frente a solicitudes de los trabajadores en el marco de la negociación.

El artículo 61-A° por su parte resulta más controversial pues establece que “los trabajadores” podrán interponer el arbitraje potestativo en caso de actos de mala fe o si luego de diversas reuniones entre las partes, no se ha llegado a un acuerdo. A partir de la mención de “los trabajadores”, parecería que los trabajadores únicamente podrían recurrir a este arbitraje.

En efecto, en la práctica ya se han cuestionado las modificaciones introducidas por estos dispositivos normativos. En el recurso de amparo interpuesto por Minera Las Bambas, recogido en el Expediente N° 07217-2022-0-1801-JR-DC-02 dicha empresa indica que el Decreto Supremo N° 014-2022 que establece modificaciones en el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas vulnera los derechos a la libertad de empresa, hacer lo que la ley no prohíbe, secreto e inviolabilidad de documentos privados, proscripción, de abuso del derecho, negociación colectiva, igualdad ante Ley y debido proceso. En específico, respecto del artículo 61-A° la empresa sostiene que:

“Vulnera nuestro derecho a la negociación colectiva, a la solución pacífica de los conflictos y a la igualdad ante la Ley, al establecer que ya no podemos iniciar un arbitraje potestativo con la finalidad de solucionar pacíficamente una negociación colectiva, ya que ahora se establece que el inicio de un arbitraje potestativo solo estaría reservado a los trabajadores; a pesar de que la LRCT establece expresamente que ambas partes, en igualdad de condiciones, pueden iniciar el arbitraje.

(...)

El cambio del Decreto Supremo No. 014-2022-TR nos genera graves perjuicios a nuestros derechos, en la medida que amenaza y agravia nuestro derecho a la negociación colectiva (que debe priorizar el trato directo), a acudir a formas de solución pacíficas de los conflictos laborales, y hacerlo incluso en condiciones de igualdad, lo cual hoy se deja de lado, ya que solo la parte sindical puede someter a arbitraje potestativo, en clara contravención al texto legal.

(...)

Con la modificación impuesta por el Reglamento LRCT se vulnera manifiestamente nuestro derecho constitucional a la negociación colectiva libre y voluntaria, toda vez que al eliminar los requisitos de procedencia para el arbitraje potestativo por actos de mala fe, se suprime cualquier esfuerzo para que las partes arriben a un acuerdo colectivo de forma directa, incentivando el uso indiscriminado y especulativo del arbitraje potestativo por las organizaciones sindicales.”

Con motivo de cuestionarnos porqué sí resulta legítimo el contenido del artículo 61-A° al indicar que los trabajadores pueden recurrir al arbitraje potestativo en los supuestos indicados, se desarrollan en los siguientes párrafos los siguientes argumentos: primero, que los empleadores tienen el deber de negociar y por lo tanto de aceptar los mecanismos de solución por el que opten los trabajadores frente a una negociación colectiva que no resulta efectiva, segundo, que frente al contexto sindical es necesaria una defensa de intereses de los trabajadores como plus de protección, y tercero, que es necesario el cierre del conflicto en protección de los derechos de los trabajadores.

3.2.1 El deber de negociar de los empleadores

Frente al derecho de negociación colectiva, los empleadores, como contraparte, tienen el deber de negociar con los trabajadores, para que así el derecho de negociación colectiva pueda ser efectivo en su contenido y por lo tanto de aceptar los mecanismos de solución por el que opten los trabajadores frente a una negociación colectiva que no resulta efectiva -el arbitraje o la huelga según lo regulado por la legislación laboral-. El deber del empleador de negociar colectivamente

es delimitado por Boza y Aguinaga como aquel deber que supone, en primer lugar, el nivel en el que ese negocia, y luego, decidido lo anterior, el contenido del futuro acuerdo colectivo.

De este modo, la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT) establece que el empleador tiene la obligación de negociar una primera reunión para establecer el nivel, y aceptar el pliego de reclamos. En efecto, indican que:

“Vistas de esa manera las reglas de la LRCT, es lógico afirmar que, para la parte patronal de la relación laboral —siempre que tengan al menos un año de existencia—, no es libre o voluntaria la decisión de iniciar la negociación colectiva. Y es que, en tanto dicho dispositivo les fija el deber de negociar, no tendrán legalmente la posibilidad de rechazar la pretensión de los trabajadores (o de sus organizaciones representativas) de negociar colectivamente (ya sea el pliego, ya sea el nivel). Vale decir, según lo establecido por la LRCT, siempre que la parte laboral plantee el inicio de los procedimientos de negociación colectiva, la parte empresarial quedará vinculada por esta (...). (2013 p. 288).”

A simple vista este deber por parte del empleador vulneraría lo previsto en el Convenio 98 de la OIT al indicar que los Estados deben fomentar el uso de procedimientos de negociación voluntaria. Según los autores, a partir de una lectura del artículo 4 de dicho convenio, se observa que la obligación patronal de negociar no se exige por la Organización Internacional del Trabajo, sin embargo, tampoco la proscribire. Así, estos indican que el mismo Comité en su Recopilación de decisiones y principios ha indicado que “tampoco resulta contrario a dicho artículo “[el artículo 4° del Convenio 98] el obligar a los interlocutores sociales a entablar negociaciones sobre términos y condiciones de trabajo con miras a estimular y fomentar el desarrollo y la utilización de los mecanismos de la negociación colectiva de las condiciones de trabajo”. De esta manera, se evidencia que los instrumentos internacionales de la OIT asignan al derecho interno la decisión de establecer o no un sistema obligatorio de negociación colectiva (Boza y Aguinaga, 2013, p. 289).

El deber de negociar se fundamenta según Villavicencio en la obligación estatal de fomentar y promover la negociación colectiva y en el principio de negociar de buena fe. En consecuencia, este deber se funda en la necesidad de promover la negociación colectiva que, según los instrumentos internacionales de derechos humanos, no basta con suprimir obstáculos para que dicho derecho se haga ejercido, sino que es preciso emitir actividad normativa estatal concreta dirigida a garantizar su efectividad (como se cita en Boza y Aguinaga 2013, p. 290).

El deber de negociar, por lo tanto, no es prohibido por el Comité de Libertad Sindical, y no vulnera el principio de negociación libre y voluntaria recogido en el artículo 4° del Convenio 98. De ahí, se desprende que, según las condiciones nacionales de cada país, la legislación interna podría decidir obligar a los interlocutores sociales negociar sobre términos y condiciones de trabajo a fin de fomentar el uso y desarrollo de mecanismos de la negociación colectiva.

Teniendo en claro dicha premisa, es válido y coherente sostener que en tanto el arbitraje potestativo resulta una herramienta o mecanismo de la negociación colectiva cuando esta no muestra resultados, el Estado también puede establecer a nivel reglamentario, legal e incluso a través de políticas públicas medidas que no solo “quiten” los obstáculos para cerrar el conflicto entre las partes, sino que realmente permitan hacer efectivo el derecho de negociación a fin de que logre su fin: la búsqueda y conquista de mejores condiciones laborales.

Como se sostendrá en la siguiente sección, la toma de este tipo de acciones afirmativas o medidas legislativas, tal como las que recoge el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, resulta relevante y necesaria en el contexto actual peruano. Así, en atención a una reducida actividad sindical, reflejada en un bajo número de pliegos presentados y convenios colectivos suscritos, el Estado peruano tiene la obligación de emitir las medidas mencionadas -y tal como reconoce la Organización Internacional de Trabajo a partir de la observancia de la pluralidad de realidades laborales de los Estados miembro-.

Esto también resulta coherente con lo sostenido por Mendoza:

“Lo que contendría el artículo 4° es una directriz para la realización de los derechos subjetivos de fono (p. 483). Estamos de acuerdo con eso. “De esta forma, entender a la negociación colectiva libre y voluntaria podría ser examinada desde el derecho fundamental de negociación colectiva como instrumental o habilitante dentro de un marco de relaciones industriales maduras. Sin embargo, ante la evidencia de comportamientos patológicamente abusivos, para el propio Comité de Libertad Sindical el asunto parece merecer reproche (aunque no se aborden las consecuencias jurídicas directas inter partes de la comisión del comportamiento antijurídico contrario al derecho a la negociación colectiva.

“Además, contra lo que un enfoque que exagere la manifestación contractualista de la autonomía colectiva queda claro que el derecho subjetivo a la negociación colectiva (...) requiere indispensablemente de la existencia de un sujeto obligado frente a otro a

desarrollar un proceso de diálogo social bipartito bajo ciertas condiciones jurídicamente exigibles. (2024,p. 483).

Por lo tanto, frente al derecho subjetivo a la negociación colectiva, los empleadores, como contraparte, tienen el deber de negociar con los trabajadores, para que así pueda tener resultados en la práctica. Asimismo, esto también incluye al mecanismo de solución por el que los trabajadores generalmente emplean, frente a una negociación colectiva que no resulta efectiva y que son establecidos por el propio ordenamiento jurídico: el arbitraje.

3.2.2 La necesidad de defensa de intereses de los trabajadores frente al contexto sindical

Ahora, teniendo en cuenta que resulta legítimo que frente al derecho (pretensión) de negociación colectiva del cual son titulares los trabajadores corresponda el deber el empleador de negociar, sostenemos que los mecanismos que permiten que el contenido de la negociación colectiva sea efectivo, también son legítimos. Este sustento jurídico de la toma de acciones afirmativas por parte del Estado se ve acompañado también de un sustento pragmático que lo amerita.

Así, como se argumentó en los capítulos previos, el contexto sindical peruano ha sufrido una caída respecto del número de afiliaciones, presentaciones de pliegos y suscripciones de convenios colectivos, precisamente a partir del comienzo de una política laboral de “flexibilización” en las relaciones laborales y relaciones colectivas. Es a partir de la entrada en vigencia de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, que esta caída se remarcó, tal como se observa en los datos estadísticos aportados por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

Por ejemplo, como se indicó, los pliegos presentados en el año 2021 solo representan el 16.94% del número de pliegos presentados en 1987; asimismo, respecto a los convenios suscritos por organizaciones sindicales, el número de convenios presentados en el 2021 solo representan el 7.49% de aquellos presentados en 1988. Asimismo, nuestro país cuenta con una tasa decreciente de afiliación sindical de 6.4% a 5.2% en el sector privado y de 16.1 a 16% en el sector público del año 2013 al 2017. Como lo demuestran las estadísticas, resulta innegable la tendencia de reducción de actividad sindical a lo largo de los años, y por lo tanto, un escenario de desprotección de derechos laborales debido a dicha reducción. Por ejemplo, las organizaciones sindicales se enfrentan además a una regulación restrictiva que establece

numerosos requisitos para recurrir a la huelga, o establece solo ciertos escenarios en los cuales se puede recurrir a esta vía legítima de defensa de derechos laborales.

Este contexto, sumado a la naturaleza de la negociación colectiva y el mandato del Estado de fomento de negociación colectiva y promoción de soluciones pacíficas de conflictos laborales recogido en el artículo 28° amerita la emisión de normativa que permita hacer efectivo el derecho de libertad sindical de los trabajadores y sus organizaciones sindicales. Además, tal como se ha sostenido en un acápite previo, la negociación colectiva plasma una perspectiva democrática en el ámbito laboral, al asentarse en la participación de los trabajadores en la autorregulación de las condiciones laborales.

El artículo 61-A° al establecer que los trabajadores tienen la facultad de interponer el arbitraje potestativo cuando las partes no se ponen de acuerdo en la primera negociación, en el nivel o su contenido, habiéndose convocado a un número mínimo de reuniones o transcurridos tres meses o, cuando durante la negociación se adviertan actos de mala fe del empleador que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo, representa un mecanismo de aceleración de cierre del conflicto frente al preocupante contexto sindical. Asimismo, representa una aproximación al objetivo de democratización de las relaciones laborales y la función gubernamental que tiene la negociación colectiva a la que tienen derecho los trabajadores.

El dispositivo debe leerse en armonía con el artículo 61° de la Ley, y por lo tanto se puede concluir que el Reglamento solo refleja una respuesta como medida afirmativa, que aporta una “guía” a los trabajadores de cuándo podrían ejercer la facultad de interponer el arbitraje potestativo. En ese sentido, el artículo no indica que solo estos supuestos sean los posibles, y solo se pronuncia respecto de los trabajadores. Frente a esto nos cuestionamos, ¿por qué solo pronunciarse respecto a los trabajadores? Porque, como hemos observado a través de las estadísticas y a través del análisis jurídico-conceptual de la negociación colectiva y el principio de fomento de solución pacífica de conflictos, los trabajadores requieren medidas afirmativas que garanticen que podrán defender sus intereses y derechos en ejercicio de la libertad sindical.

3.2.3 La necesidad de “cierre” del conflicto y la protección de derechos de los trabajadores

Como se mencionó previamente, la libertad sindical es un derecho sumamente relevante debido a su compleja naturaleza; es un derecho para acceder a otros derechos, y que para ser efectivo, se compone de los tres derechos que lo llenan de contenido: el derecho de sindicación, el derecho de negociación colectiva y el derecho de huelga. Si sostenemos que los trabajadores no pueden recurrir al arbitraje potestativo de forma causada -con base en el artículo 61-A°- o de forma incausada -tal como lo indica el artículo 61° de la Ley- se conlleva a que el conflicto se mantenga abierto entre las partes, motivo por el cual, se frustra el acceso a la conquista de otros derechos y mejores condiciones laborales. Este escenario resulta riesgoso y atentatorio de los derechos de los trabajadores, debido a la naturaleza de la libertad sindical como un derecho “puerta”, es decir, un derecho que permite el acceso a otros derechos.

La libertad sindical, en tanto derecho “trípode”, permite que trabajadores y trabajadoras puedan defender sus intereses no solo laborales, sino también políticos y profesionales. Es un medio que representa grandes posibilidades para el sector laboral de tomar cierto control sobre el respeto de sus derechos. Así, mediante la afiliación a una organización sindical o la creación de una, los trabajadores pueden comenzar una negociación colectiva con el empleador, a través de un plan de acción que mejor se ajuste según la actividad que realizan o sus intereses, y que decante favorablemente en la suscripción de un convenio colectivo. Asimismo, tal como se ha sostenido, la negociación colectiva permite que los trabajadores y sus representantes tengan una “parcela” de poder en el ámbito laboral al tener el derecho de autorregular mediante el diálogo social las condiciones laborales.

Los convenios colectivos, como usualmente se ha creído no solo pueden regular términos remunerativos -en tanto vemos en la realidad que son las condiciones negociadas de forma más frecuente- sino también beneficios que trasciendan las relaciones laborales. Así, se pueden negociar capacitaciones y espacios de poder que permitan empoderar a los trabajadores y sus organizaciones sindicales en un contexto en el que dicha actividad se encuentra reducida. Por ejemplo, en los últimos años, se observa la inclusión de cláusulas con enfoque de género dentro de los convenios colectivos, trascendiendo el ámbito económico de negociación.

El Estado toma en cuenta dicho escenario y por lo tanto explicita en el artículo 28° de la Constitución y a través de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional el fomento y

promoción de derechos colectivos que debe realizar para que puedan garantizarse. Según Villavicencio esta acción de promoción resulta fundamental en nuestro país:

“En este contexto, la promoción de la libertad sindical por parte del Estado, que como se verá es además una obligación expresa impuesta por nuestro texto constitucional, resulta fundamental, puesto que la idoneidad del fenómeno sindical para equilibrar las desiguales relaciones existentes en el mundo del trabajo es incontrastable; con lo que no puede soslayarse la actuación estatal necesaria para la materialización del Estado Social de Derecho canalizada a través del apoyo y tutela de la libertad sindical (2010, p. 49).”

Así, la promoción de la libertad sindical y los derechos que le dan contenido no solo permiten el acceso a otros derechos sino, también a que se puedan equilibrar las desigualdades en el marco de la relación trabajador-empleador. El Estado, frente a esto, adquiere un papel sumamente relevante de llevar a cabo la toma de medidas afirmativas, no obstante, también supone que los terceros también respeten la eficacia de los derechos fundamentales en la relación entre privados, tal como ha establecido Blancas (2011).

Por lo tanto, resulta sumamente relevante que se pueda dar un “cierre” al conflicto entre trabajadores y empleadores, a fin de que el esfuerzo del trato directo entre las partes pueda rendir frutos y así los primeros tengan la posibilidad de acceder a derechos y mejores condiciones laborales. Este cierre, según el ordenamiento jurídico y sus recientes modificaciones respecto a las relaciones laborales, puede darse a través del arbitraje o de la huelga; no obstante, en virtud del principio de soluciones pacíficas de conflictos laborales, el ordenamiento fomenta el arbitraje en sus distintos tipos debido a su carácter pacífico.

Finalmente, es pertinente reflexionar sobre el concepto de diálogo social y justicia social y su relación con la libertad sindical y los derechos que la efectivizan: sindicación, negociación colectiva y huelga. El concepto de diálogo social plasma de manera efectiva precisamente una de las finalidades más importantes del ejercicio de la libertad sindical y la autonomía colectiva: el diálogo entre las partes como conducto por excelencia en una sociedad democrática a fin de luchar por una sociedad menos desigual, con preponderancia en el ámbito laboral, espacio en el que resulta necesario el empoderamiento de trabajadores y organizaciones sindicales. En un contexto sindical como el peruano, el diálogo social se torna necesario y urgente a fin de empoderar a las organizaciones sindicales que han reducido su acción e impacto de manera preocupante en los últimos treinta años; en ese sentido, tanto los empleadores, como el Estado

-a través la introducción de mecanismos, tales como el arbitraje, que aceleren la llegada a un acuerdo- tienen el rol fundamental de participar con reales esfuerzos en este diálogo para así apuntar a una sociedad más justa sustancialmente.

4 Conclusiones

A partir de lo sustentado a lo largo de los tres capítulos acerca del artículo 47°, artículo 61-A° y los principales temas controversiales que se existen en torno a su contenido, se pueden concluir las siguientes premisas:

- El principio de fomento de solución pacífica de los conflictos laborales, por un lado, y por otro, el principio de negociación libre y voluntaria son principios debido a que cumplen con las siguientes características: (i) son exigibles a fin de que se haga efectivo el derecho humano de libertad sindical plenamente, y por lo tanto la consecución de otros derechos humanos relacionados (ii) no son simples objetivos que se plantean ser alcanzados en determinada sociedad a fin de alcanzar una mejora a nivel económica, social o política, sino porque son exigibles y deben ser ejercidos y (iii) se aplican en términos generales y con una amplia fuerza expansiva.
- A través de la sentencia recogida en el Expediente N° 0261-2003-AA/TC se evidencia que el Estado debe llevar a cabo acciones palpables a fin de que el derecho de negociación colectiva, y en general, la solución pacífica de controversias laborales, puedan aplicarse. Dichas acciones son “afirmativas” o “positivas” y representan un trato diferenciado justificado en virtud a la desigualdad material que afrontan determinados grupos vulnerables en la sociedad y brindan un “plus de tutela”.
- La titularidad de la negociación colectiva, sustentada mediante gran parte de la doctrina, corresponde a los trabajadores únicamente. En tanto resulta un instrumento para mejorar las condiciones de los trabajadores, y se muestra como la vía más idónea, es de titularidad de los trabajadores y sus representantes, las organizaciones sindicales.

- El principio de negociación libre y voluntaria consiste en que la negociación colectiva debe contar con voluntad de las partes según lo recoge el artículo 4° del Convenio N° 98; El Comité de Libertad Sindical, establece que ninguna disposición del Convenio obliga a los Estados a imponer un sistema de negociación colectiva a las partes, sin embargo, los órganos de control de la Organización han permitido la imposición de sanciones a las conductas contrarias a la buena fe en el marco de la negociación colectiva, y la imposición de conciliación y mediación en condiciones razonables. Así, se ha observado la voluntad de fomentar la negociación colectiva en países donde la acción sindical se encuentra mermada o desincentivada.
- En función de la “flexibilización” como parte de la política laboral, se modificó la legislación por una mucho más restrictiva a través de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. No obstante, luego de dicha la afiliación sindical pasó de ser del 22% a 2,8% y se redujo la cantidad de convenios colectivos suscritos, así como el número de pliegos presentados.
- El artículo 47° del Reglamento supera el test de proporcionalidad tomando en cuenta el contexto sindical peruano, que amerita la toma de acción por parte del Estado en tanto Estado Constitucional de Derecho en su rol como fomentador de soluciones pacíficas de conflictos. El establecimiento del arbitraje en el marco de la huelga a través de la aceptación ficta del empleador significa una acción afirmativa frente al contexto sindical descrito y representa un alto nivel de satisfacción del principio de solución pacífica de conflictos laborales, para así poder “cerrar” el conflicto entre las partes.
- El artículo 61-A° también supera el test de proporcionalidad, también tomando en cuenta el contexto sindical peruano. La facultad de recurrir al arbitraje potestativo por parte de las organizaciones sindicales representa una acción afirmativa frente al contexto sindical descrito y satisface del principio de solución pacífica de conflictos laborales.
- A partir de un breve recuento de las estadísticas en materia de relaciones colectivas y del contexto legislativo restrictivo, la obligación de los empleadores de negociar resulta necesaria, más aún al tener en cuenta que la libertad sindical es un derecho para acceder a más derechos.
- La libertad sindical, y de forma más específica, a través de la negociación colectiva, permite que los trabajadores y las organizaciones sindicales participen en el diálogo social con los empleadores y así, autorregulen las relaciones laborales. La autorregulación de las relaciones laborales permite a su vez reducir los efectos de la desigualdad: los trabajadores y sus representantes pueden negociar mejores condiciones laborales, recibir

remuneraciones más justas por el trabajo realizado, e incluso participar del sistema de gestión de trabajo, promoviendo la democracia y la justicia social.

- El arbitraje potestativo incausado sí tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico y es viable su existencia paralela con el causado toda vez que se plantea como un mecanismo que brinda salidas a una negociación colectiva que no rinde frutos. A partir de la lectura del artículo 61° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, el arbitraje podría ser activado debido a supuestos no recogidos necesariamente en el Reglamento; no obstante, se debe tener en cuenta ciertos criterios que delimiten su uso a fin de que no sea usado de manera indiscriminada en desmedro del ejercicio efectivo de la negociación colectivas.
- Cuando la negociación colectiva no prospera, los trabajadores tienen la opción de recurrir a huelga o activar el arbitraje potestativo. No obstante, cuando el empleador se niega a recurrir a arbitraje, la voluntariedad de la huelga por parte de los trabajadores se ve afectada.
- La negativa a recurrir al arbitraje potestativo, ya sea justificado por los trabajadores de manera causada o incausada conllevaría a mantener el conflicto abierto entre las partes. La apertura conlleva a que se vulnere el principio de solución pacífica de conflictos laborales, principio que se dirige al Estado y a terceros, incluyendo por lo tanto a los empleadores y trabajadores.
- El Reglamento no puede limitar el arbitraje potestativo solo a dos supuestos pues la Ley, que cuenta con mayor jerarquía normativa, no establece dicha limitación. Así, entonces, la lista de supuestos recogida en el artículo 61-A° no es una lista cerrada. Entender esto así, implicaría desconocer que la naturaleza de conflictos laborales entre las partes es compleja y diversa.
- Frente al derecho de negociación colectiva, los empleadores tienen el deber de negociar con los trabajadores, para que así el derecho de negociación colectiva pueda ser efectivo en su contenido.
- La libertad sindical es un derecho sumamente relevante debido a su compleja naturaleza; es un derecho para acceder a otros derechos. Si sostenemos que los trabajadores no pueden recurrir al arbitraje potestativo de forma causada -con base en el artículo 61-A°- o de forma incausada -tal como lo indica el artículo 61° de la Ley- se conlleva a que el conflicto se mantenga abierto entre las partes.

Referencias bibliográficas

Álvaro Vidal, Fernando Cuadros y Christian Sánchez Reyes. Flexibilización laboral en el Perú y reformas de la protección social asociadas: un balance tras veinte años. Santiago: CEPAL, 2012, p. 9.

Anuario Estadístico Sectorial 2022. Oficina General de Estadística y Tecnologías de la Información y Comunicaciones. Oficina de Estadística. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

Ávila, (2009). Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 775-793. <http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r23550.pdf>

Balbin, E. (2019). Situación de los derechos sindicales en el Perú 2014-2018. <http://www.plades.org.pe/publicaciones/informe-situacion-de-los-derechos-sindicales-en-el-peru-2014-2018-2/>

Balbin, E. (2022). Situación de los derechos sindicales en el Perú 2019-2021. <http://www.plades.org.pe/publicaciones/el-ejercicio-de-los-derechos-sindicales-en-el-peru-2019-2021/>

Blancas, C (2011). La Cláusula de estado social en la constitución: Análisis de los derechos fundamentales laborales. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Boza, G., Aguinaga, E. (2013). El deber de negociar y el arbitraje potestativo como parte del contenido del derecho constitucional de negociación colectiva. Revista DERECHO PUCP, 71, pp. 281-307.

Cadillo Ángeles, C. (2019). Mediación laboral y su impacto en las relaciones colectivas de trabajo en Perú. THEMIS Revista De Derecho, (75), pp.149-163.

Cajica, (2015). Estado Constitucional de Derecho y Legitimidad Democrática. Comentarios a un texto de Ferrajoli. En: Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho de Puebla. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=revjurdp&n=2>.

Campos Torres, S. (2011). La Conciliación en la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Derecho & Sociedad, (37), 212-219. Consultado en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13174>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2022, Mayo). Opinión Consultiva OC-27/21. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/74374>

Descalzo, D (2020). Sindicatos y justicia social: importancia del rol del sindicalismo a favor del bien común y en la lucha contra la desigualdad social. Revista Movimiento N°26

Diego Motta (2022, Agosto). Fortalecimiento de libertades y derechos sindicales: sobre la modificación del Reglamento de las Relaciones Colectivas de Trabajo. <https://www.enfoquederecho.com/2022/08/02/fortalecimiento-de-libertades-y-derechos-sindicales-sobre-la-modificacion-del-reglamento-de-las-relaciones-colectivas-de-trabajo/>

Dworkin, R. (2002) Los derechos en serio, Barcelona: Ariel. p.72

Expediente del Poder Judicial del Perú N° 07217-2022-0-1801-JR-DC-02.

Expediente del Tribunal Constitucional del Perú N° 008-2005-PI/TC.

Expediente del Tribunal Constitucional del Perú N° 03561-2009-PA/TC.

Fabregat, G. (2009). Las medidas de acción positiva: la posibilidad de una nueva tutela antidiscriminatoria. Tirant lo Blanch.

G. C. (1969). [Review of Conceptos jurídicos fundamentales. (Filosofía y derecho, 1); Lenguaje jurídico y realidad. Ibidem; Derecho e incertidumbre, Ibidem. (Filosofía y derecho. 3), by W. N. Hohfeld, G. R. Carriô, F. Barranco y Vedia, K. Olivecrona, E. G. Valdés, E. Bulygin, G. R. Carriô, J. Frank, & C. M. Bidegain]. *Il Politico*, 34(1), 205–205. <http://www.jstor.org/stable/43209745>

Gernigon, B, Odero, A & Guido, H (2000). Principios de la OIT sobre la negociación colectiva. *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 119.

Islas, R. (2011). Principios jurídicos. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Año XVII*, Montevideo, pp. 397-412.

Lalanne, J. (2015). Los principios de Derecho del Trabajo. *Revista de Derecho-UCU*, 11, pp.135-177.

Laudo arbitral seguido entre el Sindicato de Empleado de la Planta Siderúrgica de Chimbote y Empresa Siderúrgica del Perú S.A.A. Resolución N° 02 del 27 de diciembre del 2017

Laudo arbitral seguido entre el Sindicato SITRATEL y Telefónica del Perú. Resolución N° 04 del 17 de agosto del 2016.

Laudo arbitral seguido entre el Sindicato Único de trabajadores de Peruana de Perforación S.A.C. y Peruana de Perforación. Resolución N° 03 del 10 de marzo de 2015.

Laudo arbitral seguido entre el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú y Telefónica del Perú. 01 de diciembre del 2014.

Laudo arbitral seguido entre Sindicato Democrático “Justicia y Dignidad de los trabajadores del Banco de la Nación y el Banco de la Nación.

Meléndez, W y Núñez, P. (2017). El fomento de la negociación colectiva y el Estado peruano [Tesis para optar por el grado de Magíster en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Pontificia Universidad Católica del Perú] Repositorio de la Pontificia Universidad Católica del Perú:

https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/9727/Mel%20Trigoso_N%20Therese_Fomento_negociaci%20colectiva1.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Meléndez, W. (2020). El arbitraje potestativo como mecanismo de fomento de la negociación colectiva en un modelo de Estado Constitucional de Derecho. En Siete estudios sobre Derecho del Trabajo peruano: el derecho del trabajo peruano en la actualidad (pp.129-161). Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Postgrado, Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Mendoza, L (2014). El arbitraje potestativo: otro instituto atípico de la parte más atípica, de la rama más atípica del derecho (peruano) en “Desafíos contemporáneos de la tutela colectiva e individual. Palestra.

Mendoza, L (2021). Arbitraje colectivo laboral de tipo potestativo en el Perú: una definición a partir de pronunciamientos jurisdiccionales y administrativos. *Laborem* N° 20, pp. 235-266.

Neves Mujica, J. (2014). Límites al contenido de la negociación colectiva impuestos por el Estado a sus trabajadores. *THEMIS Revista De Derecho*, (65), 107-116. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10853>

Organización Internacional del Trabajo (2000). *Sindicatos y diálogo social: situación actual y perspectivas*. Educación Obrera.

Organización Internacional del Trabajo (2004). *Aspectos clave del Diálogo Social Nacional: un documento de referencia sobre el diálogo social*. Primera edición

Organización Internacional del Trabajo (2011). *Promoción de la negociación colectiva*. Convenio Número 154. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/publication/wcms_172300.pdf

Organización Internacional del Trabajo (2018). *La libertad sindical*. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical (6ª edición). https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/--normes/documents/publication/wcms_635185.pdf

Osorio, V. (2017). *El arbitraje potestativo en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo: análisis crítico y propuestas de mejora* [Tesis para optar por el grado de Abogada, Pontificia Universidad Católica del Perú] Repositorio de la Pontificia Universidad Católica del Perú: <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/9262>.

Pezcenik, A (1992). *Los principios según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero*. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Núm. 12.

Rubio Correa, M (2011). El Test de La Proporcionalidad En La Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional. <https://search-ebsohost-com.ezproxybib.pucp.edu.pe/login.aspx?direct=true&db=nlebk&AN=2265327&lang=es&site=ehost-live>

Sotomayor, J. (2017). El test de ponderación como un examen multicriterio: un análisis a partir de tres modelos ponderativos. *Revista Derecho & Sociedad*. Núm. 48, 63-77.

Torres morales, Sylvia, A (1992). *Nuevo Derecho Laboral 1992: sindicatos, negociación colectiva y huelga*.

Ugaz, M., Osorio, R (2015). La heterocomposición de las negociaciones colectivas de trabajo: análisis del arbitraje potestativo en los últimos años. *Revista IUS ET VERITAS*, 51, pp. 298-312.

Ulloa, D. (2016). El reducido espacio para el ejercicio de la negociación colectiva en Perú que puede generarse por una aceptación irreflexiva del arbitraje potestativo incausado. En séptimo congreso nacional de la sociedad peruana de derecho del trabajo y de la seguridad social, pp. 385 - 393.

Villanueva, R. (2022). *Aspectos básicos para entender el Derecho del Estado Constitucional de Derecho*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

Villavicencio, A (2005). La redefinición de las funciones y los modelos de negociación colectiva en los albores del siglo XXI. *IUS ET VERITAS* N° 31, pp. 205-214.

Villavicencio, A (2015). La negociación colectiva en el Perú la hiperdescentralización y sus múltiples inconvenientes. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, N°75, pp. 333-353.

Villavicencio, A. (2001). El modelo de relaciones colectivas peruano: del intervencionista y restrictivo al promocional. Revista DERECHO PUCP N° 68, pp.551-570.

Villavicencio, A. (2010). La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación. PLADES.

