MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

LIBER AMICORUM
PROFESOR ANTONIO OJEDA AVILÉS

Juan Gorelli Hernández
Coordinador

53

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, INNOVACIÓN, CIENCIA Y EMPLEO

NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y ARBITRAJE POTESTATIVO

Guillermo Boza Pró
Profesor Principal
Pontificia Universidad Católica del Perú
Discípulo de Antonio Ojeda Avilés

El resultado natural, ideal de una negociación colectiva es el acuerdo de partes, con mayor razón si esta es abordada por las partes conforme al postulado de buena fe, es decir, con el ánimo de hacer los esfuerzos que resulten necesarios para arribar a un convenio colectivo: una suerte de *fair play*, como nos recuerda Ojeda Avilés, que va más allá de recoger esa "regla consabida e implícita en todo el Derecho de contratos" (2012, 397), porque supone, en el ámbito de la negociación colectiva laboral, el deber de negociación misma, el deber de informar a la contraparte y la prohibición de medidas que busquen entorpecer o dilatar el normal desarrollo de la negociación. Pero no siempre será posible llegar a buen puerto y, en tal caso, los sujetos negociadores –fundamentalmente los trabajadores, que son quienes normalmente toman la iniciativa negocial- se encontrarán en la disyuntiva de acudir a una medida de conflicto (por ejemplo, la huelga) o de someter la controversia a algún mecanismo de composición (conciliación, mediación o arbitraje). Difícilmente la opción será por mantener el conflicto abierto, pero esto

podría ocurrir si no se llega a una solución final en virtud de alguna de las dos alternativas antes señaladas.

En un contexto como el descrito, el ordenamiento laboral peruano ha sufrido, hace un par de años, una reforma de cara a dar viabilidad al arbitraje ante el fracaso de la negociación colectiva directa. Concretamente, el reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT), aprobado por Decreto Supremo N° 011-92-TR (en adelante el Reglamento), fue modificado (o quien sabe, precisado) en el año 2011, instituyéndose el arbitraje potestativo en determinadas circunstancias. Son dos las normas que se dieron en ese sentido, el Decreto supremo N° 014-2011-TR y la Resolución Ministerial N° 284-2011-TR. Desde la entrada en vigor de la LRCT en el año 1992 se discutió la naturaleza voluntaria o potestativa del arbitraje y las posturas de los sujetos laborales sobre el particular estuvieron claramente definidas desde el principio: para los empleadores el arbitraje era necesariamente voluntario mientras que los trabajadores lo concebían como potestativo. Por su parte, la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT) apostó inicialmente por un arbitraje de carácter potestativo (pueden verse las resoluciones del 14 de junio de 1994 y 5 de setiembre de 1994 recaídas en los Expedientes N° 751-93 -Papeleras Especiales S.A.- y N° 983-93 -Editora Perú S.A.-, respectivamente), pero esta postura tuvo muy corta duración pues al poco tiempo dio un giro en favor del arbitraje voluntario (véase la resolución del 6 de febrero de 1995, recaída en el Expediente N° 414-94 -Avícola Esquivel S.A.-), posición que ha mantenido hasta la fecha y que, con carácter general, no se entendería superada por la aludida reforma normativa.

En efecto, el nuevo artículo 61-A del Reglamento establece los supuestos en los que se faculta a las partes a interponer el arbitraje potestativo en el marco de una negociación colectiva, lo que hace pensar que, salvo esos casos, el arbitraje no sería potestativo sino voluntario. Los supuestos señalados en la indicada norma son dos: a) cuando las partes, en la primera negociación, no se pongan de acuerdo en la determinación del nivel o no arriben a un convenio colectivo; b) si en el proceso de negociación del pliego de peticiones se advierten actos de mala fe que tengan por objeto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo.

¿Pero, cuál es la naturaleza del arbitraje como medio alternativo de controversias laborales? Para la OIT, siguiendo la pauta de una negociación libre y voluntaria, el arbitraje debería gozar de similar consideración, es decir, la opción por el arbitraje debería seguir también la ruta de la voluntariedad, tal como lo señala la Recomendación N° 92 de la OIT de 1951, sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios: su artículo 6 establece que "Si un conflicto ha sido sometido al arbitraje, *con el consentimiento de todas las partes interesadas*, para su solución final, debería estimularse a las partes para que se abstengan de recurrir a huelgas y a lockouts mientras dure el procedimiento de arbitraje y para que acepten el laudo arbitral". (el énfasis es nuestro). No obstante, en el ámbito de las relaciones laborales es posible identificar, esencialmente, según su exigibilidad, tres clases

de arbitraje: voluntario, obligatorio y unilateral. El arbitraje *voluntario* es aquél en que las partes deciden, de común acuerdo, someter la controversia a un tercero designado por ellas mismas. El arbitraje obligatorio, por su parte, es aquél impuesto a las partes por el Estado, debiendo aquellas acudir necesariamente a un tercero para la solución del conflicto. Finalmente, el arbitraje unilateral (también conocido como potestativo o voluntario vinculante) es aquél por el cual una disposición (heterónoma o autónoma) faculta a una de las partes la posibilidad de someter el conflicto a un tercero, quedando obligada la otra parte a dicho sometimiento.

Se suele confundir el arbitraje unilateral o potestativo con el obligatorio, porque no existe el consenso de las partes, sino únicamente la decisión (vinculante) de una de ellas al momento de someter la controversia a un tercero. Pero la diferencia sustancial consiste en que el arbitraje obligatorio es impuesto indefectiblemente a las partes, cuando el conflicto no ha sido resuelto por ellas mismas; mientras que en el arbitraje unilateral o potestativo no hay una imposición automática, porque siempre queda la posibilidad de que la parte facultada para someter el conflicto a un tercero, no lo haga. ¿Es este último tipo de arbitraje el que ha sido recogido por la LRCT? Considero que sí, y es más, creo que se trata de una posición con claro sustento constitucional. Veamos porqué.

El artículo 28.2 de la Constitución reconoce a los trabajadores el derecho de negociación colectiva, proclamando el fomento de la misma y la promoción de formas de solución pacífica de los conflictos laborales. Esto último se refiere a los medios alternativos de solución de conflictos, tanto autónomos o de negociación asistida (conciliación y mediación) como heterónomos (arbitraje). Al respecto precisa Blancas Bustamante (2011, 447) que: "Por su ubicación sistemática, debemos asumir que la expresión conflictos laborales, está referida a los conflictos colectivos y, dentro de estos, a los de intereses o económicos, porque tanto los conflictos individuales como los conflictos colectivos de aplicación son de índole jurídica y, por consiguiente, cuentan con cauces jurisdiccionales específicamente establecidos para su solución". ¿Pero, qué supone en estricto que el Estado deba promover formas de solución pacífica de los conflictos laborales?

Desde mi punto de vista, un análisis conjunto de los numerales 2 (derecho de negociación colectiva y promoción de medios alternativos de solución de conflictos) y 3 (derecho de huelga ejercido en armonía con el interés social) del artículo 28 de la Constitución, supone una apuesta clara y contundente del constituyente por la necesidad de componer el conflicto antes que dejarlo abierto; tal vez porque, como señala Ojeda Avilés (1995, 391), a partir de "las ideas cristianas de armonía y fraternidad dominantes durante siglos", nuestra "cultura jurídica profesa una irreprimible veneración por el orden y por la armonía social en todas sus manifestaciones, un amor por la «composición de intereses» que parece dejar escaso margen al conflicto". Pero supone también considerar la posibilidad de acudir a la huelga, en tanto medio de fuerza o expresión abierta del conflicto, como última

ratio. Como afirma Blancas Bustamante (2011, 450), el fundamento "de este mandato constitucional reside en el rechazo del Estado a la prolongación indefinida de los conflictos laborales". Por eso, para este autor, el arbitraje potestativo es "una fórmula adecuada al campo de las relaciones laborales, porque si ha de depender de la voluntad del empleador aceptar o no el arbitraje, la posibilidad de dar solución al conflicto queda en sus manos, es decir, subordinada a sus intereses, por lo que en el caso de negarse a aceptar el arbitraje el conflicto permanecerá abierto y, muy probablemente, la consecuencia de ello será obligar a los trabajadores y sus organizaciones a adoptar medidas de presión o de fuerza". Se impone entonces en este contexto al Estado un mandato claro y clave de promover mecanismos que permitan establecer una solución definitiva del conflicto colectivo.

De opinión similar es Gorelli Hernández (2011, 243) -refiriéndose a la LRCT-, cuando afirma que la regulación peruana "parece pretender evitar que se acuda a medios de solución directos o agresivos, como la huelga, ante la falta de acuerdo durante la negociación colectiva". Esto no significa, por cierto, desconocer el reconocimiento del derecho de huelga como un derecho fundamental de los trabajadores. Estos serán siempre los llamados a decidir, en cada oportunidad y con arreglo a ley, si declaran la huelga u optan por el arbitraje. En este último caso, la decisión adoptada por los trabajadores debería vincular a la contraparte empresarial. Para Ugaz Olivares (2012, 277), si bien el arbitraje –a partir de su función primigenia de componedora de un conflicto- podría verse como un límite del derecho de huelga y, en esa medida, su uso debería ser restringido, merece la pena rescatar del mismo una función "más decisiva y valiosa", complementaria y fortalecedora de la negociación colectiva. Señala el citado autor que, en "un escenario donde los trabajadores pueden arrastrar a los empleadores a un arbitraje, las partes al momento de iniciar la negociación tendrán mayores incentivos para obrar de buena fe, dar propuestas serias y no entorpecer la negociación".

Diversos preceptos de la normativa infraconstitucional apuntan en esta dirección. En primer lugar, la LRCT señala en su artículo 61° que, ante el fracaso de la negociación directa, "podrán las partes someter el diferendo a arbitraje". Este dispositivo legal se complementa con el primer párrafo del artículo 46° del Reglamento, el mismo que establece que, al término de la negociación directa o de la conciliación, de ser el caso, "cualquiera de las partes podrá someter la decisión del diferendo a arbitraje, salvo que los trabajadores opten por ejercer alternativamente el derecho de huelga". Esta última precisión resulta lógica, pues no sería admisible que la opción del empleador por el arbitraje termine vinculando a los trabajadores cuando estos decidan ir a la huelga, ya que ello equivaldría a vaciar de contenido el indicado derecho constitucional. Finalmente, no puede dejar de mencionarse lo señalado por el artículo 63° de la LRCT, según el cual en el caso que los trabajadores hubiesen optado por ejercer el derecho de huelga, para someter el diferendo a arbitraje se requerirá la aceptación del empleador, la que podrá ser expresa o tácita. No

cabe duda que en este último caso nos encontramos ante un arbitraje voluntario, pero es precisamente lo establecido en este precepto, contrastado con el artículo 61 antes citado, lo que permite afirmar que, como regla, la LRCT y su reglamento consagran un arbitraje potestativo, pues en caso contrario carecería de sentido establecer la misma figura jurídica (arbitraje voluntario) en dos artículos, a pesar de que actúen en dos momentos diferentes, o más propiamente, "esta última precisión solo tiene sentido si se interpreta que el arbitraje regulado por el artículo 61° [...] no requiere de dicha aceptación" (Resolución del TC del 10 de junio de 2010, aclaratoria de la STC del 17 de agosto de 2009, recaídas en el Exp. N° 03561-2009-PA/TC.).

Esta es la postura, a mi parecer, que indubitablemente ha sido asumida por el Tribunal Constitucional, a partir de un análisis de los medios alternativos de solución de conflictos colectivos de trabajo como preferentes al ejercicio del derecho de huelga, cuando esta fuese la opción de los trabajadores, resultando vinculante dicha decisión para la parte empresarial. Ya en la sentencia del 12 de agosto de 2005, recaída en el Expediente N° 008-2005-PI/TC, el Alto Tribunal había establecido como justificación del mandato dirigido al Estado ex artículo 28.2° de la Constitución, de un lado, la consolidación de la paz laboral y el normal desarrollo de la actividad económica, lo cual no es posible asegurar si el desacuerdo de las partes se prolonga indefinidamente en el tiempo; y del otro, la necesidad de otorgar a ambas partes, por la vía pacífica, una adecuada satisfacción a sus pretensiones en conflicto (Cfr. STC del 12 de agosto de 2005, recaída en el Exp. N° 008-2005-PI/TC).

Posteriormente, en la resolución del Tribunal Constitucional aclaratoria de la sentencia de fecha 17 de agosto de 2009, recaída en el Expediente N° 03561-2009-PA/TC, se señala que el reconocimiento del derecho de huelga en el artículo 28° de la Constitución "en modo alguno implica el deber de promoverla", por el contrario, recuerda el Tribunal Constitucional, el mandato constitucional es por la promoción de las formas de solución pacífica de los conflictos laborales. Por tanto, "si conforme a la voluntad del Constituyente, el derecho a la huelga debe ser reconocido (y en esa medida, respetado y garantizado), pero no promovido o fomentado, mientras sí deben ser promovidas las formas de solución pacífica de los conflictos laborales, resulta evidente que el arbitraje al que hace alusión el artículo 61° del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, y que es el llamado a determinar el nivel de negociación ante la falta de acuerdo, es potestativo, y no voluntario. Es decir, ante la falta de acuerdo, y 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". Salvo, como ya se ha señalado, cuando los trabajadores opten por ejercitar su derecho de huelga. Finaliza el Tribunal señalando que una interpretación contraria a la expuesta "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 heterocompositiva de solución, obligando a los trabajadores a acudir a la huelga. Como es evidente, ello no solo se opondría al deber del Estado de promover

y fomentar formas pacíficas de solución del conflicto, sino que además haría de la huelga no un derecho fundamental libremente ejercido por el trabajador, sino una vía obligatoria impuesta indirectamente por el empleador, vaciando de contenido a este derecho fundamental" (En la misma línea se pronuncia la reciente STC del 16 de julio de 2013, recaída en el Exp. N° 02566-2012-PA/TC).

En conclusión, el fundamento normativo del arbitraje potestativo como medio alternativo de solución de conflictos colectivos de trabajo lo encontramos en el artículo 28.2 de la Constitución. En ese sentido, las interpretaciones que entienden que tanto la LRCT como su reglamento recogen el arbitraje unilateral o potestativo tienen pleno fundamento constitucional, o para decirlo en otros términos, ni el Reglamento es ilegal, ni este ni la LRCT resultan inconstitucionales por establecer un arbitraje de dicha naturaleza. Por el contrario, lo que termina siendo controvertido es que el arbitraje potestativo se circunscriba únicamente a los supuestos de determinación del nivel de negociación o a las negociaciones realizadas en contravención al principio de buena fe, porque a la luz de lo expresado en el presente trabajo resulta inconsistente considerar al arbitraje potestativo como una figura excepcional.

BIBLIOGRAFÍA

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. La cláusula de Estado social en la Constitución: análisis de los derechos fundamentales laborales. Lima, Fondo Editorial PUCP, 2011.

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. "Procedimientos de solución extrajudicial de conflictos colectivos", en: Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada. Autores Varios, José Luis Monereo (director), Granada, Editorial Comares, 2011.

MORALES CORRALES, Pedro. "Problemas del arbitraje en la negociación colectiva". En: Derecho & Sociedad, núm. 30, Lima, 2000.

OIT. Libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 5ta edición (revisada), 2006.

OJEDA AVILES, Antonio. Compendio de Derecho Sindical, Madrid, Editorial Tecnos, 2da edición, 2012.

OJEDA AVILES, Antonio. Derecho Sindical, Madrid, Editorial Tecnos, 7ma edición, 1995.

UGAZ OLIVARES, Mauro. "La heterocomposición de las negociaciones colectivas de trabajo: el arbitraje potestativo". En: V Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derechos del Trabajo y de la Seguridad Social, Tendencias y perspectivas laborales: juicios, relaciones sindicales y marco interdisciplinario, Lima, SPDTSS, 2012.