

DE LA NEGACIÓN A LA NEGOCIACIÓN: DEFINIENDO LA MALA FE

*“A mi izquierda tengo una fábrica, id,
contad los overoles;*

*A mi derecha una hacienda, id, contad
los azadones*

*Adelante, una legión de poetas comba-
tientes, id, contad los lapiceros*

*¿Comprenderéis ahora cuál es la
fuerza que levanta en andamios la
primavera?”*

Juan Gonzalo Rose

Marilú del Pilar Mertzhal Shigyo

I. INTRODUCCIÓN

En el presente artículo se intentará establecer los parámetros y criterios objetivos mediante los cuales podamos determinar cuándo una conducta constituye un acto de mala fe en la negociación colectiva. ¿La relevancia de la materia? El impacto que tiene en las formas de solución de controversias entre sindicatos y empleadores así como en la negociación colectiva en nuestro país.

Así, si bien tenemos una novedosa regulación sobre la mala fe, no contamos con criterios, parámetros o límites que puedan ayudarnos a analizar las conductas o actos de las partes para poder determinar con cierta objetividad, seguridad jurídica y predictibilidad los “actos de mala fe en la negociación colectiva”.

La evolución en nuestro país parte de un desarrollo jurisprudencial que termina en una regulación normativa, que si bien establece supuestos de mala fe en la negociación colectiva, también admite que cada comportamiento, de ser invocado por una de las partes como actos de mala fe, esté sujeto a análisis para su comprobación. ¿La consecuencia? Llevar a la otra parte al arbitraje potestativo como método de solución de controversias en sustitución a la negociación colectiva entre las partes.

Consideramos que el Perú adolece de limitaciones y características particulares que vienen acompañadas de una baja tasa de sindicación y una serie de impedimentos legales, sociales y políticos para promover la negociación colectiva. Una regulación que aún está en etapa de reconocimiento, todavía incipiente y genérica, eventualmente deriva en interpretaciones amplias y a veces ambiguas sobre la actuación de las partes. Mediante la presente investigación, basada en nuestra regulación así como buscando criterios en el Derecho Comparado, pretendemos aportar criterios y parámetros a tomar en cuenta al momento de analizar los actos de mala fe en la negociación colectiva. Así, planteamos propuestas que pueden ser de utilidad al momento de declarar la procedencia (o no) del arbitraje potestativo invocando la mala fe como causal. Este análisis tiene como objetivo contribuir al debate sobre esta novedosa institución en el país, la mala fe en la negociación colectiva.

II. RELEVANCIA Y CONTROVERSIA

1. ¿Dónde queda la negociación colectiva?

Lo que impulsa la presente investigación es el análisis de los parámetros y criterios que sirven de base y apoyo al momento de analizar un acto o conducta de alguna de las partes en el marco de una negociación colectiva. Ello es relevante, dado que la calificación inicial de los comportamientos de las partes como actos o no de mala fe, determinará la solución de la controversia: que continúe la negociación colectiva o que se resuelva mediante el arbitraje potestativo.

Creemos importante partir del problema y entenderlo un poco más a profundidad. ¿Qué se entiende por arbitraje? Entendemos que el arbitraje es un medio de solución de controversias mediante el cual un tercero resuelve el conflicto. Estamos de acuerdo en que en controversias de derecho, su pronunciamiento tiene efectos de sentencia judicial y en los de intereses (económicos) reemplaza la negociación y el acuerdo entre partes para emitir un laudo que implanta una solución que estima adecuada⁽¹⁾.

(1) ARESE, César. *Derecho de los conflictos colectivos de trabajo*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2011, p. 229.

Ahora bien, en el arbitraje potestativo el producto no es un Convenio Colectivo (como en el caso de una negociación colectiva) sino es un Laudo Arbitral. Este acoge una de las propuestas de las partes y tiene la naturaleza de Convenio Colectivo, reemplazándolo por el periodo que correspondiera. Los laudos arbitrales poseen una naturaleza diferente, a un fallo judicial por ejemplo. Por ello, resulta sumamente importante analizar ciertas características que tienen los laudos, que nos permiten ahondar mejor en las principales consecuencias de la falta de parámetros para poder definir los actos de mala fe.

Así las cosas, existen ciertas características que saltan a la vista que hacen que el contenido de un laudo tenga un impacto muy significativo en la solución del conflicto para ambas partes. Dentro de las principales características generales del laudo resaltamos las siguientes⁽²⁾:

- Tiene carácter vinculante.
- En su mayoría de casos recoge una de las propuestas de las partes sin atenuarla.
- No necesariamente resuelve el fondo del conflicto.
- Carece de contenido económico⁽³⁾.

Por lo tanto, estos factores llaman a la reflexión al momento de analizar o no la procedencia de un arbitraje, en vista de que traen consecuencias como, por ejemplo, no analizar el fondo del conflicto y no tomar en cuenta muchas veces los factores económicos de la controversia o las valoraciones o preferencias personales que tienen las partes.

Queremos detenernos en uno de los factores más importantes a tomar en cuenta en una negociación colectiva: el factor económico. Así, los arbitrajes laborales no solo resuelven en base a un conflicto estrictamente jurídico, sino que tiene muchos matices, uno de los cuales (a nuestro criterio tiene vital relevancia) es el conflicto económico. Toda vez que en un arbitraje laboral se acoge en su totalidad una de las propuestas de las partes, la condición económica y los pedidos de las partes tienen que analizarse con el mayor cuidado posible para apreciar todos los aspectos involucrados en la negociación entre las partes.

(2) CHÁVEZ NÚÑEZ, Frida. “Modificaciones a la Ley de Relaciones Colectivas del Trabajo”. En: *Soluciones Laborales*. N° 46, Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2011, pp. 89-90.

(3) Al respecto, un sector de la doctrina, como la autora antes citada, considera que los laudos carecen de contenido económico y se trata de arbitrajes de equidad. Sin embargo, otro sector contempla que el factor económico es vital al momento de emitir un laudo, y deviene en uno de los aspectos determinantes a analizar al momento de acoger una de las propuestas de las partes.

Consideramos acertado citar a Sanguineti Raymond quien hace una clara distinción sobre los tipos de conflictos que se pueden encontrar en la negociación colectiva. Así, señala que “los conflictos jurídicos son aquellos que versan sobre la aplicación o interpretación conforme a derecho de las normas laborales y convenios colectivos vigentes. En cambio, los económicos carecen de toda base jurídica, ya que tienen su origen en la pretensión de una de las partes –normalmente la social– de obtener un beneficio del que carece o conseguir la mejora de uno existente. (...) **Mientras los jurídicos pueden ser resueltos judicialmente a falta de acuerdo al tener su fundamento en el derecho positivo, para los económicos el único cauce de pacificación está representado por el acuerdo entre partes**”⁽⁴⁾ (el resaltado es nuestro).

Por lo tanto, el factor económico cobra vital importancia en la negociación colectiva, no solo por su papel en los temas a tratar por ambas partes, sino también por el conocimiento a profundidad que solo pueden tener las partes al respecto. Consideramos que es un hecho que nadie mejor que las propias partes pueden conocer la naturaleza de los conflictos y puntos a discutir en el marco de una negociación colectiva, así como llegar a la solución más óptima.

Estamos de acuerdo a lo señalado por Villavicencio Rios, quien considera que “el arbitraje potestativo es un instrumento para destrabar determinadas circunstancias que impiden un desenvolvimiento eficaz de la negociación colectiva”⁽⁵⁾. Sin embargo, deben existir ciertos parámetros y lineamientos que sirvan de criterios con cierto contenido objetivo, para poder definir con mayor objetividad y la menor arbitrariedad los actos que deberían ser considerados mala fe en la negociación colectiva.

2. Autocomposición versus heterocomposición

Consideramos necesario analizar brevemente los supuestos de solución de conflictos laborales y ubicar los supuestos estudiados en el presente artículo en dicha clasificación. El cuadro a continuación resume las diferentes formas de tutela para la solución de conflictos jurídicos, así como breves definiciones acompañadas de las principales manifestaciones de las mismas⁽⁶⁾.

(4) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “La mediación de los conflictos colectivos del trabajo”. En: N. González-Cuéllar, A. Sanz Hermida y J. C. Ortiz Pradillo. *Mediación: un método de solución de conflictos*. Editorial Colex, Madrid, 2010, p. 16.

(5) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “Arbitraje potestativo y otros temas de derecho colectivo del trabajo”. En: *Soluciones Laborales*. N° 48, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2011, p. 60.

(6) Cuadro de elaboración propia basado en los conceptos de ERMIDA URIARTE, Oscar. “Algunas

TIPO DE TUTELA	AUTOTUTELA	AUTOCOMPOSICIÓN	HETEROCOMPOSICIÓN
Naturaleza	Voluntaria	Voluntaria	No voluntaria o coactiva
Definición	La tutela se produce por la protección que una de las partes hace por sí misma	La solución supone la participación de las partes sociales, en conjunto	La solución es impuesta a las partes por uno o más terceros
Manifestaciones	Huelga	Negociación colectiva	Arbitraje obligatorio, decisión judicial

De lo antes expuesto, creemos pertinente analizar los beneficios de los mecanismos de autocomposición, frente a los de heterocomposición. Por un lado, la autocomposición tiene múltiples ventajas por su naturaleza voluntaria. Queremos resaltar tres ventajas significativas que poseen los mecanismos de solución de conflictos laborales autocompositivos, frente a los heterocompositivos, tal como han sido definidas por Hernández Viguera⁽⁷⁾.

La primera ventaja señalada por el autor, es que como estos procesos voluntarios responden a evidentes propósitos pacificadores, al incluir procedimientos para dirimir los conflictos junto a obligaciones de paz o compromisos de renuncia o limitación de la acción directa.

En segundo lugar, se menciona que, siendo creación de los mismos agentes sociales, los procedimientos pactados gozan de flexibilidad para acomodarse a las circunstancias peculiares de cada situación o sector productivo y a la experiencia acumulada en su aplicación.

Finalmente, resalta que la concertación por los agentes negociadores de procedimientos propios de solución de conflictos laborales introduce un elemento democratizador adicional en el sistema de relaciones laborales. Es una expresión del poder negociador de los agentes sociales que asumen como propia la dimensión conflictual de sus relaciones, regulando su expresión y su dinámica.

De esta manera, consideramos que es importante fomentar entre las partes las formas autocompositivas de tutela frente a las heterocompositivas. Es decir, siempre se debe buscar que las partes traten ellas mismas de dar solución a sus conflictos y que, únicamente en el caso que no sea posible ello, deberá existir una intervención de un tercero quien será quien dirima el conflicto (heterocomposición).

reflexiones sobre los conflictos laborales, el arbitraje y la justicia del trabajo". En: *Anales del Foro*. N° 43-44, Montevideo, 1982, pp. 20-23.

(7) HERNÁNDEZ VIGUERAS, Juan. "Negociación colectiva y resolución de conflictos de trabajo". En: *La solución de los conflictos en el sistema de relaciones laborales*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992, pp. 91-92.

En definitiva, concordamos con Neves Mujica, quien señala que “siempre será mejor una sentencia que resuelva ella misma un conflicto jurídico, que otra que lo derive a la decisión de un tercero”⁽⁸⁾.

III. EVOLUCIÓN DE LA MALA FE EN NUESTRO ORDENAMIENTO

1. Regulación en el ordenamiento peruano: nuestro bloque de constitucionalidad

Nuestro punto de inicio de análisis será la regulación que tiene la mala fe y la negociación colectiva en nuestro ordenamiento a partir de la Constitución y los instrumentos internacionales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ambas fuentes del derecho parte de nuestro bloque de constitucionalidad, siendo fuentes principales y vitales para el Derecho del Trabajo.

1.1. La Constitución de 1993

La misma Constitución se constituye como fuente del Derecho del Trabajo, estableciendo el catálogo de derechos laborales consagrados como fundamentos básicos del ordenamiento jurídico y los alcances de estos⁽⁹⁾. De ella, queremos resaltar el artículo 28 que protege los derechos que forman a su vez parte de la libertad sindical, el cual señala lo siguiente:

“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. Señala sus excepciones y limitaciones”.

(8) NEVES MUJICA, Javier. “La determinación del nivel negocial en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre los entibadores portuarios”. En: *Ius et Veritas*. N° 40, julio de 2010, p. 138.

(9) VIDAL SALZAR, Michael. “La constitución, su contenido laboral y la delimitación del mismo mediante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: AA.VV. *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro homenaje a Javier Neves Mujica*. Lima, Grijley, 2009, p. 79.

Nuestra carta magna reconoce así los derechos que conforman la libertad sindical y a su vez desarrolla cual es rol que debe asumir el Estado para poder promover de manera adecuada los derechos que componen la libertad sindical. Así, el inciso 2 es parte de nuestro análisis en la medida que señala como deber del Estado el fomento a la negociación colectiva y a su vez, la promoción de formas de solución pacífica de los conflictos laborales.

1.2. La Organización Internacional del Trabajo

Adicionalmente a la Constitución, debemos sumar los Convenios de la OIT, siendo que tienen nivel constitucional y también nos brindan una regulación sobre la negociación colectiva. Al respecto queremos brevemente señalar dos de ellos: en primer lugar el Convenio N° 98, Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva de 1949, ratificado por el Perú en 1964.

Además, aunque no ha sido ratificado por nuestro país, es importante mencionar el Convenio N° 154, toda vez que señala ciertas obligaciones que debe tener el Estado para proteger y fomentar el derecho a la negociación colectiva⁽¹⁰⁾.

En tercer lugar, y vinculado con la materia de análisis del presente artículo, la OIT y doctrina internacional han consagrado tres principios rectores para la negociación colectiva⁽¹¹⁾:

- (i) El principio de negociación libre y voluntaria
- (ii) La libertad para decidir el nivel de la negociación
- (iii) El principio de la buena fe

(10) Convenio 154 de la OIT: Artículo 5:

“1. Se deberán adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para fomentar la negociación colectiva.

2. Las medidas a que se refiere el párrafo 1 de este artículo deberán tener por objeto que:

(a) la negociación colectiva sea posibilitada a todos los empleadores y a todas las categorías de trabajadores de las ramas de actividad a que se aplique el presente Convenio;

(b) la negociación colectiva sea progresivamente extendida a todas las materias a que se refieren los apartados a), b) y c) del artículo 2 del presente Convenio;

(c) sea fomentado el establecimiento de reglas de procedimiento convenidas entre las organizaciones de los empleadores y las organizaciones de los trabajadores;

(d) la negociación colectiva no resulte obstaculizada por la inexistencia de reglas que rijan su desarrollo o la insuficiencia o el carácter impropio de tales reglas;

(e) los órganos y procedimientos de solución de los conflictos laborales estén concebidos de tal manera que contribuyan a fomentar la negociación colectiva”.

(11) GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio. “La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT”. En: *Revista Internacional del Trabajo*. Vol. 119, pp. 37-59.

Nos detendremos en el tercer principio: el de la buena fe en la negociación colectiva. En términos prácticos se entiende como buena fe en el marco de una negociación colectiva la actitud y el comportamiento que tengan las partes de querer llegar a un acuerdo, siendo honestas con la otra, el ánimo y el espíritu de cooperación que tengan para arribar a una solución en conjunto (con independencia de que lo logren o no).

La buena fe como principio rector de la negociación colectiva, ha sido reconocido recurridas veces por la OIT que considera que: “La negociación colectiva solo puede ser eficaz si ambas partes la llevan a cabo en un espíritu de buena fe. Si bien el marco legislativo puede alentar a los empleadores y los sindicatos a negociar de buena fe, en último término es el compromiso de las partes a negociar de buena fe lo que asegura el desarrollo armonioso de las relaciones laborales. La negociación de buena fe implica que ambas partes desplieguen esfuerzos auténticos y persistentes para alcanzar un acuerdo, que las negociaciones sean constructivas, que se eviten las demoras injustificadas y que las condiciones del acuerdo se respeten y se cumplan”⁽¹²⁾.

Como bien señala la OIT, existe un deber de ambas partes de cooperar mutua y recíprocamente en la negociación, y de realizar los esfuerzos que estén a su alcance para llegar a un acuerdo. Es importante mencionar que ambas partes son las llamadas a negociar de buena fe y a tratar en la medida de sus posibilidades, de llegar a un acuerdo que concilie de la mejor manera posible los intereses y posiciones de ambas partes.

2. Antecedente del TC: sentencia de trabajadores portuarios

La sentencia del Tribunal Constitucional de trabajadores portuarios es el punto de partida de nuestro análisis. Ello en vista de que esta sentencia establece un antecedente de lo que significa la mala fe en la negociación colectiva. Siendo que el análisis realizado por el TC así como las consecuencias de esta sentencia no son objeto del presente artículo, no trataremos al detalle los criterios ni la posición del TC. Sin embargo, sí consideramos importante resumir brevemente lo que concluyó el TC en dicha sentencia, en vista de que analiza el comportamiento concreto de las empresas llegando a concluir que ciertas conductas afectan el derecho de negociación colectiva.

(12) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Promoción de la negociación colectiva. Convenio Número 154*. OIT, Ginebra, 2011, p. 9.

De esta manera, la sentencia recaída en el Exp. N° 03561-2009-PA/TC es producto de la demanda de amparo que interpuso el Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios contra tres asociaciones de empleadores portuarios: la Asociación Peruana de Operadores Portuarios (Asppor), la Asociación Peruana de Agentes Marítimos (APAM) y la Asociación Marítima del Perú (Asmarpe). El sindicato alegaba la vulneración de su derecho a la negociación colectiva ante la negativa de las asociaciones a negociar por rama de actividad. Finalmente, el TC declaró fundada la demanda al considerar que las empresas habían actuado de mala fe durante la negociación.

El TC llegó a la conclusión de que las empresas habían abusado de su libertad de negociar, pues, actuando de mala fe, inasistieron injustificadamente a la gran mayoría de reuniones convocadas por las autoridades laborales para negociar el pliego de reclamos presentado por el sindicato demandante⁽¹³⁾. En esta primera aproximación el TC califica la conducta de las empresas como obstáculo que buscaba impedir que se lleve a cabo la negociación colectiva, contraviniendo el principio de negociar de buena fe⁽¹⁴⁾.

Adicionalmente, resulta pertinente mencionar que aparte del control difuso que realiza el TC en la sentencia respecto de un artículo del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas⁽¹⁵⁾, señala el supremo intérprete de la Constitución en su último fundamento lo siguiente: “No obstante, y ante la inconstitucionalidad generada, este Tribunal considera pertinente precisar que a falta de acuerdo para decidir el nivel de negociación este de determinará mediante el arbitraje⁽¹⁶⁾, sin que exista previa declaración de huelga⁽¹⁷⁾”.

¿Cuáles son las consecuencias? Son diversas, y por lo tanto, afectan diferentes aristas del derecho a la negociación colectiva, y cambió los mecanismos para resolver conflictos y la forma de negociar colectivamente. El TC en esta sentencia deja abierta una puerta para comenzar a analizar las conductas del empleador,

(13) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Exp. N° 03561-2009-PA/TC, f. j. 23. Lima, 17 de agosto de 2009.

(14) *Ibidem*, f. j. 25.

(15) *Ibidem*, f. j. 28, señala lo siguiente: “Al respecto, este Tribunal considera oportuno precisar que parte del sentido normativo del primer párrafo del artículo 45 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR resulta materialmente inconstitucional, en la medida que señala que: “A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa”.

(16) En posteriores resoluciones aclaratorias emitidas por el TC en marzo y junio de 2010 respectivamente, este ratifica que el arbitraje al que se refiere en la sentencia Exp. N° 03561-2009-PA/TC, corresponde al arbitraje potestativo. Aunque resulta muy atrayente analizar el razonamiento del TC, solo es materia del presente artículo las incidencias que tiene el fallo respecto a la mala fe y las implicancias en la procedencia (o no) del arbitraje potestativo.

(17) STC Exp. N° 03561-2009-PA/TC, f. j. 29.

puerta que a su vez conlleva a la “imposición” de un modelo de solución de conflictos laborales que cambia la negociación colectiva en el Perú. Así las cosas, estamos de acuerdo con Neves Mujica quien señala al respecto que el TC ha expedido una sentencia que “en vez de solucionar directamente el conflicto jurídico (...) ha optado por una solución diferida y compleja: un arbitraje excluyente del ejercicio de la huelga”⁽¹⁸⁾.

3. Regulación de los criterios de mala fe negocial

Como consecuencia de la sentencia de portuarios antes comentada, es que en setiembre de 2011 se publica el Decreto Supremo N° 014-2011-TR, que incorpora un nuevo acápite al artículo 61 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas del Trabajo. En este artículo se establecen dos supuestos en los cuales, las partes tienen la posibilidad de solucionar sus conflictos llevando a la otra parte a arbitraje. De los dos supuestos, es el literal l b) el que será materia de análisis, puesto que faculta a las partes a llevar a arbitraje potestativo el conflicto cuando se demuestren actos de mala fe durante la negociación. Así, el artículo en cuestión señala lo siguiente:

Artículo 61-A: Las partes tienen la facultad de interponer arbitraje potestativo en los siguientes supuestos:

(...) b) Cuando **durante la negociación del pliego se adviertan actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo** (el resultado es nuestro).

Hasta este punto de nuestro análisis, el legislador parece estar en el camino correcto. A partir de la sentencia de trabajadores portuarios, se revalora más un tema medular a tomar en consideración en la negociación colectiva: la conducta de las partes. Así, estamos de acuerdo en que con esta normativa, el legislador pretende hacer prevalecer el derecho constitucional a la negociación en su integralidad⁽¹⁹⁾.

El artículo 61-A representa una primera aproximación a la sentencia de portuarios del TC, al legislar la necesidad de evaluar las conductas y comportamientos de las partes en la negociación colectiva. La buena fe como principio en la negociación colectiva, se encuentra presente en la regulación laboral, siendo tema recurrente en derecho comparado y en legislación y doctrina internacional. Ahora

(18) NEVES MUJICA, Javier. Ob. cit., p. 138.

(19) CHÁVEZ NÚÑEZ, Frida. Ob. cit., p. 89.

bien, las conductas a analizar deben siempre apreciarse en el marco de una negociación colectiva, puesto que solo así podrá evaluarse también que las conductas tengan el objetivo de afectar la negociación colectiva, ya sea cuando busquen dilatar, entorpecer o evitar que se llegue a un acuerdo, punto que retomaremos a lo largo del presente artículo.

La negociación colectiva es un proceso complejo y por ello se puede predecir que será necesaria un desarrollo jurisprudencial arbitral sobre los actos de mala fe a futuro. Dado que, mediante esta modificación normativa se faculta a cualquiera de las partes a activar el arbitraje como mecanismo de solución de controversias, resulta evidente comenzar a esbozar criterios a emplearse en el análisis de las conductas en cuestión. En otras palabras, ¿bajo qué supuestos puede una de las partes invocar mala fe?, ¿cuáles deben ser conductas que ameriten que el conflicto se resuelva por un tercero y no por las partes mismas?

IV. ¿CÓMO SE ESTÁ RESOLVIENDO EN LOS LAUDOS ARBITRALES? ANÁLISIS CASUÍSTICO DE LOS SUPUESTOS DE MALA FE

1. ¿Cuáles son los supuestos de mala fe negocial?

No podemos dejar de mencionar la Resolución Ministerial N° 284-2011-TR, publicada el 24 de setiembre de 2011, mediante la cual nuestro legislador opta por regular y complementar las disposiciones del arbitraje en materia de relaciones colectivas. En dicha resolución, nuestro legislador ha optado por describir una serie de conductas (siendo una lista abierta, y no de carácter taxativo). Existen diversos actos, conductas y actitudes que puede tener cualquiera de las partes que serán considerados actos de mala fe, lo que conllevará a que se resuelva la controversia mediante el arbitraje potestativo. Algunos ejemplos típicos son los supuestos en donde una de las partes se niega a sentarse a negociar, no quiere revelar información en los plazos pactados, ejerce algún tipo de presión para cambiar algún representante de la comisión negociadora respectiva, etc.

Ahora bien, materia de análisis es el último párrafo de la resolución en cuestión, puesto que el legislador ha optado por no hacer que esta lista sea taxativa, sino que, por el contrario, se encuentre abierta a nuevos supuestos que puedan configurar la mala fe. Así, el último párrafo prescribe lo siguiente:

“Los Actos de mala fe enunciados en los literales no constituyen una lista taxativa.

La valoración de los supuestos de procedencia del arbitraje potestativo establecidos en el artículo 61-A del Decreto Supremo N° 011-92-TR, es **realizada por el Tribunal Arbitral en el proceso arbitral y está sujeta para su comprobación a criterios de razonabilidad y proporcionalidad considerando el contexto en el que se producen, el marco de la negociación colectiva y los comportamientos precedentes de las partes en anteriores procesos negociables**” (el resaltado es nuestro).

2. ¿Cómo se está valorando los parámetros: razonabilidad y proporcionalidad?

De acuerdo a lo señalado por la resolución antes descrita, nos parece relevante precisar qué es exactamente lo que se entiende por estos principios de razonabilidad y proporcionalidad. Esto puede ser mejor comprendido a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Exp. N° 0090-2004-AA/TC, la cual determina, sobre la razonabilidad que: “La razonabilidad implica que el acto estatal debe mantener su justificación lógica y axiológica en los sucesos o circunstancias que fueran. Así, la doctrina exige que se produzca una consonancia entre el hecho antecedente ‘creador’ o ‘motivador’ del acto estatal y el hecho consecuente derivado de aquel”⁽²⁰⁾.

La razonabilidad, entonces, se refiere a que el acto cometido debe acreditar una necesaria correspondencia entre la causa que lo origina y el efecto buscado. Según el Tribunal: “existe la necesidad de acreditar coherencia y equilibrio entre el antecedente que origina el acto estatal y la consecuencia derivada de aquel (...) esto es, que se justifique la asignación de derechos, facultades, deberes o sanciones, si y solo si guardan armonía y sindéresis con los hechos, sucesos o circunstancias predeterminantes”⁽²¹⁾.

También se encuentra este criterio íntimamente vinculado con la interdicción de la arbitrariedad, toda vez que la verificación sobre la procedencia del arbitraje debe limitarse a analizar actos que tengan una relación o se enmarquen dentro de la negociación colectiva. En este sentido, la razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado a la justicia y está en la esencia misma del Estado Constitucional de Derecho. Así, se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias⁽²²⁾.

(20) Sentencia recaída sobre el Exp. N° 0090-2004-AA/TC, 5 de julio de 2004, f. j. 35.

(21) Ibidem, f. j. 35.

(22) STC Exp. N° 03167-2010-PA/TC, del 18 de marzo de 2011, f. j. 11.

Por otro lado, nuestro intérprete supremo, en cuanto a la proporcionalidad, se manifiesta de la siguiente manera: “La proporcionalidad exige la existencia indubitable de una conexión directa, indirecta y relacional entre causa y efecto; vale decir, que la consecuencia jurídica establecida sea unívocamente previsible y justificable a partir del hecho ocasionante del acto estatal. En consecuencia, la proporcionalidad lo será cuando la razón del efecto sea deducible de la causa, o previsible a partir de ella”⁽²³⁾.

Marcial Rubio nos señala, respecto a este concepto, que: “El Tribunal da una definición de proporcionalidad que, propiamente hablando, es la que hemos citado antes para la razonabilidad: una conexión entre causa y efecto, justificada cuando ‘la razón del efecto sea deducible de la causa, o previsible a partir de ella’”⁽²⁴⁾.

De todo lo antes expuesto resulta vital describir el acto o conducta atribuido como de mala fe en la negociación colectiva. Creemos en un análisis de índole más objetivo que subjetivo, por lo que consideramos razonable y proporcional no analizar cada acto o conducta en base a la supuesta “intencionalidad de la parte”, puesto que ello casi siempre no es claro, sino que es confuso y difícil de determinar. Por el contrario, resulta de acuerdo con lo antes expuesto considerar que las conductas de las partes deben tener algún efecto palpable y tangible en la realidad. Es decir, que la acción tenga un correlato en la realidad, y que ello evidencie que una de las partes está impidiendo la continuación normal de la negociación colectiva y que esté dificultando que se materialice el acuerdo entre ambas partes de alguna manera.

3. Objetivo de los actos de mala fe: en el marco de una negociación colectiva

A la luz del marco normativo antes expuesto aterrizamos el análisis en delimitar al ámbito en el que se deberán apreciar las conductas de las partes. No se debe perder de vista en ningún momento, que el análisis debe realizarse sobre conductas y comportamientos concretos, y deben responder a manifestaciones de voluntad que se enmarquen siempre en una negociación colectiva.

Por lo tanto, nos parece relevante destacar lo señalado por el TC, al considerar que se puede afectar el derecho a la negociación colectiva cuando el empleador ejecuta acciones que revelen una manifiesta mala fe que impida el normal

(23) STC Exp. N° 0090-2004-AA/TC, f. j. 35.

(24) RUBIO CORREA, Marcial. *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005, p. 258.

desarrollo de la negociación, o que realice cualquier práctica arbitraria o abusiva con el objeto de dificultar o hacer imposible la negociación colectiva⁽²⁵⁾.

En nuestra jurisprudencia podemos encontrar aproximaciones a los actos de mala fe dentro de la negociación colectiva. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional, en el voto del magistrado Urviola Hani de la sentencia recaída sobre el Expediente N° 02287-2009-PA/TC, sobre la negociación colectiva entre el Sindicato Unificado de los Trabajadores de Petróleo, Energía, Derivados y Afines de la Región Grau contra las Empresas GMP S.A. Graña y Montero Petrolera S.A. Planta de Gas Talara determina que: “Durante el desarrollo del procedimiento de negociación colectiva de 2007, la Sociedad emplazada no ha actuado conforme al principio de buena fe, pues sus acciones evidencian que **ha buscado impedir, dificultar y hacer imposible la realización del procedimiento de negociación colectiva**, ya que los argumentos esgrimidos por la Sociedad emplazada buscan tergiversar la finalidad del procedimiento”⁽²⁶⁾ (el resultado es nuestro).

Del acápite antes expuesto, resulta vital que exista una conexión entre los actos y conductas de las partes, con las consecuencias que se generan, en este caso, que se solucione el conflicto mediante el arbitraje. En concreto consideramos que un primer paso es que las conductas y comportamientos deben ser analizados en el marco de una negociación colectiva. Es decir, que no se pueden interpretar conductas que no tienen una vinculación ni relación con la negociación colectiva en cuestión. Por lo tanto, no se puede realizar una interpretación arbitraria ni aleatoria de *cualquier conducta* que tenga alguna de las partes.

Coincidimos con Zavala y Vilchez cuando señalan que resulta necesario iniciar y conducir adecuadamente la negociación colectiva dentro de los cauces de la buena fe y el entendimiento, con el objetivo de llegar a un acuerdo que permita construir confianza entre ambas partes, reduciendo la natural brecha existente entre ellas⁽²⁷⁾.

El Comité de Libertad Sindical (CLS) de la OIT, ya ha señalado que es importante que ambas partes hagan todo lo posible por llegar a un acuerdo, lo que supone que tanto el sindicato como el empleador eviten todo retraso injustificado en el desarrollo de las negociaciones. También se resalta que si bien la actitud

(25) STC Exp. N° 03561-2009-PA/TC, f. j. 22, incisos d. y f.

(26) Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Exp. N° 02287-2009-PA/TC, voto del magistrado Urviola Hani. Lima, 3 de mayo de 2012.

(27) ZAVALA COSTA, Jaime, VÍLCHEZ GARCÉS, Lidia. “¿Es tan peligroso proporcionar información empresarial en el marco de la negociación colectiva?”. En: *Análisis Laboral*. Abril de 2011, p. 13.

conciliadora o intransigente adoptada por una de las partes frente a las reivindicaciones de la otra es materia de negociación entre las partes, ambas partes deben negociar de buena fe⁽²⁸⁾.

En definitiva, no basta la mera alegación de un supuesto de mala fe negocial. Es necesario apreciar cómo las acciones u omisiones de una de las partes afectó o dificultó el cauce ordinario y normal de la negociación colectiva. Los criterios de razonabilidad y proporcionalidad deben servir como instrumentos para analizar si los hechos u omisiones alegados califican como mala fe negocial.

V. SUPUESTOS Y CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LA MALA FE NEGOCIAL

1. Supuestos de mala fe reconocidos en los procesos arbitrales

Si bien en nuestro ordenamiento existe una lista abierta de actos y conductas que constituyen actos de mala fe en la negociación colectiva no siempre la valoración de los actos puede ser clara, ni se puede determinar fácilmente si estamos o no ante un acto de mala fe.

Hemos revisado los laudos arbitrales que se han venido emitiendo desde la implementación del arbitraje potestativo, esto es las distintas conductas que han sido calificadas como actos de mala fe declarando la procedencia del arbitraje potestativo. Vale resaltar que no en todos los casos se hace el análisis de procedencia respectivo, ya que no toda acción o conducta de una las partes puede calificarse de facto como mala fe negocial. Describiremos no solamente los supuestos de mala fe que se recogen en la lista de la Resolución Ministerial sino también aquellos que, sin calzar en los supuestos taxativos determinados, han sido considerados como actos de mala fe.

La lista que seguidamente presentamos recoge solamente los arbitrajes potestativos de mala fe que se han emitido en el año de vigencia del sistema de arbitraje potestativo, y sobre los cuales hemos tenido acceso (no detallamos los arbitrajes potestativos calificados como tales por ser la primera negociación colectiva). Dada la naturaleza privada de los procesos arbitrales, nos limitaremos a describir las conductas analizadas en los laudos arbitrales.

(28) Organización Internacional del Trabajo. *La negociación colectiva. Normas de la OIT y principios de los órganos de control*. OIT, Ginebra, 2000, pp. 33-34.

CONDUCTA	COMENTARIOS/ ANÁLISIS DE LA CONDUCTA
Errores en las boletas de remuneraciones	Este hecho no puede constituir un acto de mala fe en la medida que es poco probable que se pueda establecer un nexo entre esta conducta y la imposibilidad de continuar la negociación.
Demora o falta de entrega de información	Tanto la demora en la entrega de información económica al Ministerio de Trabajo como al sindicato son los supuestos más usuales para que se establezca el arbitraje por mala fe.
Impedimento de participación de asesor	La falta de participación de asesores del sindicato o la ubicación del mismo fuera de la mesa de negociación, es un acto de mala fe.
Retraso en el pago de algún beneficio social a trabajadores sindicalizados	El análisis debe ser minucioso, en la medida que no se deben confundir actos antisindicales con actos de mala fe negocial.
Ausencia de respuesta por alguna de las partes a un pedido de información	Se debería analizar la causalidad y nexo entre la falta de respuesta y la negociación colectiva. Si la falta de información brindada a un dirigente sindical afecta la negociación colectiva o impide que se continúe el trato directo, es un acto de mala fe.
La suspensión de pago de viáticos acordados para la negociación	Debe tomarse en cuenta que este tipo de beneficio comprende únicamente a los dirigentes de la comisión negociadora, y solo por el periodo que dure la negociación.
Estrategia de negociación colectiva	La estrategia para manejar una negociación colectiva no es un supuesto de mala fe negocial.
Grabación de las reuniones de negociación	La filmación secreta de las reuniones entre las partes representa una afectación a la buena fe negocial.
La negativa del empleador a negociar con el Sindicato alegando que existen convenios colectivos individuales	Es admisible considerar este acto como mala fe, toda vez que si existiría una intención y una materialización del impedimento de negociar, en la negativa del empleador de sentarse a negociar. Además, un convenio individual difícilmente podría reemplazar la naturaleza de un convenio colectivo.
No otorgamiento de licencias sindicales	Se debería tomar en cuenta que el otorgamiento de licencias en el marco de una negociación colectiva debería ser para los miembros de la comisión negociadora, y no para cualquier miembro del sindicato que lo solicite.
Que una de las partes condicione el arbitraje a la previa realización de reuniones de trato directo previamente convocadas	No se podría considerar válido ningún tipo de condicionamiento al desarrollo normal de la negociación colectiva. Así se condicionen las reuniones de trato directo, se debe analizar en conjunto esta conducta con el condicionamiento a la negociación, y no de manera aislada.
Ofrecer incrementos mínimos o irrisorios de remuneraciones y/o beneficios	Se debe realizar un análisis de la situación económica real del empleador y sus posibilidades sobre los aumentos que solicita el sindicato. La mera alegación de incrementos irrisorios no representa en sí misma una mala fe negocial.
El transcurso de la negociación colectiva sin que se haya llegado a un acuerdo	Se deben aplicar los parámetros de proporcionalidad y razonabilidad, ya que el transcurso del tiempo sin acuerdo no constituye un acto de mala fe en sí mismo. También se debe apreciar el contexto de las negociaciones previas (ej. cuánto tiempo toma usualmente la negociación hasta llegar al acuerdo, cuánto dura el trato directo, los periodos de negociaciones anteriores, etc.).

Los supuestos de mala fe que hemos apreciado en los laudos arbitrales han sido alegados por los sindicatos, es decir, no registramos un caso donde la mala fe ya ha sido alegada por las empresas para acudir a un arbitraje potestativo. En la inmensa mayoría de los casos se ha podido apreciar la admisión del arbitraje potestativo.

2. Supuestos de mala fe en el Derecho comparado

Para complementar nuestro análisis, recurrimos al Derecho comparado buscando propuestas o criterios aplicables a nuestro caso. Así, países como Estados Unidos o Nueva Zelanda (países de *Common Law*) han desarrollado de manera detallada, tanto en la doctrina y en su propia legislación, la regulación de las conductas que califican como actos de mala fe en la negociación colectiva.

Consideramos acertados los criterios señalados por Holley, Jennings y Wolters, quienes analizando los llamados “leading cases” del *Common Law*, nos proporcionan una serie de ejemplos de la existencia de la mala fe en el marco de las negociaciones colectivas en Estados Unidos.

A continuación no solo proponemos algunos de estos novedosos criterios, sino que también consideramos pertinente hacer un análisis de cada uno de ellos toda vez que poseen matices interesantes que merecen una evaluación por parte de los árbitros según sea el caso concreto. Esto se debe especialmente porque la línea entre una estrategia de negociación en el ámbito de una negociación y la mala fe negociada es muy delgada. Así, citando a los mencionados autores, estos señalan: “Otros fallos relativos a la conducta del empleador o del Sindicato han brindado los siguientes ejemplos de las conductas que pueden constituir mala fe en la negociación colectiva”⁽²⁹⁾.

(29) HOLLEY, William H., JENNINGS, Kenneth M., WOLTERS, Roger S. *The Labor Relations Process*. 10ª ED., Cengage Learning, Mason, 2012, p. 269.

Cuadro de elaboración propia. Traducción libre, cita original: “Other rulings involving employer or union conduct have provided the following examples of conduct that may constitute bad faith bargaining:

- Surface bargaining. A party is willing to meet at length and confer but merely goes through motions of bargaining without any evidence of a sincere desire to reach an agreement. Surface bargaining includes a party making proposals that it knows the other party cannot accept, taking an inflexible attitude on important issues or offering no alternative proposals.
- Dilatory tactics: Unreasonable procrastination in executing an agreement, unreasonable delay in scheduling meetings, willful avoidance of meetings, evasive tactics, unreasonable delay in providing data for bargaining, and similar tactics are evidence of bad faith
- Imposing unreasonable conditions: Attempts to specify conditions of bargaining or the administration of a labor contract will be scrutinized closely to determine whether such conditions are onerous or unreasonable (e.g. insisting that all grievances be resolved before collective bargaining can start). In addition, the requirement of agreement on a specific item as a prerequisite to negotiating other issues may reflect a bad faith bargaining intent.

TIPO DE ACCIÓN	DEFINICIÓN	COMENTARIOS
Superficie de negociación(*)	Una parte está dispuesta a reunirse, pero desarrolla acciones de negociación sin demostrar evidencia alguna de un deseo sincero de llegar a un acuerdo. En la superficie de negociación una parte brinda propuestas que sabe que la otra parte no podrá aceptar, teniendo una actitud inflexible en cuestiones importantes, sin ofrecer propuestas alternativas.	Si bien es aceptada como estrategia de negociación el deber de revelar información, si se puede llegar a un punto en el que la negociación se hace imposible debido a la asimetría informativa. Se debe tomar en cuenta que, por lo general, la mayoría de información materia de una negociación se encuentra en poder del empleador, y no del sindicato.
Tácticas dilatorias	Es la dilación injustificada en la ejecución de un acuerdo, retrasando la programación de reuniones sin motivo alguno, evitando deliberadamente la asistencia a estas, teniendo tácticas evasivas o el retraso injustificado en el suministro de datos para la negociación así como tácticas similares, son la evidencia de la mala fe.	La dilación per se no constituye mala fe, siendo que es una de las técnicas de negociación más conocida. Sin embargo, se debe analizar la justificación que tenga una parte, así como la posición de negociación en la que se encuentre.
Imposición de condiciones no razonables	Intentos de especificar las condiciones de la negociación o la administración de un contrato de trabajo será analizado con detenimiento para determinar si esas condiciones son onerosas o irrazonables (por ejemplo, insistiendo en que todas las quejas se resuelvan antes que la negociación colectiva pueda comenzar). Asimismo, buscar el acuerdo sobre un tema específico como requisito previo para la negociación puede reflejar un intento de negociación de mala fe.	Se debe analizar que las partes, sin perjuicio de su estrategia de negociación tengan un ánimo para negociar, así como una intención real de llegar a un acuerdo.
Cambios unilaterales en las condiciones	Acciones tales como cambiar las compensaciones o beneficios integrales es un fuerte indicador de la negociación de mala fe.	En este caso, las partes no pueden valerse de acciones que claramente busquen truncar la negociación. Estos actos son amenazas y abuso, no siendo aceptables como estrategia de negociación.

-
- Unilateral changes in conditions: Such actions as changing the compensation or fringe-benefit package impasse is a strong indicator of bad faith bargaining.
 - Commission of unfair labor practices. Committing unfair labor practices (such as promoting withdrawal from the union, reducing work hours without economical justification, or engaging discriminatory layoffs) during negotiations is indicative of bad faith*.

Realización de prácticas laborales injustas	Cometer prácticas laborales injustas (como la promoción del retiro del Sindicato, la reducción de horas de trabajo sin justificación económica o la realización de despidos discriminatorios) durante las negociaciones es indicativo de mala fe.	No puede ser admisible. Sin embargo, deberá probarse una motivación antisindical así como el nexo de buscar impedir la continuación de la negociación. Por ejemplo, un despido nulo a un miembro del sindicato no necesariamente debe ser calificado como acto de mala fe negocial si es que no afecta la normalidad de la negociación. Un supuesto diferente puede ser el despido del dirigente que es representante en la comisión negociadora.
---------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

(*) En Nueva Zelanda la táctica de “superficie de negociación” constituye una violación a su Ley de relaciones laborales del 2000 (Employment Relations Act 2000), y en Estados Unidos se configura una violación a su Ley nacional de relaciones laborales (National Labor Relations Act).

Adicionalmente, existen también otras propuestas que consideramos importante mencionar como la creación de un “Código de buena fe en la negociación colectiva”. Así, en países como Nueva Zelanda, el Estado ya ha optado por tener una regulación específica destinada a ayudar al análisis de las conductas de mala fe dentro de una negociación colectiva.

Por ejemplo, en dicho país se regula las siguientes pautas, invocando a las partes a cierta conducta y disposición al momento de negociar colectivamente:

- Las partes deben ser activas y constructivas, manteniendo en todo momento una relación armónica entre ambas.
- Las partes deben ser receptivas y comunicativas, así como hacer todos los esfuerzos que estén a su alcance para llegar a un acuerdo, en términos eficientes y eficaces para la negociación.
- Las partes deberán reunirse y considerar las propuestas de su contraparte, así como dar respuesta a dichas propuestas.
- Se requiere a las partes a concluir la negociación con un convenio colectivo a menos que exista una “razón genuina” para no hacerlo, sobre la base de motivos razonables⁽³⁰⁾.

(30) Traducción libre. Texto original: The duty of good faith underpins collective bargaining and requires that parties to bargaining are:

- active and constructive in establishing and maintaining a productive employment relationship

Asimismo, Nueva Zelanda posee un “Código de buena fe”, el mismo que se debe leer en conjunto con su Ley de relaciones laborales del año 2000⁽³¹⁾. Este es un instrumento legal que tiene como objetivo proveer tanto a los sindicatos como a la parte empleadora de guías y lineamientos de lo que es la buena fe para negociar colectivamente. Así, creemos que resulta natural que el tratamiento de un tema tan complejo como la mala fe comercial exija un desarrollo detallado y amplio que se valga de diversas herramientas jurídicas que apoyen a definir con mayor claridad los supuestos de mala fe.

En conclusión, estimamos valiosa la existencia de esta regulación en países de *Common Law*, en donde hay una regulación más extensa de la mala fe en la negociación colectiva. Así, también sugerimos que se procure en nuestro país elaborar una regulación más detallada sobre la mala fe, así como los valores y principios generales de la negociación colectiva. Como hemos visto en países de common law como Estados Unidos o Nueva Zelanda, el legislador se apoya en diversos instrumentos jurídicos como son Códigos de conducta, clasificación de conductas y lineamientos para ayudar en el entendimiento de los actos de mala fe en la negociación colectiva⁽³²⁾.

3. Negociar o ir a arbitraje, he allí el dilema

En vista de la complejidad del tema y de las diferentes conductas que pueden tener las partes, proponemos un análisis integral. Es decir, no creemos que una regulación en una Resolución Ministerial sea suficiente, o una nueva legislación ni que baste un “Código de buena fe comercial” para que los procesos de solución de conflictos de intereses se solucionen adecuadamente. Creemos que el mejor análisis se complementa con una serie de herramientas (jurídicas y otras no jurídicas) toda vez que, finalmente, el objeto de la negociación colectiva es llegar a un acuerdo que concilie los intereses de ambas partes. Siempre que las partes aún tengan intención de continuar negociando y continúen el trato directo, existirá la posibilidad de seguir la negociación en búsqueda de un acuerdo.

-
- that they are responsive and communicative and use their best endeavours to agree on an effective and efficient bargaining process
 - meet together and to consider and respond to proposals
 - to conclude a collective agreement unless there is a genuine reason not to, based on reasonable grounds

En la página web de Ministry of Business, Innovation and Employment of New Zealand. Link: <<http://www.dol.govt.nz/infozone/collectivebargaining/1-introduction/code-of-good-faith.asp>>. Fecha de consulta: 29/09/2012.

(31) Traducción libre de: “Employment Relations Act 2000”.

(32) Para mayor profundización al respecto, puede ingresarse al sitio web del Ministerio de Economía, innovación y empleo, donde se puede apreciar información relativa a la mala fe en la negociación colectiva, el principio de buena fe, así como su Código de Buena fe, entre otros. Link: <<http://www.dol.govt.nz>>.

Es por ello que creemos que lo mejor es complementar la regulación y legislación que tenemos sobre la materia, analizando las conductas por un lado dentro de los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, así como en el marco de una buena fe en la negociación colectiva.

Es importante la reflexión final de que, tanto el Estado como las mismas partes dentro de una negociación colectiva, deben buscar siempre como objetivo solucionar las controversias de manera pacífica y buscando arribar a un acuerdo directo en el que confluyan de la mejor manera los intereses de ambas partes. Por lo tanto, aceptamos que “los órganos y los procedimientos de solución de los conflictos deberían ser concebidos de tal manera que contribuyan a fomentar la negociación colectiva”⁽³³⁾.

Consideramos acertado lo señalado por Blancas Bustamante, en tanto se ha dejado abierta a la prolongación de conflictos derivados de la negociación colectiva, cuando no se pueda acreditar que la falta de solución a estos obedece a la mala fe del empleador o del sindicato, lo que marcha en sentido contrario al deber constitucional que tiene el Estado de fomentar la negociación colectiva y promover la solución pacífica de los conflictos laborales⁽³⁴⁾.

De esta manera, sin perjuicio de todo lo antes expuesto, consideramos que no debemos perder de vista la preferencia por los mecanismos autocompositivos de tutela, toda vez que nadie mejor que las partes tiene un conocimiento más profundo de los conflictos mismos y de las posibles soluciones que las partes. Por ello, “debe otorgarse prioridad a los mecanismos de autocomposición libremente acordados por las partes frente a los basados en la heterocomposición. Así, si las partes han decidido seguir una determinada vía, no debe pretenderse imponerles otra”⁽³⁵⁾.

No podríamos estar más de acuerdo con lo señalado por Ermida Uriarte, quien apunta a que la negociación colectiva es la forma perfecta de autocomposición de conflictos colectivos⁽³⁶⁾. Por lo tanto, se debe por un lado incentivar de la mejor manera la negociación colectiva y solución de conflictos ente las partes. Y, cuando ello no sea posible, pues entonces resulta válido valerse de los demás instrumentos que nos otorga el derecho para la solución pacífica de controversias, siempre y cuando se utilicen estos instrumentos de manera razonable, proporcional y en relación a una negociación colectiva en concreto.

(33) TAJGMAN, David y CURTIS, Karen. *Guía práctica de Libertad Sindical*. OIT, 2002, p. 43.

(34) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “La naturaleza del arbitraje en la negociación colectiva”. En: *Soluciones Laborales*. N° 46, Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2011, p. 20.

(35) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Ob. cit., p. 9.

(36) ERMIDA URIARTE, Oscar. Ob. cit., pp. 20-23.

VI. CONCLUSIONES

1. Las normas emitidas por nuestro legislador contemplan la posibilidad de que cualquier acto cometido por cualquiera de las partes sea sometido a análisis del tribunal arbitral para determinar si constituye o no acto de mala fe negocial.
2. Consideramos que en el Perú existe una regulación aún incipiente y genérica respecto a los actos que deberían constituir mala fe negocial.
3. En la realidad resultaría imposible enumerar todos los actos que podrían cometer alguna de las partes como para tener una lista taxativa de actos de mala fe negocial; por ello, existe una necesidad de establecer criterios y parámetros al momento de analizar los actos o conductas de alguna de las partes que invocan la mala fe como causal para solucionar el conflicto mediante el arbitraje potestativo.
4. Tomando en cuenta nuestra legislación se deben analizar las conductas dentro de los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad que deben delimitar el análisis a que exista una conexión lógica entre el acto y el impedimento de continuar con la negociación.
5. El Derecho Comparado ya ha establecido ciertas clasificaciones que son de utilidad para analizar las conductas de mala fe negocial.
6. Existen otros instrumentos jurídicos de utilidad como por ejemplo la elaboración de “Códigos de buena fe”, legislación complementaria, entre otros que sirven de apoyo para definir las conductas que deberían calificar como mala fe negocial.
7. El análisis de procedencia del arbitraje potestativo debe ser minucioso y detallado, tomando en cuenta que los actos y conductas deben analizarse bajo el marco de una negociación colectiva, y no aleatoria ni arbitrariamente.
8. En la gran mayoría de los casos, los actos de mala fe alegados por el Sindicato son declarados como procedentes para el arbitraje potestativo. Solamente conocemos de dos casos donde se ha resuelto la improcedencia del arbitraje por la inexistencia de una mala fe negocial.
9. Se deben diferenciar los “actos antisindicales” de los actos de mala fe negocial, toda vez que los segundos buscan impedir el arribo a un acuerdo entre las partes o la imposibilidad de continuar con la negociación colectiva.

10. Las partes (el sindicato y la empresa) son las que tienen mayor conocimiento de la situación del conflicto, así como de la verdadera dimensión de las soluciones
11. Se deberá buscar siempre en la medida de lo posible, fomentar la autocomposición y que sean las mismas partes las que intenten resolver las controversias, fomentando la negociación colectiva.

BIBLIOGRAFÍA

1. ARESE, César. *Derecho de los conflictos colectivos de trabajo*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2011.
2. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “La naturaleza del arbitraje en la negociación colectiva”. En: *Soluciones Laborales*. N° 46, Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2011.
3. CHANGALA, Ricardo y FERNÁNDEZ, Hugo. *Medios de solución de los conflictos colectivos de trabajo*. Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1985.
4. CHÁVEZ NÚÑEZ, Frida. “Modificaciones a la Ley de Relaciones Colectivas del Trabajo”. En: *Soluciones Laborales*. N° 46, Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2011.
5. CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos. “El principio de buena fe, los servicios mínimos y las formas atípicas de huelga”. En: *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano, Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*. Grijley, Lima, 2009.
6. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, Juan. *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del derecho del trabajo*. Consejo Económico Social, Madrid, 2000.
7. ERMIDA URIARTE, Óscar. “Algunas reflexiones sobre los conflictos laborales, el arbitraje y la justicia del trabajo”. En: *Anales del Foro*. N° 43-44, Montevideo, 1982.
8. HERNÁNDEZ VIGUERAS, Juan. “Negociación colectiva y resolución de conflictos del trabajo”. En: *La solución de los conflictos en el sistema de relaciones laborales*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992.
9. HOLLEY, William H., JENNINGS, Kenneth M, WOLTERS, Roger S. *The Labor Relations Process*. Cengage Learning, Mason, 2012.
10. IGLESIAS MERRONE, Leticia. “Principales manifestaciones de la buena fe en la negociación colectiva”. En: *Revista Derecho Laboral*. Tomo LIII, N° 239, julio-setiembre de 2010.
11. KIELY THOMPSON CAISLEY. *Collective Bargaining*. CCH New Zealand Limited, New Zealand, 2007.
12. MURRAY, R. Emmet. “The Lexicon of Labor: More than 500 Key Terms, Biographical Sketches and Historical Insights concerning labor in America”. The New Press, New York, 2010.
13. NEVES MUJICA, Javier. “El nivel de la negociación en la actividad portuaria”. En: *Asesoría Laboral*. Abril de 2007.
14. NEVES MUJICA, Javier. “La determinación del nivel negocial en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre los estibadores portuarios”. En: *Ius et Veritas*. N° 40, julio de 2010.
15. OJEDA AVILÉS, Antonio. *Derecho Sindical*. Editorial Tecnos, Madrid, 1980.
16. OJEDA AVILÉS, Antonio y ERMIDA URIARTE, Óscar. *La negociación colectiva en América Latina*. Trotta, Madrid, 1993.

17. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. 5ª ed. rev., OIT, Ginebra, 2006.
18. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La negociación colectiva. Normas de la OIT y principios de los órganos de control*. OIT, Ginebra, 2000.
19. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Promoción de la negociación colectiva. Convenio Número 154*. OIT, Ginebra, 2011.
20. Página web de “Ministry of Business, Innovation and Employment of New Zealand”. Link: <<http://www.dol.govt.nz/infozone/collectivebargaining/1-introduction/code-of-good-faith.asp>>. Fecha de consulta: 29/09/2012.
21. POLAKOSKI, Julie M. “The impacts of good faith on collective bargaining: a New Zealand Case Study”. LLM Thesis. Faculty of Law, University of Wellington Victoria, Wellington, 2010-2011.
22. REAÑO, Milagros. “Buscando una solución a la negociación colectiva laboral”. En: *Industria Peruana*. Agosto de 2012.
23. RUBIO CORREA, Marcial. *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005.
24. SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “La mediación de los conflictos colectivos del trabajo”. En: N. González-Cuellar, A. Sanz Hermida y J.C. Ortiz Pradillo. *Mediación: un método de ? conflictos*. Editorial Colex, Madrid, 2010.
25. SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Lesión a la libertad sindical y comportamientos antisindicales*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1993.
26. TAJGMAN, David y CURTIS, Karen. *Guía Práctica de la libertad sindical*. Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2002.
27. TERRATS PLANELL, José Luis. *El control de la legalidad de los Convenios Colectivos por parte de los poderes públicos*. McGraw Hill, Madrid, 1998.
28. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “La constitución: fuente del derecho laboral”. En: AA.VV. *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Libro homenaje a Javier Neves Mujica*. Grijley, Lima, 2009.
29. VIDAL SALAZAR, Michael. “La constitución, su contenido laboral y la delimitación del mismo mediante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: AA.VV. *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro homenaje a Javier Neves Mujica*. Grijley, Lima, 2009.
30. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “Arbitraje potestativo y otros temas de Derecho colectivo del trabajo”. En: *Soluciones Laborales*. N° 48, Gaceta Jurídica, diciembre de 2011.
31. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “Atomización y disfuncionalidad de la tutela colectiva en el Perú”. En: *Soluciones Laborales*. N° 39, Gaceta Jurídica, Lima, marzo de 2011.
32. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “La autonomía sindical como fundamento de la legitimación negocial de una federación a nivel de empresa”. En: *Soluciones Laborales*. N° 14, Gaceta Jurídica, Lima, febrero de 2011.
33. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “La estructura de la Negociación Colectiva: Bases conceptuales y análisis del caso peruano”. En: *Asesoría Laboral*. Abril de 1996.
34. ZAVALA COSTA, Jaime, VÍLCHEZ GARCÉS, Lidia. “¿Es tan peligroso proporcionar información empresarial en el marco de la negociación colectiva?”. En: *Análisis Laboral*. Abril de 2011.