

Negociación colectiva: Nuevos espacios y contenidos

Jaime Zavala Costa¹

Socio Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría, Ex Ministro de Trabajo, Experto en temas Sindicales y Negociación Colectiva.

SUMARIO

1. Introducción. 2. La evolución de la negociación colectiva y sus funciones. 3. Primer nuevo espacio de la negociación colectiva: La flexibilidad laboral negociada. 4. Segundo nuevo espacio de la negociación colectiva: El contrapliego empresarial. 5. Tercer nuevo espacio de la negociación colectiva: La regulación convencional de los derechos fundamentales inespecíficos. 6. A la otra orilla: El papel del arbitraje frente a la negociación colectiva – facultades y (necesarias) limitaciones. 7. Colofón. 8. Bibliografía.

¹ El autor desea agradecer el invaluable apoyo de Lidia Vilchez Garcés, Luis Mendoza Legoas, Katy Noriega Góngora y Claudia Cermeño Durand en la elaboración del presente trabajo.

“El Derecho del Trabajo ha convivido siempre, por cierto, con los incómodos requerimientos de la economía, cuyas relaciones disciplinares —construidas sobre el alcance del factor económico en la configuración institucional del marco regulador del mercado de trabajo— han formado parte, en todo momento y por derecho propio, de la relación de las grandes cuestiones teóricas de nuestra disciplina: crisis económica y ordenamiento laboral, adaptación y flexibilización del sistema normativo laboral a la realidad económica cambiante, etc.”

Palomeque López, Manuel Carlos

Laborem N° 17/2016, SPDTSS, Lima pag. 18

I. INTRODUCCIÓN

En el III Congreso Nacional de nuestra Sociedad, realizado en Chiclayo en octubre del 2008, en la ponencia que presenté sobre “Los Desafíos de los Derechos Colectivos en el Siglo XXI”, decía que el derecho del trabajo no es ni podría ser un estatuto estático, sino que se encuentra en un desarrollo incesante, resultado de la dinámica de las mutaciones que se producen en la vida política, económica y social. Esta evolución aplica, qué duda cabe, al derecho colectivo o derecho sindical, como lo denominan algunos autores, que es parte inescindible del derecho del trabajo.

Gallart Folch, en una obra editada hace más de ochenta y cuatro años, formulaba interesantes comentarios, concluyendo que *“si la convención patronal se ha limitado hasta ahora a las condiciones de trabajo o a materias enlazadas directa o indirectamente con la misma, no puede afirmarse que siempre se mantenga en esos límites. Por el contrario, el dinamismo de esta institución hace esperar nuevos desenvolvimientos”* (Gallart Folch, 1932, pág. 4). En la misma línea, al padre del Derecho Laboral Americano, el mexicano Mario de la Cueva, remarcaba que *“la estaticidad será no sólo incompatible con el devenir histórico, sino que entraría en oposición con la esencia y finalidades de la justicia social, que, si mira al presente, también contempla el mañana, a efectos de lograr la elevación constante de las condiciones y niveles de existencia de los hombres”* (De la Cueva, 2000, págs. 445-447).

La realidad actual, donde la globalización ha configurado una nueva escenografía mundial, presenta un panorama muy diferente al que se conoció en el pasado, donde el paradigma es el cambio constante. El sistema tradicional de relaciones laborales viene sufriendo cuestionamientos de distinta fuente y origen. El teatro de los cambios operados en este nuevo espacio es la empresa, por lo que, *“a fin de adecuarse a esas exigencias, la organización de la producción y la estructura de la empresa se modifican, transformando el propio concepto de empresa. Se impone el modelo de la “empresa integral y flexible”. Una característica a señalar, es que se trata de un nuevo contexto en el que la empresa se ha fortalecido, al grado de presentarse como centro neurálgico de las relaciones laborales”* (Zapirain, La descentralización y su repercusión en el derecho colectivo, 2000, pág. 445).

De cara el futuro, que ya es presente, los trabajadores y las empresas deben lograr una metamorfosis cultural y ser capaces de dar prontas respuestas a las exigentes y aceleradas innovaciones en el mundo del trabajo. Una vía es a través de la

negociación, como ejercicio de la autonomía colectiva de ambas partes, que debe renovarse en nuevos espacios y contenidos, cuestión que precisamente es materia de esta ponencia; complementando a los ámbitos tradicionalmente abordados, como es el de la regulación salarial. Por qué no, por ejemplo, poner en la mesa el análisis de la regulación convencional de los derechos fundamentales inespecíficos en las relaciones de trabajo, tal como la igualdad de género o el derecho al honor y a la buena reputación del empleador.

También la negociación colectiva, por su naturaleza dinámica, debería ser el instrumento idóneo para promover la “flexibilidad de adaptación”, como valor de adecuación constante a las nuevas circunstancias. Menor rigidez laboral, pero asociada al respeto de los derechos fundamentales, conduce a la mejora de las condiciones de trabajo y protección social. Flexibilidad y seguridad no son ideas contrapuestas en el marco de las relaciones colectivas de trabajo, que requieren de un sindicalismo renovado y fortalecido para afirmar y consolidar su presencia en la empresa, que es el campo prioritario de la actividad sindical. La autonomía colectiva, que expresa el poder de autorregulación de los sujetos colectivos, se presenta como un instrumento válido para gobernar estos cambios, sin desproteger al trabajador. Aquí radica un principio esencial que empleadores y trabajadores están obligados a procesar.

Una cuestión que urge afrontar es la posibilidad de contar con una ley general de arbitraje laboral, que no es ésta la oportunidad para debatir, pero sí tratar al menos un aspecto específico referido a las facultades de los árbitros para determinar, en el laudo arbitral, el contenido de un convenio colectivo. ¿Es dable – nos preguntamos a título de ejemplo – que un tribunal se pronuncie sobre nivelaciones salariales o categorizaciones del personal o sobre modificaciones al reglamento interno de trabajo? Eso examinaremos en esta breve exposición.

De otro lado, y en la misma línea de adecuar las condiciones laborales de la fuerza de trabajo a los nuevos requerimientos organizacionales y procesos productivos, cobra especial interés reflexionar sobre el pliego de reclamos de la empresa como una variable dentro de la negociación clásica. Sostenemos que el contenido de un pacto colectivo debe recoger no sólo lo planteado por las organizaciones sindicales, sino también propuestas de las empresas. Planteamos la renovación y no la tradición. Hablamos concretamente del llamado “contrapligio empresarial” y la flexibilidad negociada. Le dedicaremos, pues, a este asunto, una mirada singular, recordando que esta figura está contemplada en nuestra Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aunque su uso es casi inexistente.

Esta es la temática que vamos a abordar en algunos aspectos puntuales, y lo haremos con sentido práctico más que académico o doctrinario, sin pretensiones y de forma sencilla, buscando observar fielmente la regla del ilustre colega romano Cicerón “*para que se tenga una idea clara de la materia sobre la que se va a hablar*” (Ciceron).

II. LA EVOLUCIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y SUS FUNCIONES

No es posible comenzar a estudiar los nuevos espacios y contenidos abordados en el ejercicio de la negociación colectiva, sin antes referirnos al concepto que manejamos sobre esta institución y sus funciones tradicionales. Solo de este modo será posible identificar las nuevas tendencias, explorando los factores económicos y sociales que las provocan y las respuestas que, desde el derecho, se vienen otorgando.

2.1. La negociación colectiva y sus funciones tradicionales

Esta institución se encuentra reconocida en el artículo 28 de la Constitución peruana, en el que se indica —entre otros— que el Estado fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. En un plano legal, el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N° 010-2003-TR (en lo sucesivo, el TUO de la LRCT), define en su artículo 41 a la convención colectiva como el “*acuerdo destinado a regular las remuneraciones, las condiciones de trabajo y productividad y demás, concernientes a las relaciones entre trabajadores y empleadores (...)*”.

Conforme se expone, la convención o convenio colectivo de trabajo es el producto de la negociación colectiva, de modo que, al referirnos a los nuevos espacios y contenidos de la negociación colectiva, en estricto, estaríamos aludiendo a las nuevas orientaciones en lo que concierne a materias de negociación, plasmados en las cláusulas de los convenios colectivos.

Al respecto y, como se podrá observar, los temas que pueden negociarse en nuestro ordenamiento son de lo más amplios. En efecto, el artículo citado no limita el contenido del convenio a las remuneraciones o las condiciones de trabajo y productividad, sino que refiere que pueden ser objeto de negociación las “*demás concernientes a las relaciones entre trabajadores y empleadores*”.

Oportunamente, corresponde destacar el valor de los cambios surgidos en la función de la ley, en relación a la figura de la negociación colectiva (y, consecuentemente, el convenio colectivo), en los términos que acertadamente detalla Valdés Dal-Ré:

“En razón de ello, y, en segundo lugar, la ley está perdiendo su anterior función de ser el instrumento por excelencia de las acciones promocionales de la negociación colectiva, función que ahora es compartida con la propia autonomía negocial. Finalmente, y como derivación lógica de estas mudanzas, se altera el propio contenido de las acciones dirigidas a incentivar la negociación colectiva. Estas ya no pretenden, de manera directa o indirecta, fortalecer el poder sindical negocial, mejorando suposición en el proceso contractual. El objetivo perseguido es apoyar la propia negociación colectiva como institución, procurando dotarla de una mayor transparencia y eficacia, colocándola al servicio de la consecuencia de unos intereses que, de manera creciente, son percibidos e identificados como intereses comunes.” (2012, pág. 129)

Sobre el particular, Rosembaum Rimolo, al analizar la negociación colectiva en los países que componen el cono sur de América, señala que, en todos ellos, rige el principio general de una libertad amplia de los que celebran un convenio colectivo, en lo que respecta a la recepción de contenidos (2001, pág. 101). De este modo, el autor deja en manifiesto el amplio margen que existe para el contenido de la negociación pero también resalta la extensión gradual de dicho contenido como respuesta a los nuevos desafíos que se presentan al derecho del trabajo:

“Es posible afirmar que todas las materias están disponibles en el ámbito de la autonomía colectiva de las partes, pudiéndose negociar la regulación de condiciones de trabajo y de empleo (contenidos normativos) y de relaciones entre organizaciones profesionales de trabajadores y el empleador o sus organizaciones (contenidos obligacionales) (...) Los núcleos de materias objeto de negociación son tradicionalmente muy vastos, pero se constata que gradualmente aque- llos se han ido ampliando debido a la necesidad de dar respuesta a los nuevos desafíos que plantea el mundo del trabajo, tales como reestructuras, introducción de tecnología, capacitación y formación profesional, estabilidad, potestades disciplinarias, participación en la gestión, etc.” (Rosembaum Rimolo, 2001, págs. 101-102).

(El énfasis es añadido).

Lo señalado guarda absoluta coherencia con lo dispuesto por la Organización Internacional de Trabajo (en lo sucesivo, OIT) en el Convenio N° 154 sobre la negociación colectiva. Si bien este Convenio no se encuentra ratificado por nuestro país y tampoco forma parte de los ocho convenios fundamentales, aquél se constituye como un parámetro de orientación y validez, en lo que respecta a dicho asunto. Así, conviene citar el artículo 2° del C 154:

“Artículo 2. A los efectos del presente Convenio, la expresión negociación colectiva comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de:

- (a) Fijar las condiciones de trabajo y empleo, o*
- (b) Regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o*
- (c) Regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez”.*

(El énfasis es añadido).

Repárese en la amplitud de los componentes que, de acuerdo con el Convenio 154, pueden contemplarse en un convenio colectivo, los cuales coinciden con lo regulado en la legislación nacional y lo sostenido por la doctrina tanto nacional como extranjera.

Esta amplitud, sin embargo, es de larga data. En otras palabras, no es reciente la gran variedad de aspectos que pueden abordarse en el marco de una negocia-

ción. No obstante ello, se ha venido reportando una extensión de los espacios que son explorados por los agentes colectivos – estimamos – sustentada en los nuevos desafíos y retos que el derecho del trabajo viene experimentando.

Citando a Moreno Vida, desde una concepción clásica, “*el convenio colectivo compone los intereses contrapuestos entre las partes contratantes, cumpliendo su originaria finalidad principal e inmediata de regulación de las relaciones individuales de trabajo. Pero, además, a través del convenio colectivo se limita el desequilibrio de poder existente en el marco de la autonomía individual, situándose la negociación colectiva en la lógica de promoción y defensa del interés de la colectividad de los trabajadores*” (2011, pág. 316). Sin embargo, las transformaciones que se vienen sucediendo en las relaciones de trabajo y en las cuestiones sociales, exigen que tanto la negociación colectiva como sus productos se tengan que adaptar a los nuevos cambios (Moreno Vida, 2011, pág. 315).

De este modo, se trata de una constante redefinición de las funciones que la negociación colectiva cumple en el marco de las relaciones laborales. Sin embargo, antes de examinar cómo tales funciones han ido variando con el devenir del tiempo, es necesario aludir brevemente a los sucesos que vienen retando el tradicional derecho del trabajo y, por ende, la negociación colectiva.

2.2. Breve aproximación a los retos y desafíos al derecho del trabajo

En este punto, debemos partir por aceptar que el derecho del trabajo que estudiamos en nuestra vida universitaria, no es el mismo. El cambio es parte inherente de esta disciplina, que se encuentra en un proceso constante e instantáneo de integración, producto de la apertura comercial, el desarrollo de nuevas tecnologías de información y comunicación, las nuevas formas de estructurar el trabajo, entre otros sucesos².

De ahí que el profesor Manuel Palomeque, viene advirtiendo que “*el nuevo escenario institucional no deja de ofrecer, así pues, un panorama complejo de profundas transformaciones en las relaciones de producción (...) sobre las que descansa el sistema normativo laboral (...)*” (2014, pág. 297). En esta línea, el propio Palomeque resume en cinco puntos las expresiones más visibles y relevantes que componen el nuevo panorama (2014, págs. 297-299), las que compartimos y, en esa medida, a continuación pasaremos a detallarlas.

Nueva tecnología y medios de comunicación

En primera medida, encontramos a los *cambios internos correspondientes al propio proceso de producción de bienes y servicios, producto de los cambios tecnológicos*. Ciertamente, frente al modelo tradicional, las novedades in-

² Para mayor detalle, puede revisarse: ZAVALA COSTA, Jaime (2008). “Los desafíos de los derechos colectivos en el siglo XXI”. En *Alcances y eficacia del derecho del trabajo: tercerización, inspección y derechos colectivos. III Congreso Nacional de la SPDTSS*. Lima: SPDTSS.

roducidas por la informática vienen ampliando y variando la prestación de trabajo requerida por las empresas.

La globalización del derecho del trabajo

En segundo lugar, tenemos a los *cambios en la actividad económica, producto de la mundialización de la economía*. En este nuevo esquema global, pierden valor los modelos netamente nacionales de producción, y exigen instaurar nuevas formas de competitividad internacional entre las empresas, organización de los trabajadores (pues necesariamente se redefinen los sujetos colectivos) y respuesta a sus demandas.

Organización del trabajo

Si bien ligado en cierta medida a la globalización, también podemos encontrar a los *cambios que se producen en la estrategia empresarial, a efectos de conseguir una mayor eficiencia en la organización del trabajo*. En esta manifestación se encuentran los procesos de concentración empresarial, tales como las fusiones y adquisiciones, así como los de descentralización productiva y la conformación de grupos de empresa. La elección de una u otra forma, dependerá de la estrategia a emprender, en determinado contexto y situación.

De aquellas, creemos que cobran especial relevancia en materia de negociación colectiva y sindicación en general, los procesos de descentralización productiva y los fenómenos de grupos de empresas. En lo que atañe a la descentralización productiva, recogida en nuestra legislación nacional como tercerización e intermediación, se explica que aquella:

“(...) ha impactado severamente en la estructura ocupacional o composición de la mano de obra, de modo que donde había un colectivo de empleadores muy homogéneo, subordinados jurídicamente, con contratos indefinidos y condiciones de trabajo similares, tenemos ahora un complejo haz de relaciones que involucran a diferentes empleadores, con contratistas y subcontratistas, con un núcleo de trabajadores muy cualificados y un gran componente de trabajo precario, subcontratado, parasubordinado o autónomo (...)” (Villavicencio Ríos, 2008, pág. 553).

(El énfasis es añadido).

Esa complejidad de relaciones sin lugar a dudas dificulta la formación de organizaciones sindicales y los procesos de negociación colectiva, pues donde antes coincidía la persona de empleador con la del titular de los medios de producción, en la actualidad puede diferir. De otro lado, la conformación de grupos de empresa es también un fenómeno que viene introduciendo interesantes retos a los derechos colectivos. Sin ánimo de dejar de lado al universo de cuestiones que en materia laboral pueden reportarse, creemos que uno de los problemas principales gira en torno a dilucidar si *“(...) el grupo empresarial puede constituirse en sí mismo como un empleador, o si dicha calidad alcanza únicamente a cada empresa que lo compone”* (Vidal Salazar, 2008, pág. 529) o, en todo caso, admitir

al “grupo de empresas” como ámbito para la formación del sindicato y la negociación de un convenio colectivo.

Variación en la estructura de la clase trabajadora

Otro factor en constante redefinición radica en las transformaciones en la estructura y composición de las clase trabajadora, como sucede por ejemplo, con el incremento de la mano de obra femenina, de los jóvenes en el mercado de trabajo o de trabajadores con discapacidad. Ciertamente, las medidas de acceso al mercado de trabajo, de permanencia y de conclusión del vínculo, deberán adaptarse en función de la composición del mercado laboral y sus necesidades y problemáticas en particular.

Cambios en el comportamiento de las organizaciones sindicales

Con relación a este factor, Carlos Manuel Palomeque sostiene que “*De un sindicalismo de masas dedicada a la contestación de los fundamentos de la sociedad capitalista, se ha pasado por momentos en la realidad (...) a un sindicalismo cada vez más implicado en el funcionamiento del aparato institucional del Estado*” (2014, pág. 299). Si bien en nuestro país este cambio no ha tenido tanto asidero como los anteriores, sin lugar a dudas, se trata de una tendencia mundial, que viene acrecentándose con el paso del tiempo y que no tardará en cobrar mayor presencia en nuestro medio.

Los cambios y retos al derecho del trabajo son diversos y de lo más extensos. Sin embargo, lo importante de aquellos es que se encuentran en constante replanteo y actualización, exigiendo en esa medida a nuestra disciplina acomodarse a los nuevos escenarios que se van generando. Solo de esa manera el derecho del trabajo podrá continuar cumpliendo su función de cohesión social, que le es inherente y, en esa medida, su evolución ha justificado una serie de modificaciones y reformas institucionales, que, en muchos ordenamientos, incluso, ya se encuentran normados (Palomeque López, 2014, pág. 299).

Al ser la negociación colectiva una institución del derecho del trabajo, toda evolución que experimente esta disciplina incidirá en ella. De ahí que la negociación colectiva, en tanto proceso y en lo que respecta a su contenido, ha sufrido mutaciones, consecuencia de su necesidad de brindar respuesta a los problemas y situaciones antes detalladas. Como señala Moreno Vida, producto de dicho desarrollo se ha ido “*(...) incrementando el número de obligaciones recíprocas asumidas por los sujetos negociadores en relación a la administración o gestión de diversas instituciones que se crean en el ámbito del convenio colectivo para satisfacer distintos intereses laborales o sociales y que no se proyectan sobre los contratos de trabajo*” (2011, pág. 312).

Por lo expuesto, y conforme detallemos en el siguiente apartado, estamos frente a un realidad en la que se aprecia cómo lentamente se viene enriqueciendo el contenido de los convenios colectivos, no solo en lo que respecta al tipo o clase de condiciones de trabajo que se acuerdan, sino además, “*(...) a las cláusulas que deleguen en los firmantes la capacidad de complementación o administración del con-*

venio o de algunos de sus contenidos normativo, haciendo el proceso negociador más dinámico” (Moreno Vida, 2011, págs. 312-213).

2.3. Panorama actual de las funciones de la negociación colectiva

Existe consenso en que, respecto del contenido de la negociación colectiva, ha de tenerse en cuenta que ésta surgió históricamente para regular condiciones de trabajo, en particular, remuneraciones y jornada de trabajo; aspectos que, con el transcurso de los años, se fueron extendiendo hasta incluir a todo el elenco restante de condiciones laborales (Caamaño Rojo & Ugarte Cataldo, 2010, pág. 51). No obstante ello, producto de los desafíos y retos antes señalados, aquella ha venido atravesando por diversos cambios y transformaciones, que inciden en cómo se manifiestan sus funciones.

Es innegable que los cambios en la organización industrial, en la composición de clases trabajadoras y en la propia cultura de las relaciones laborales, han provocado que las funciones tradicionales de la negociación colectiva evolucionen. Bajo esta premisa, en los siguientes apartados abordaremos brevemente las funciones que cumple la negociación colectiva, para destacar los principales innovaciones que vienen ocurriendo a cada una de ellas.

a) Función protectora o estatutaria

Tradicionalmente, la negociación colectiva ha sido entendida como el instrumento dirigido a fijar de manera concertada las condiciones de trabajo, con el propósito de sustituir el establecimiento de aquellas por parte del empleador y de forma unilateral. Precisamente, en el traslado de la fijación de las condiciones laborales al plano colectivo, es en donde radica el equilibrio de esta institución (Sanguinetti Raymond, 2013, págs. 260-261).

En ese marco, y como ya veníamos apuntando, los contenidos clásicos de la convención colectiva estaban referidos a la jornada de trabajo y remuneraciones. Sin embargo, “(...) la realidad actual pone de manifiesto que la empresa no es solo una realidad económica, sino una auténtica estructura de gobierno de una pluralidad de intereses” (Moreno Vida, 2011, pág. 327). En efecto, dentro del centro de labores, el trabajador no pierde su condición de persona y ser humano, embestido de las garantías y derechos que la Constitución y los Tratados le reconocen ya no solo como trabajador, sino además, como persona.

De ahí que, además de los contenidos clásicos de esta función, en la actualidad también se pone énfasis en la negociación “(...) para promover nuevas garantías para los derechos del trabajador como persona y como ciudadano, que ha enriquecido los contenidos de los convenios colectivos” (Moreno Vida, 2011, pág. 328). En esta línea, es posible visualizar una amplia gama de nuevos contenidos de la negociación colectiva, ya no referidos únicamente a las tradicionales condiciones de trabajo.

Así, entre los nuevos contenidos de la negociación colectiva, es posible visualizar —entre otros— los siguientes:

- La protección de los derechos fundamentales.- La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, hace exigible y realizable dentro del centro de trabajo, a los derechos que los trabajadores tienen en tanto personas, que han recibido por parte de la doctrina la denominación de “derechos laborales inespecíficos”, precisamente, por no formar parte del elenco de garantías laborales que se tienen, por ser trabajador.

La dificultad de su eficacia radica en que su ejercicio al interior del centro de labores colisiona la generalidad de las veces, con los derechos fundamentales que se le reconocen al empleador. Vista dicha problemática, el convenio colectivo aparece como una plataforma idónea para que las partes convengan los criterios y requisitos para articular el ejercicio de tales derechos, dentro del centro de trabajo, en atención a las necesidades que le sean propias, y de acuerdo a las particularidades que les corresponda.

- La Productividad.- Dijimos en otro Congreso que “No olvidemos que la actual Ley de Productividad y Competitividad Laboral vincula la negociación colectiva con el tema de la productividad, al punto que trae su reconocimiento expreso como materia de regulación convencional, norma que si bien acoge una permanente preocupación empresarial todavía no ha tenido correspondencia de los trabajadores. Entre los desafíos de mediano y corto plazo, en un artículo sobre desafíos de la política de empleo, Chacaltana enfatiza que en la productividad del trabajo está la clave del problema, pues es la fuente básica de las mejoras en los salarios reales y de los niveles de vida de los trabajadores. A nivel de empresa, el tema de la productividad pasa a ser un elemento pasible de negociación colectiva, cuya función protagónica en el trabajo debe ser redimensionada y revalorizada, conducente a encimar los actuales desafíos”. (Zavala Costa, 2008, pág. 382).

- Seguridad y salud en el trabajo.- Como indica Rosembaum Rímolo “(...) como consecuencia de (...) una creciente toma de conciencia frente a factores ambientales y vinculados con la salud y el resguardo de la vida de las personas, los actores sociales introducen con mayor frecuencia y extensión nuevos contenidos referidos a la seguridad e higiene en el trabajo” (2001, pág. 125).

En nuestro país, la normativa que regula la seguridad y salud ocupacional es relativamente nueva. Así, la Ley N° 29783 – Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, data de julio del año 2011; mientras que su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 005-2012-TR, es de abril del año 2012. Desde ese entonces y hasta la actualidad, se han venido publicando diversos dispositivos en esta materia, no obstante lo cual aún persisten ciertas imprecisiones y ambigüedades en su aplicación.

Frente a un panorama incierto, incorporar en un convenio colectivo determinados aspectos referidos a los niveles de protección en estas materias, no solo permite a las organizaciones sindicales tener participación en la organización de los sistemas de seguridad en la empresa, sino que, además, refuerza y legitima los estándares implementados.

- Formación profesional.- Sobre el particular, se sostiene que esta materia recién viene adquiriendo cierta presencia en la negociación colectiva “(...) debido al rol que se le asigna a la misma con relación al empleo frente a las cambiantes necesidades de capacitación y recalificación de los conocimientos, habilidades y oficios de los trabajadores en una era que enfrenta una revolución tecnológica continua” (Rosembaum Rimolo, 2001, pág. 125).

En la experiencia nacional, es posible observar un incremento en el otorgamiento de asignaciones por educación, becas y préstamos para formación profesional a los trabajadores (y o sus hijos), a través de su concertación en negociación colectiva.

- Eliminación de toda forma de discriminación.- La negociación colectiva parece ser también un medio idóneo para abordar una lucha conjunta en la organización sindical y la empresa, a efectos de erradicar cualquier forma de discriminación en la empresa y adoptar acciones positivas que permitan la igualdad de competencia al interior de la empresa.

En nuestro medio, estos aspectos aún son novedosos, y no es lo usual encontrar en los convenios colectivos cláusulas orientadas a combatir la discriminación por razón de sexo, condición de salud, credo, entre otros. Sin embargo, creemos que esta tendencia puede revertirse. En estos últimos años se ha venido implementando las obligaciones en materia laboral respecto de la persona con discapacidad, reguladas en la Ley N° 29973.

Entre las obligaciones contempladas en dicho dispositivo, se encuentra la de incorporar ajustes razonables a los puestos de trabajo, a efectos de que el trabajador con discapacidad pueda laborar en igualdad de condiciones que el resto de sus compañeros. Tales ajustes comprenden la adaptación de las herramientas de trabajo, las maquinarias y el entorno de trabajo, así como la introducción de ajustes en la organización del trabajo y los horarios, en función de las necesidades del trabajador con discapacidad, todos aspectos que perfectamente podrían materializarse a través de la concertación entre los titulares del conflicto.

b) Función de mercado (función económica de producción) de la negociación colectiva

También llamada función de compraventa, ésta se refiere a la negociación colectiva como el instrumento para fijar las condiciones dentro de las cuales se desarrolla la compraventa de la fuerza de trabajo (Sanguineti Raymond, 2013, pág. 262).

Al respecto, Moreno Vida subraya que conciliar la función protectora antes abordada y ésta, no ha sido nunca tarea fácil. Así, vistas las nuevas tendencias del derecho del trabajo “(...) hoy se trata de conciliar ambas funciones bajo el predominio inequívoca de la función económica, dirigida ahora a adaptar la regulación jurídica de las relaciones laborales a las exigencias de flexibilidad necesarias para la competitividad de las empresas” (2011, pág. 344).

En este sentido, la negociación colectiva se instaure como un instrumento de la gestión de la empresa flexible y participativa. Los temas que se suelen abordar son salarios, jornada de trabajo, estructura profesional y organización del trabajo, entre otros. Por ejemplo, en materia salarial, el reconocimiento de esta necesidad de flexibilidad, ha llevado a incorporar en los convenios colectivos “(...) incentivos por rendimiento y desempeño, ahorro de materiales, aprovechamiento de materia prima, captación de clientes y estímulos por eficiencia y calidad” (Rosembaum Rimolo, 2001, pág. 116).

c) Función política de la negociación colectiva

Trasladar la fijación de las condiciones de trabajo al ámbito de las relaciones colectivas, permite que la negociación colectiva opere de manera simultánea como un mecanismo de autogobierno de las relaciones de trabajo (Sanguineti Raymond, 2013, pág. 261). En la misma línea opina Moreno Vida, quien señala que “la autonomía colectiva ha cumplido históricamente una función esencialmente política en sentido amplio, ya que la negociación entre los grupos socio económicos se encamina al gobierno de las relaciones laborales en combinación con el Estado democrático y pluralista, y a la mejora de la posición de la clase trabajadora, a través del reconocimiento de los nuevos derechos sociales” (2011, pág. 349).

Sin embargo, en la actualidad se ha potenciado sustancialmente la función de gobierno colectivo de la empresa. En esta línea, resulta cada vez más usual que los convenios colectivos se enrumben a regular la política de empresa, “(...) teniendo por objeto la predeterminación negocial de ciertas decisiones empresariales, o el establecimiento de mecanismos de procedimentalización, o de decisión conjunta en la toma de determinadas decisiones relativas al funcionamiento de la empresa y, muy señaladamente, a la gestión de los recursos humanos en la organización productiva” (Moreno Vida, 2011, págs. 349-350)³.

Al respecto, Valdés Dal-Ré, con suma lucidez, afirma lo siguiente:

³ Manifestaciones de lo señalado serían: (i) la contemplación en el convenio colectivo de los procedimientos y canales que el empleador deberá observar para ejercer las facultades que la legislación le reconoce (disciplinarias, modificación de jornadas, turnos y horarios de trabajo, entre otros); (ii) intensificación de derechos de información, consulta y participación; entre otros aspectos. Si bien en el contexto peruano aún no se aprecian estas evidencias, creemos que se trata de un importante espacio, aún pendiente por explorar y aprovechar.

“En lo que ahora interesa reparar es que, en los nuevos escenarios (...) se ha venido a adicionar una tercera: la función de gestión. Tal función trae causa en el “descubrimiento” por parte de los empresarios de la aptitud de la negociación colectiva para actuar como instrumento de gestión flexible tanto del trabajador como, sobre todo, de la organización del trabajo. Lo que late en la aparición y consolidación de esta nueva función es la noción de empresa flexible, sujeta a constantes movimientos de adaptación frente a los cambiantes requerimientos del mercado.” (2012, pág. 148)

Cabe notar que, precisamente por el incremento de las cláusulas de cogobierno en el centro de labores, es que se sostiene que las prácticas contemporáneas se vienen inclinando por el abandono de la función normativa (destinada a la regulación de condiciones de trabajo del personal), con el objeto de *“(...) asumir un papel extra o paranormativo que lo convierte en instrumento de co-gobierno de las relaciones industriales y la gestión de la empresa”* (Rosembaum Rimolo, 2001, pág. 115).

c) Función pacificadora

Tradicionalmente el convenio colectivo ha permitido reconducir el conflicto inherente a las relaciones laborales, sustentado en la desigual posición de las partes que lo componen. Sin embargo, en la actualidad se viene observando en experiencias comparadas que *“(...) a esa función tradicional de pacificación del conflicto se une el intento de establecer sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos de trabajo y fórmulas elusivas de la huelga, en un intento de superar el esquema de manifestación del conflicto como conflicto permanente”* (Moreno Vida, 2011, pág. 350).

Nuevamente, creemos que se trata de alternativas interesantes aún pendientes por investigar en nuestra realidad, que permitirían lograr mecanismos para preservar la armonía y paz laboral, con la legitimidad que le da el hecho de haber sido negociados por los propios titulares del conflicto económico, de intereses o de revisión.

III. PRIMER NUEVO ESPACIO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: LA FLEXIBILIDAD LABORAL NEGOCIADA

Terreno no explorado en el Perú, es el de la flexibilidad acordada o pactada por negociación y reconocidas por la legislación laboral favoreciendo de paso al desarrollo de la sindicalización. Como hemos venido señalando, los nuevos paradigmas de la negociación colectiva exigen que el acuerdo colectivo se convierta en un instrumento de auto-organización flexible de la empresa. Esto permitirá adaptarla rápidamente a las variaciones económicas, sociales y/o coyunturales del mercado, propias de la globalización dentro de la cual se enmarcan las nuevas relaciones de trabajo. Solo de esta manera, se dotará a la empresa de una posición competitiva dentro del mercado contemporáneo.

La Comisión de las Comunidades Europeas, al tratar sobre los requerimientos para el crecimiento y el empleo destaca la necesidad de promover la flexibilidad y la seguridad en el empleo, a la par de reducir la segmentación del mercado de trabajo (2006, pág. 4). Así, se resalta el papel fundamental que el diálogo social juega en las relaciones de trabajo, desde que: (i) de un lado, busca crear soluciones colectivas que permitan a los trabajadores integrarse al centro de trabajo, en las distintas situaciones laborales; y (ii) del otro, brinda a las empresas la posibilidad de “(...) *responder de forma más flexible a las necesidades de la economía basada en la innovación y a los cambios en materia de competitividad por las reconversiones*” (2006, pág. 4).

Como anota mi distinguido amigo el profesor Morgado Valenzuela, la flexibilidad no es un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar ciertos objetivos, como lo es la adaptación que le permitirá acomodarse a nuevas necesidades que nazcan de los cambios que afectan al derecho del trabajo. Así, dice, es “(...) *un medio que no sólo debe considerar los cambios ya ocurridos, estimándoles como definitivos, sino que debe prever el cambio de los cambios en una dinámica de permanecer evolución. No debe fundamentarse en una concepción estática*” (Morgado Valenzuela, 2000, pág. 7).

En este sentido, debe tenerse en cuenta que la reorganización de la empresa flexible puede realizarse incrementando la inclusión y participación de los agentes sociales en la dinámica de funcionamiento de la organización productiva y en las decisiones sobre la organización del centro productivo. Dentro de este marco, la naturaleza de instrumento flexible de la negociación colectiva, la convierte en un “(...) *cauce adecuado para proceder a normalizar los ajustes precisos, minimizando los conflictos sociales, y reduciendo los efectos negativos tanto desde el punto de vista social como en el estrictamente económico*” (Moreno Vida, 2011, pág. 304).

Dicho ello, conviene precisar que para alcanzar un régimen flexible se requiere de una doble técnica que, por un lado, implica desregular a través de la supresión de las tradicionales normas de orden público; pero que, de otro lado, demandan recurrir al mecanismo del reenvío, en virtud del cual, se le asigne a la negociación colectiva, la tarea de fuente reguladora autónoma (Moreno Vida, 2011, pág. 324).

Sin embargo, en sistemas como el nuestro, creemos que a lo señalado debería agregarse que, en defecto de la negociación colectiva, el Estado imponga garantías y derechos mínimos, que sean de aplicación a falta de la existencia de una convención colectiva. Precisamente, en este punto coincidimos con Morgado Valenzuela cuando acota que “*la tarea flexibilizadora (...) es una adaptación de la protección y no la supresión de ella. Su desafío es compatibilizar las demandas propias de la protección y las de los cambios. En esa perspectiva, el derecho del Trabajo es la regulación de la protección flexible. No es el derecho de la derogación ni de la supresión o derogación de la protección*” (2000, pág. 8).

Es, a este nivel, donde se encuentran las principales dificultades de nuestro ordenamiento jurídico pues, pocas son las delegaciones que la legislación nacional realiza a la negociación colectiva, en lo que compete a la regulación de condiciones de trabajo u otros aspectos referidos a las relaciones laborales. Así, en la legisla-

ción peruana suelen encontrarse únicamente ámbitos en los cuales no existe regla alguna y, en consecuencia, el convenio colectivo tiene libertad plena o espacios en los cuales, la ley nacional lo norma en su integridad, sin remisión ni cabida de una solución distinta (ya sea favorable o desfavorable) mediante convenio colectivo.

En segundo lugar, lograr la flexibilidad a través de la negociación colectiva, supone contar con organizaciones sindicales debidamente informadas. Como remarca Rosembaum Rimolo, con especial precisión, *“la mayor democratización de las relaciones laborales y la difusión del convenio colectivo como vía alternativa frente al fenómeno de los cambios y la flexibilidad, comienza a estimular (...) la necesidad de compartir la información, participar a los trabajadores y sus organizaciones a través de la consulta, generar ámbitos para la prevención y solución de contiendas y administrar recursos y beneficios escasos”* (Rosembaum Rimolo, 2001, pág. 125).

En suma, la convención colectiva es el medio idóneo para dotar de flexibilidad a la organización empresarial. Pero para ello, se requiere contar con un ordenamiento jurídico apropiado, que delegue la función reguladora en el convenio colectivo, pero asegurando al mismo tiempo, un mínimo de derechos y garantías. Por último, de manera conjunta, deben reforzarse los mecanismos de información y consulta de los trabajadores, pues solo de esa manera, será posible que participen en igualdad de condiciones en la negociación con el empleador.

Repárese en que las materias que pueden negociarse como parte de la flexibilización laboral en el centro de labores son de lo más amplias. Recordemos que, al referirnos a la flexibilidad, ésta puede ser tanto respecto de la entrada (acceso al empleo), ejecución del contrato de trabajo (mientras la relación se encuentra vigente) y al término de la relación de trabajo (causales de extinción del contrato de trabajo). Los acuerdos de flexibilidad negociada pueden hallarse en cualquiera de tales instancias.

IV. SEGUNDO NUEVO ESPACIO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: EL CONTRAPLIEGO EMPRESARIAL

En el contexto de lo que se viene detallando, cobra especial importancia la figura del contra pliego empresarial, el cual consiste es la facultad con la que cuenta el empleador para proponer cláusulas nuevas, modificatorias, derogatorias o sustitutorias de convenios colectivos anteriores (facultad que se encuentra normativamente reconocida en el artículo 57 del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo). De esta manera, mediante esta potestad, el empleador puede introducir nuevos temas de negociación, así como, denunciar aquellas convenciones colectivas obsoletas, mediante la propuesta de cláusulas que reformen previsiones anteriores.

Se trata, sin ninguna duda, de una valiosa herramienta que dinamiza y repotencia el empleo de la negociación colectiva para que el empleador y los trabajadores puedan prevenir y componer sus conflictos a través de ella; y a su vez, permite dotar a las relaciones laborales de la flexibilización necesaria para adecuar

los requerimientos del empleador y de los trabajadores a los nuevos sistemas productivos.

Sin embargo, nuestra experiencia demuestra que la introducción de estas contrapropuestas durante la negociación colectiva suscita rechazo de parte de las organizaciones sindicales, al no estar habituadas a ellas y considerar que existe un monopolio propositivo. Ello, como es previsible, genera una tensión inicial que puede ser superada no solamente con el recurso a la norma legal vigente, sino mediante mecanismos de concertación.

4.1. Contenido del contrapliego empresarial y su efectividad

El contenido del contra pliego empresarial puede referirse, entre otros, a los mismos aspectos que el convenio colectivo puede abarcar. Al respecto, el artículo 41° del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo indica que *“la convención colectiva es el acuerdo destinado a regular las remuneraciones, las condiciones de trabajo y productividad y demás, concernientes a las relaciones entre trabajadores y empleadores (...)”*.

Con relación al contenido del convenio colectivo, aceptando la óptica amplia respecto del contenido del convenio colectivo, resulta razonable también aceptar que el contrapliego de reclamos del empleador puede recaer en cualquiera de las materias antes indicadas o cualquier otra de su interés, aun cuando no hubieran sido incluidas en el pliego petitorio.

Precisamente, la amplitud de las materias sobre las que puede recaer, lo convierte en un valioso instrumento capaz de dotar a la negociación colectiva de la flexibilidad necesaria para adecuar las necesidades empresariales y de los trabajadores, a los nuevos paradigmas productivos que se vienen gestando.

La presentación del contrapliego obliga al sindicato a aceptar su discusión y negociar todos los puntos propuestos. En el mismo sentido opina el Magistrado Supremo Javier Arévalo, al señalar que el artículo 57° del TUO de la LRCT *“permite que la parte patronal proponga cláusulas nuevas o sustitutorias de las convenciones anteriores, debiendo la representación sindical aceptar su discusión, pudiendo incluso llegar a ser materia de pronunciamiento arbitral”* (2005, pág. 141).

Sostener lo contrario, implicaría restar completa eficacia al derecho del empleador de presentar sus contrapropuestas, así como una contravención a su reconocimiento normativo. De ahí que, así como el empleador no puede negarse a recibir el pliego de reclamos, salvo causa legal o convencional objetivamente demostrable⁴, la organización sindical tampoco podría hacerlo, a menos que aquél incurra en las mismas excepciones (causa legal o convencional). Es decir, una vez

⁴ Al respecto, el artículo 54° de la LRCT, señala que *“Es obligatoria la recepción del pliego, salvo causa legal o convencional objetivamente demostrable”*.

presentado el contrapliego, las partes están obligadas a negociar ambas propuestas, sin ser posible – para ninguna de las partes – negarse a ello.

4.2. Especial importancia del contrapliego

Conforme venimos explicando, la negociación colectiva es un valioso instrumento para dotar a las relaciones laborales de la flexibilidad necesaria para adecuarse a los nuevos sistemas productivos, en la medida que, a través de ella, se pueden introducir contenidos amplios que no se limiten únicamente a salarios, remuneraciones y condiciones de trabajo.

En este contexto, el contra pliego empresarial juega un importante papel como instrumento que permite introducir en la mesa de debate y negociación, aspectos que permitan al empleador la gestión del personal, en concordancia con sus necesidades de producción o comerciales. Evidentemente, introducir estos temas a la negociación no supone que, en todos los casos, aquéllos serán parte del convenio colectivo final (pues podrían ser rechazados por la organización sindical), pero de serlo, no sólo se obtendrán valiosos instrumentos de autorregulación laboral, sino que al tener por fuente el convenio colectivo, la decisión adoptada contará con el respaldo y aprobación sindical necesarios para su ejecución.

Así pues, la presentación de un contra pliego empresarial puede tener los siguientes objetivos:

- Plantear nuevas cláusulas de índole normativa, obligacional y/o delimitadora, referidas a temas de interés prioritario para el empleador, como aquellas relacionadas a capacitación, formación y productividad, seguridad y salud en el trabajo.
- Sustituir cláusulas existentes, que podrían encontrarse ya desactualizadas o no beneficiar a un número representativo de trabajadores.
- Modificar cláusulas vigentes.
- Servir como estrategia de negociación y contrapeso frente a las pretensiones sindicales.
- Formar parte de la base de la propuesta final que debe presentarse en forma de proyecto de convención colectiva, en caso de un proceso arbitral.

V. TERCER NUEVO ESPACIO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: LA REGULACIÓN CONVENCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECÍFICOS

En este apartado, procuraremos atender al novedoso contenido de los convenios colectivos que enfocan su interés en los derechos fundamentales relevantes para la relación laboral, pero cuya titularidad corresponde a los trabajadores en tanto ciudadanos. No obstante, el enfoque no solo se limitará a los derechos reconocidos a esta parte de la relación laboral; sino que, también, a los derechos

fundamentales que se reconocen por el lado empresarial y que, como no, también pueden ser objeto de regulación convencional⁵.

Ya en un foro distinto señalamos que a nuestro parecer el escaso espacio que doctrinariamente se ha cedido al desarrollo de los derechos fundamentales en el trabajo que atañen a la persona del empresario. Dentro del abanico de derechos que les asiste, el empresario puede inclusive ser lesionado en sus derechos al honor, imagen o buena reputación, puesto que los empresarios (personas jurídicas) son, qué duda cabe, también ciudadanos con derechos (Zavala Costa, 2015). Por ello la regulación convencional puede perfectamente prevenir esas situaciones y ayudar a la mejora de la gestión empresarial a la vez.

Desde luego, esta es una propuesta innovadora y que plantea una línea de desarrollo del fomento de la negociación colectiva que ofrece ventajas para ambas partes. Tradicionalmente, solemos prestar atención al mayor desarrollo de otros sistemas de relaciones colectivas de trabajo en función de criterios como la tasa de afiliados, la cantidad de pliegos resueltos por vía autónoma, entre otros factores de análisis. Sin embargo, hoy el contenido de los convenios colectivos también puede ser un indicador del nivel de evolución de un sistema democrático de relaciones laborales, como ya ocurre en ordenamientos que tienen a la negociación colectiva como fuente central de la regulación laboral.

Así, en otras latitudes se ha destacado que la negociación colectiva ha dejado de ser solamente el instrumento de reivindicación de mayores cotas de beneficios para desplazarse hacia un procedimiento de fijación de posiciones dirigidas a la consecución de intereses contrapuestos, para ir asumiendo cada vez mayor protagonismo como una verdadera *negociación colectiva de gestión* (Escribano Gutiérrez, 2005, pág. 28).

Con ello, el fomento de la negociación colectiva, entendida en esta línea de pensamiento, puede bien llevarse a cabo mediante una técnica perfectamente compatible con la legislación tutelar: una *negociación colectiva inducida* (Pasco Cosmópolis, 2005, pág. 12), que a diferencia de la espontánea (que surge a instancia de los sujetos colectivos de trabajo), pueda remitir al empleador y al sindicato la regulación específicamente aplicada a la realidad empresarial, que casi siempre escapa a la vista del legislador.

⁵ El tema es relevante pues tiene que ver con la eficacia de los derechos de las partes dentro de la empresa y ha sido destacado por el profesor (Blancas Bustamante, 2011) cuando afirma que, al igual que los trabajadores, “[...] también el empleador es titular de derechos fundamentales y que, en particular, al ejercer su poder de dirección, está actualizando su derecho a la libertad de empresa, amén de otros derechos concurrentes, tales como el derecho de propiedad y a la libertad de contratación”. En la misma línea, el citado autor (SAGARDOY BENGOCHEA, 2005, P. 12), enseña que los derechos fundamentales inespecíficos reconocidos a los trabajadores “[...] son igualmente predicables de la otra parte o sujeto del contrato de trabajo: el empleador [...]”.

En el caso de España (Sempere Navarro, 2011, págs. 30-31), por ejemplo, la doctrina ha identificado cuatro tipos de cláusulas para la regulación de los derechos inespecíficos por la vía de la negociación colectiva:

- *Cláusulas programáticas*: son aquellas que únicamente se limitan a recoger expresamente la necesidad de respetar cierto derecho fundamental inespecífico.

Entendemos que el valor de estas, radica en hacer patente el cumplimiento de determinado estándar de conducta que mutuamente los actores sociales desean destacar, lo que ocurriría por ejemplo en los casos donde se establezca que la selección del personal a ser capacitado por mandato de una cláusula normativa arreglada se realizará “*sin incurrir en una discriminación*”. En rigor, no se realiza una regulación de desarrollo del mandato de discriminación, aunque se expresa como una señal de cumplimiento mutuamente declarado que la determinación de los beneficiarios de la capacitación se hará sobre bases objetivas y sin la ocurrencia de alguna postergación por algún motivo prohibido por la Constitución.

- *Cláusulas restrictivas*: son aquellas que limitan el alcance de la protección de ciertos derechos inespecíficos, bajo la premisa de que se legitiman en beneficiar a otro derecho fundamental igualmente reconocido por la Constitución. En pocas palabras, suponen un ejercicio de ponderación de derechos fundamentales.

Ejemplos de este tipo de cláusulas los encontramos en aquellas por las que se autoriza a la implantación de determinados mecanismos de supervisión especial para determinados procesos o áreas (piénsese en los controles toxicológicos para el acceso a zonas de producción), los que ciertamente pueden suponer una interferencia al derecho de intimidad de los trabajadores, en beneficio de las facultades fiscalizadoras que se desprenden de la libertad de organización y la libertad de empresa y siempre dentro de los parámetros de lo razonable.

- *Cláusulas extensivas*: son aquellas que amplían la cobertura de los derechos fundamentales inespecíficos, mejorando el estándar previsto en las normas estatales. Así, el ejemplo sería el del acuerdo colectivo de una cuota de personas con discapacidad equivalente al 5% en la empresa, lo que elevaría en 2 puntos porcentuales a lo exigido por la Ley General de la Persona con Discapacidad (Ley 29973).
- *Cláusulas de concreción o modalización*: son aquellas que aclaran condiciones para el ejercicio de los derechos fundamentales por los trabajadores, siendo adaptadas al ámbito laboral en concreto. Es decir, se trata de normas que, en el sentido más exacto del término, tienen una relación de complementariedad con las heterónomas que se aplican en forma general. Este tipo de cláusulas son las que, dentro del planteamiento que proponemos aquí, pueden tener un nivel de detalle reglamentario que

actualmente estaría siendo sustituido por un caudal legislativo abundante que, en los hechos, resta espacio al contenido de posibles convenios colectivos de trabajo.

Este enfoque, que busca situar a los derechos fundamentales inespecíficos dentro del objeto de la negociación colectiva, apuesta por cambiar el excesivo patrimonialismo existente dentro de la práctica de las relaciones sindicales. Así, sin negar la centralidad de las reivindicaciones salariales, busca llamar la atención sobre contenidos importantísimos que la actual negociación colectiva en el Perú no viene atendiendo, por una responsabilidad compartida entre el Estado (excesivamente reglamentarista) y los sujetos colectivos (quienes lejos de buscar arribar a regulaciones adecuadas sobre aspectos relevantes de las relaciones de trabajo, muchas veces aguardan que el Estado determine todas las condiciones normativas sobre aspectos que bien podrían ser abordados desde la autonomía colectiva).

En este contexto, nuestra intención es subrayar que existen ciertas materias que, al ser abordadas con carácter general por el legislador, vienen resultando inadecuadas para la realidad de muchas empresas. En este contexto, quién mejor que los propios sujetos colectivos para establecer regulaciones más precisas sobre aspectos tan específicos como —por ejemplo— los implementos mínimos con los que debe contar un servicio de lactario, qué puestos de trabajo son susceptibles de ser ocupados por personas con discapacidad u otros aspectos que hacen ver que la intervención sobre relaciones laborales, planificada desde un estándar general estatal, pasa por alto las diferencias existentes en los diversos contextos productivos del mercado laboral.

Veamos los ejemplos citados. La Ley 29896, “*Ley que establece la implementación de lactarios en las instituciones del sector público y del sector privado promoviendo la lactancia materna*” estableció nuevas obligaciones para los empleadores. Con el loable fin de permitir que las madres trabajadoras (uno de los sujetos especialmente protegidos por la Constitución peruana) cuenten con medios de hecho que les permitan conciliar sus responsabilidades laborales con las maternas, obliga a que las empresas que, en un centro de trabajo, reúnan a veinte o más trabajadoras entre 15 y 49 años de edad (“edad fértil”) dispongan de un servicio para la extracción y conservación de la leche materna.

Adviértase que, por la naturaleza de esta obligación, surge en un ámbito subjetivo en el que el número de personal femenino bastaría para cumplir con el mínimo legal para conformar un sindicato. No obstante, tanto la Ley como su Reglamento (aprobado por el Decreto Supremo 1-2016-MIMP) prescinden de la autonomía colectiva como una posible fuente para la regulación de este beneficio material, situándose por encima de las diferencias atendibles entre las empresas para regular no solamente el equipamiento mínimo y el plazo máximo para la implementación de los lactarios, sino también otros detalles que más bien corresponden a una determinación específica, que considere adecuadamente cada realidad en particular.

Como todo producto humano, el Reglamento de la Ley de Lactarios es perfecto. El problema es que su modificación requeriría un despliegue administrativo

y político que debería procurar hacer más razonable su contenido para los distintos espacios de trabajo. Mientras tanto, las empresas que logran adecuarse a esta obligación vienen comunicando la implementación de sus respectivos servicios de lactario, en tanto que muchas otras, temerosas de la aplicación inflexible de las normas, a pesar de contar con tal área totalmente equipada y en uso, se ven desalentadas de informarlo a la autoridad por temor a una sanción administrativa, que puede imponerse ya sea por no contar con un lactario así como por tenerlo perfectamente implementado, pero no contar—por ejemplo— con el metraje mínimo impuesto reglamentariamente.

Problemas similares tienen las normas sobre implementación de la cuota de personas con discapacidad en las empresas. Se trata de una acción afirmativa que, a su vez, será desarrollada en una de las mesas de debate en sesión paralela de este Congreso Nacional, motivo por el cual no nos explayaremos sobre su contenido. Sin embargo, llama la atención que el legislador haya establecido una cuota de 3% general para empresas con un promedio de trabajadores anual superior al de 50 colaboradores. Esta cuota del sector privado, sumada a la del sector público (5%), aritméticamente suponen un imposible fáctico, ya que el número de trabajadores que existe dentro de ese grupo poblacional (personal con discapacidad) es insuficiente para que las normas de cuotas se vean satisfechas.

Se entiende, entonces, que las empresas están obligadas a realizar las acciones conducentes a contratar a las personas con discapacidad, cuando se cumplen una serie de condiciones, entre ellas, que la condición física o intelectual que determine la discapacidad no afecte la posibilidad de que el trabajador cumpla con las funciones del contrato de trabajo. Muy curiosamente, esta “excepción” ha sido regulada como un argumento que los empleadores pueden esgrimir en el procedimiento administrativo sancionador que se activa *por incumplir la cuota de personas con discapacidad en la empresa*, para así “justificar” su situación de incumplimiento en la persistencia de riesgos ocupacionales, a pesar de las medidas de prevención y ajustes razonables que pudieran adoptarse.

Lo anterior refuerza nuestro planteamiento: la invasión de lo específico por las normas generales no puede darse de forma sorda, sin atender a la posibilidad de que, mediante la autonomía colectiva, se regulen aspectos tan sensibles como los descritos. ¿Por qué, por ejemplo, no se previó que, mediante convenios colectivos, en el caso de las empresas que cuenten con sindicatos, se fije la cuota adecuada a cada empresa? Lo cierto es que se ha regulado esta obligación como si el Estado contase con un aparato inspectivo que esté en condiciones materiales de indagar en todos los rincones del país el cumplimiento de la referida cuota (cuando en realidad lo que puede que ocurra es que, como sucede siempre, la fiscalización se concentre en unas pocas empresas).

Nuevamente se ha perdido la ocasión de impulsar que, en la negociación colectiva, se aborden temas de interés para el sindicato y la empresa: ambos sujetos colectivos tienen una responsabilidad ante la inclusión de personas con discapacidad y la fijación de la cuota por parte de ellos mismos podría haber establecido

un marco normativo más coherente que el actual, en el que la aplicación estándar del 3% como obligación uniforme, resulta de difícil concreción por la realidad de los diversos sectores económicos.

La consecuencia de lo indicado, es que tenemos, al día de hoy, un mercado de trabajo en el que una empresa del ámbito de la minería (en la que los trabajadores requieren validaciones médicas para el ingreso a mina, por estar expuestos a muchos riesgos ocupacionales) y una universidad privada podrían —formalmente— verse igualmente obligadas a cumplir exactamente la misma cuota de trabajadores con discapacidad. La gran diferencia radicará en que, mientras que la segunda de las empresas probablemente supere largamente el porcentaje exigido, la empresa minera se desgaste en justificar, permanentemente y ante fiscalizaciones sucesivas, que cada puesto de trabajo a ser convocado puede estar expuesto a riesgos ocupacionales.

Estos son claros ejemplos en los que el reglamentarismo estatal, atendiendo a fines constitucionalmente válidos (como la protección de la salud en la maternidad y el derecho al trabajo de las personas con discapacidad) termina por excluir la posible regulación que la autonomía colectiva puede efectuar para asegurar su cumplimiento en condiciones adecuadas a cada sector productivo o empresa. Ese resultado es, desde nuestro punto de vista, de dudosa constitucionalidad a la luz del deber de fomento a la negociación colectiva.

Lo cierto es que nada impide que por convenio colectivo se desarrollen aspectos complementarios o que se mejoren las condiciones en que estas obligaciones laborales están formuladas; sin embargo, consideramos que el legislador ha perdido una valiosa oportunidad de cumplir con el fomento de la negociación colectiva, sea en el nivel de empresa (allí donde existiera un sindicato conformado en el ámbito de empresa) o en niveles superiores, a fin de desarrollar condiciones generales que atiendan a características de las empresas de un sector productivo (lo que hubiera podido ameritar el desarrollo de condiciones específicas en la negociación colectiva del ámbito de la *rama de actividad*).

A continuación, nos interesa explorar la dinámica de tres derechos inespecíficos laborales en la negociación colectiva, entendiéndola ya como proceso de formación de normas privadas, a fin de determinar los horizontes de los contenidos novedosos para las relaciones colectivas peruanas.

La elección de estos tres derechos fundamentales, como casos de análisis, no ha sido casual. Se trata de derechos que, por diversos motivos, han cobrado relevancia en los últimos años, si no por pronunciamientos constitucionales o judiciales, por normativa heterónoma emitida o bien por encontrarse en el centro de discusiones actuales.

a) La protección de la intimidad de los trabajadores

Se trata de un derecho basal para el desarrollo de la personalidad en el contexto de las relaciones sociales y, en el caso particular de las relaciones de trabajo, se

acrecienta su importancia, dado que el empleador tiene el acceso a información sensible de sus trabajadores dentro de la propia dinámica laboral.

En la Constitución peruana podemos encontrar la consagración del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (artículo 2.7 de la Constitución). Se trata de un derecho que se vincula a la dignidad humana al configurarse en la vida privada que la relación laboral debe respetar y no rebajar o desconocer (artículo 23 de la Constitución).

El Tribunal Constitucional ha conceptualizado a este derecho como un “*espacio de libertad*” ajeno al conocimiento de terceros y del Estado —en el que puede ubicarse por antonomasia el respeto al secreto de las comunicaciones privadas— que puede ser titularizado por las personas naturales y las personas jurídicas.⁶

Por su parte, la misma jurisprudencia constitucional ha definido al derecho al secreto a la inviolabilidad de las comunicaciones de la siguiente manera: “toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones y documentos privados sean adecuadamente protegidos, así como a que las mismas y los instrumentos que las contienen, no puedan ser abiertas, incautadas, interceptadas o intervenidas sino mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley”.⁷

En algún pronunciamiento —conocido como el caso *Serpost*—⁸ el TC ha manifestado que la única forma de determinar el uso irregular del correo electrónico laboral es a través de una investigación autorizada previamente por el Juez. Luego, se ha reforzado la necesidad de intervenir sobre estos mecanismos si y solo si se tiene previamente la autorización judicial correspondiente, reconociéndose sobre el contenido de las comunicaciones efectuadas a través del correo electrónico la protección al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones.⁹

A partir de ese pronunciamiento, el TC ha reiterado en varias sentencias que la facultad de fiscalización que el empleador tiene solo puede ejercerse, respecto del correcto uso del correo electrónico, mediante una investigación de tipo judicial.¹⁰

Pese a que en años recientes se ha intentado legislar el ejercicio de las facultades fiscalizadoras sobre los correos electrónicos proporcionados por el empleador, esta intención no ha prosperado, quedando este importante tema en una esfera decisoria ajena a la de la relación de trabajo. En efecto, la autorización del Juez se entiende aún como obligatoria, a pesar de no estar claramente definida ni en términos de la vía procedimental aplicable ni en términos del plazo a ser aplicado.

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en los expedientes acumulados 0009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI/TC.

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 01058-2004-AA/TC.

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente 1058-2004-AA/TC, citado antes.

⁹ *Vid.* Sentencia recaída en los expedientes 03599-2010-PA/TC y 00114-2011-PA/TC.

¹⁰ Ver por todas: Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 04224-2009-PA/TC.

Esto, como resulta evidente, condena al ejercicio del poder de dirección impracticable, ya que la vía judicial es, de facto, inadecuada para determinar la posible existencia de un incumplimiento dentro de la relación laboral. Sin dudas, este es un punto problemático para la buena salud de las relaciones laborales, pues hoy en día todos los ámbitos de la economía utilizan al correo electrónico como herramienta clave para las comunicaciones internas y externas. Siendo este instrumento uno de carácter decisivo, su uso por parte del trabajador y el control empresarial puede estar sujeto a controversias, dada la tensión entre la privacidad y las facultades empleadoras ante la desregulación existente.

Luego, salta a la vista la posibilidad de introducir este debate en la dimensión de las relaciones colectivas de trabajo. En la *Casación Laboral N° 3939-2011-Tacna*, la Corte Suprema resolvió indicando que las políticas internas de un empleador no podían proscribir el uso sindical del correo electrónico institucional, pues ello suponía una afectación irrazonable del derecho de libertad sindical. En aquel caso se siguió un criterio expuesto por el Tribunal Constitucional español, en el que se hizo valer el *derecho a la comunicación sindical*, entendiéndose que el uso del correo electrónico para fines gremiales no debe afectar, en ninguna medida, el cumplimiento de sus fines empresariales (Blancas Bustamante, 2011).

De lo revisado, queda claro que las facultades de control del empleador respecto del uso que sus *trabajadores* hacen al correo electrónico asignado, se enfrenta a problemas significativos para la gestión: no existe ponderación posible entre el derecho a utilizar su poder de dirección para fiscalizar, pues dicho interés desaparece ante la premisa de que en todos los casos este control puede afectar el derecho a la intimidad y privacidad de las comunicaciones.

Frente a este resultado —que, como se ha dicho, descarta la muy deseable ponderación de derechos en juego— los sujetos colectivos pueden efectuar una regulación absolutamente pertinente para los intereses de ambas partes. A pesar de que la anomia existente parezca favorecer la posición de los trabajadores, lo cierto es que las normas heterónomas en este tema podrían apostar —en vez de reglamentar excesivamente las condiciones, excepciones y demás detalles correspondientes— por fomentar la negociación en este contenido.

Así, en este caso, los sujetos colectivos pueden bien emplear *cláusulas restrictivas* que faciliten la fiscalización del uso del correo electrónico bajo ciertas condiciones que garanticen al derecho de intimidad mediante procedimientos de comprobación selectiva, auditoría de los equipos informáticos y otros procedimientos que, por ejemplo, podrían admitir la participación del interesado. Asimismo, la necesidad de canalizar la acción sindical por correos electrónicos podría estar mejor desarrollada en una *cláusula de concreción*, que faculte a ello bajo requisitos razonables, tales como guardar cierto manual de estilo comunicacional o regular el número de comunicaciones por periodo, a fin de evitar la saturación del correo electrónico de trabajo.

b) El honor y la buena reputación del empleador

El citado artículo 2.7 de la Constitución enuncia el derecho que toda persona tiene al honor y la buena reputación, derechos civiles que están sujetos a una situación de riesgo dentro de las relaciones laborales por el conflicto inmanente; peligro que se hace inminente dentro del ámbito de las relaciones colectivas. Es que, sobre todo dentro de la negociación colectiva y la huelga, los reclamos de una y otra parte del conflicto suelen atizarse y pueden alcanzar niveles de agresión que suelen atribuirse a la exaltación propia del contexto en que se llevan a cabo las tratativas.

La doctrina identifica a los daños al honor bajo dos criterios: el contenido de las imputaciones y su gravedad, teniendo en cuenta la forma en que se realizan y la finalidad perseguida (Aguilera Izquierdo, 1997, págs. 191-192, citada por Pacheco Zerga, 2007, pág. 165). En la jurisprudencia constitucional peruana se conoce un caso en el que el TC validó el despido contra un dirigente sindical que había declarado (ante un medio de comunicación), dando a conocer la supuesta comisión de irregularidades de una empresa.¹¹ Debe destacarse que del contenido de la sentencia se advierte que el sindicalista despedido alegaba que en todo momento había procedido en ejercicio de su derecho de libertad de expresión y con el fin de preservar los intereses de los afiliados a la organización de trabajadores, lo que nos lleva a considerar al derecho a la buena reputación y al honor de las personas jurídicas como titulares de derechos fundamentales.

Actualmente no existe discusión en torno a aceptar que todo empleador tiene derecho a la buena imagen y reputación, y a que esto trae como consecuencia, que los trabajadores vean restringido su derecho a la libertad de expresión, como se advierte en el análisis de algunos pronunciamientos constitucionales y judiciales. Ciertamente, al constituirse la buena reputación, la fama u honra que terceros tienen de una persona, en un rasgo de prestigio, en el caso de una empresa o empresario este derecho adquiere especial importancia, pues el renombre tiene incidencia directa —en mayor o menor grado— en sus operaciones y relaciones comerciales.

En este contexto, las opiniones o declaraciones que se emiten a través de medios de comunicación como la radio, el periódico y la televisión, pueden calificar como injuria o “*faltamiento*” (sic.) de palabra cuando sean manifestaciones falsas, calumniosas o repercutan gravemente en la imagen de la empresa. Habría que incluir como parte de tales medios de comunicación, a la prensa, radio o televisión que se trasmite por internet. Sin embargo, hoy en día los medios de comunicación e información no se limitan a los indicados. En cambio, la proliferación de las redes sociales, como Facebook, Twitter o Instagram (que son en la actualidad —tal vez— las más empleadas), amplían el universo de vías de comunicación por las cuales puede afectarse el derecho a la buena reputación de los empleadores. El problema

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente 03884-2010-PA/TC.

de las redes sociales es que son al mismo tiempo portales de expresión personal pero que constituyen, también, expresiones de alcance público.

¿Esa exposición podría justificar que se considere a determinado comentario de un trabajador, publicado por Facebook o Twitter, como un acto de injuria o falta de palabra contra el empleador? ¿La configuración de la falta dependería del público al que se encuentra expuesto el autor de las declaraciones? ¿Puede un comentario manifestado por estas vías, realmente afectar la buena reputación de una empresa? Las preguntas formuladas no son irrelevantes. Hoy en día los medios aludidos y las publicaciones realizadas en ellos, han adquirido fuerza en la formación de la opinión pública, al punto que es difícil prever el impacto y los alcances que las publicaciones de sus titulares puedan llegar a tener.

La intensidad y el contenido de tales publicaciones sin duda pueden llegar a mellar la imagen de la empresa dentro del entorno del trabajador que la hubiese publicado. No obstante ello, consideramos que la única respuesta no puede ser considerar dicha conducta como una falta, pues dependerá de diversos factores: la forma en que el empleador tomó conocimiento de las publicaciones, su contenido, entre otras. Sin duda, se trata de un supuesto a ponderar en cada caso concreto, pues el conflicto que subyace no solo involucra el derecho a la buena reputación y a la libertad de expresión del trabajador, sino que también entra en juego el derecho a la intimidad de éste último.

En cualquier caso, y como hemos advertido ya en otra ocasión, las nuevas tecnologías y, dentro de ellas, las redes sociales, se constituyen en un nuevo medio que posibilita la afectación del derecho a la buena reputación. Siendo necesario el control de esas posibles trasgresiones, se hace patente la necesidad de establecer límites razonables, lo que incluso podría ser objeto de protección a través del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva (Zavala Costa, 2015).

La problemática antes presentada, nos permite vislumbrar al ejercicio de la libertad de expresión y la preservación de los derechos de honor y buen nombre como objetos de la regulación convencional. Así, mediante cláusulas declarativas, podría recordarse la vigencia de este importante derecho fundamental inespecífico en la empresa. Alternativamente, podrían desarrollarse cláusulas de tipo restrictivo respecto de la libertad de expresión en casos calificados e informados como de carácter reservado y, con una mayor finura reguladora, incluso podría hacerse uso de cláusulas de concreción para idear un procedimiento interno para que se canalicen malestares o denuncias a fin de que estas sean investigadas y atendidas oportunamente.

Por otro lado, es durante la negociación colectiva (al exteriorizarse el conflicto) cuando el honor, el buen nombre o la reputación pueden verse afectados. ¿Está legitimado un sindicato a difundir ante la opinión pública un audio captado dentro de las tratativas que tuvieron lugar entre las contrapartes en el que se oye decir al empleador afirmaciones que, de ninguna manera, se emitirían ante los medios de comunicación? ¿Puede el empleador basar un procedimiento disciplinario contra un miembro de la junta negociadora sindical por las afirmaciones hechas en las

redes sociales que, desde su punto de vista, atentan contra el honor de la compañía? Son estas situaciones cuya ocurrencia en el trascurso de la negociación colectiva no es infrecuente y que podrían tener una respuesta adecuada desde la regulación autónoma más que desde la revisión lejana y ajena de un órgano jurisdiccional.

Hoy en día la respuesta a preguntas como las planteadas podría darse desde la anomia regulatoria, que da paso a que un tercero aplique la técnica de la ponderación de los derechos en juego¹², lo que implica un tiempo considerable para la resolución del conflicto. Sin embargo, también podría preverse una respuesta adecuada desde la regulación por los propios sujetos interesados. Esta segunda opción permitiría que empleador y sindicato acuerden ciertas reglas mínimas de convivencia negociadora, una suerte de mínimo irreductible o código de conducta dentro de la negociación que ambos sujetos colectivos confeccionan y se obligan a respetar. Desde ese punto de vista, la posibilidad de ruptura de negociaciones en curso por este tipo de situaciones imprevistas se limitaría considerablemente, pudiendo preverse mecanismos adecuados para tratar cualquier posible infracción a la conducta respetuosa al honor, reputación y buen nombre de ambas partes en negociación.

c) La igualdad de género: un tema de impostergable reconocimiento en los pliegos y contrapliegos de negociación colectiva

La igualdad de género (un tema coyunturalmente presente en la sociedad civil) es, desde luego, un tema que debiera abarcar la preocupación de los sujetos colectivos, no solamente desde una genuina apertura a la regulación de mecanismos que aseguren la igualdad de trato para las personas que trabajan sin distinción de su género; sino también desde una perspectiva pragmática que da cuenta de situaciones de profunda discriminación que se encuentran muy asentadas en el mercado laboral peruano y que afectan a las mujeres que trabajan e inclusive a las mujeres en su reconocimiento en las dirigencias sindicales (universo eminentemente masculino).

De hecho, recientemente el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo —a través del economista George Gray— ha llamado la atención sobre el hecho de que en el Perú la brecha en la participación laboral de las mujeres respecto de los hombres es menor en 18 puntos porcentuales, lo que tendría una repercusión macroeconómica negativa (Desigualdad Peligrosa, 2016, pág. 20). Esto se agrava por el hecho de que la participación laboral femenina no se concentra necesariamente en los puestos de mayor retribución y que, dentro de nuestra sociedad, son las mujeres quienes asumen mayores responsabilidades familiares.

¹² Recientemente, la Sentencia de Casación N° 1003-2014-Lima, dictada por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha reiterado el énfasis en la protección de la voz (entre otros aspectos de la personalidad) que pudieran ser difundidos sin autorización a través de fotografías, videos o filmaciones.

Las empresas pueden adoptar, sin duda, medidas unilaterales tendentes a cerrar o reducir la brecha en materia de género. Existe una práctica responsable que viene registrándose en nuestro país, por la cual se están efectuando prácticas que vienen siendo reconocidas inclusive por certificadoras internacionales¹³. Sin embargo, son las organizaciones sindicales —las mismas que, mayoritariamente, están representadas por hombres— las llamadas a integrar dentro de sus respectivos pliegos y (por qué no) dentro de sus respectivas directivas, en forma representativa y adecuada, a las mujeres trabajadoras y a sus exigencias particulares en materias diversas.

Lo cierto es que el avance hacia la igualdad de género en las relaciones de trabajo sería muy lenta si fuera relegada a intervenciones tímidas estatales y a cláusulas declarativas en los convenios colectivos de trabajo. Un nivel de compromiso mayor de los sujetos colectivos respecto de este tema es esperable, si no por convicción propia, por el impulso de la corriente de nuevo empoderamiento femenino que es transversal a las relaciones sociales (incluyendo a las de trabajo).

Sin embargo, no únicamente las mujeres pueden ser beneficiarias de la recepción del derecho fundamental de igualdad y no discriminación en los convenios colectivos. Inclusive es posible que aspectos como la licencia por paternidad y demás cuestiones que involucran la responsabilidad familiar puedan recibir un tratamiento especial en casos particulares (por ejemplo, la jurisprudencia internacional ha reconocido la igualdad de trato en la extensión del permiso parental de un trabajador que era el único responsable del cuidado de sus hijos, por ausencia de la madre).

VI A LA OTRA ORILLA: EL PAPEL DEL ARBITRAJE FRENTE A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA – FACULTADES Y (NECESARIAS) LIMITACIONES

Más allá de la importancia de reconocer el universo aún no explotado de aspectos que deberían ser abordados mediante la negociación colectiva, un contenido que no debe soslayarse está referido al arbitraje laboral, en la medida que es una de las formas previstas en la legislación, para poner fin al conflicto colectivo de trabajo.

En este sentido, si bien las partes, en el marco de su autonomía colectiva, están facultadas para proponer y contraproponer (en el pliego y contrapliego, respectivamente), aquellas materias que desean regular de manera directa, esta facultad no puede ni debe extender en todos los casos cuando el conflicto es remitido a un tercero hetero componedor. Dicho de otro modo, las partes son libres para pactar

¹³ En ese sentido, debe tomarse nota que recientemente varias empresas peruanas han sido reconocidas dentro del *Ranking de Equidad de Género en las Organizaciones 2016*, el mismo que es promovido por Aequales y la Organización Internacional de Mujeres en Negocios (OWIT, por sus siglas en inglés). Sobre el particular, véase en: “*Marriot, Banco Falabella y PWC lideran en equidad de género*”, en Diario Gestión, edición del día 24 de junio de 2016, página 13.

(es decir, ponerse de acuerdo y consensuar) todas aquellas materias que estimen convenientes, siempre que ellas se enmarquen en la legalidad, dentro de sus esferas de competencia, y no contravengan el orden público. Así, *“puede decirse que ha predominado una tendencia a admitir la mayor amplitud en relación al contenido posible de los convenios colectivo y que, en todo caso, el problema podría plantearse en torno a la existencia de límites en cuanto a los contenidos admisibles. A este respecto, Barbagelata ha sintetizado los posibles límites (...) (por ej.: materias consideradas de competencia privativa de los empleadores, materias ajenas al interés legítimo de las partes, materias de incumbencia exclusiva del sector laboral, etc.) (Garmendia Arigón, 2011, pág. 435)”*

En cambio, cuando el conflicto no puede ser resuelto de manera directa y es remitido a la resolución por parte de un tribunal arbitral, la capacidad resolutoria debería limitarse al contenido económico del conflicto (remuneraciones, beneficios, asignaciones, bonos por cierre de pliego, entre otros) o, en su defecto, a aquellas materias que ambas partes han convenido introducir en sus propuestas finales, si bien con divergencias en cuanto a montos o alguna otra particularidad. Es decir, que las dos partes aceptan incorporar a la controversia, si bien no existe acuerdo total en cuanto a los términos que se aplicarán.

Así, si bien el laudo arbitral es, para todo efecto, equiparable a un convenio colectivo (según lo previsto en el artículo 73 del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo), por lo cual – en principio – debería poder regular las mismas materias que las partes pueden convenir de manera directa, la propia concepción y estructura del arbitraje laboral, determinan que sea necesario analizar qué materias no deberían ser dilucidadas en un laudo arbitral.

6.1. Proceso sumario y ausencia de estación probatoria

Toda vez que la finalidad del arbitraje es poner fin a un conflicto colectivo que no ha podido ser dilucidado de manera directa, ha sido concebido como un proceso sumarísimo, que debe culminarse dentro de los treinta (30) días calendario, siguientes a la fecha de instalación.

Es decir, el tribunal arbitral debe llevar adelante todas las actuaciones procedimentales siguientes:

- Instalar el tribunal, fijar las reglas que regirán el procedimiento y recibir las propuestas finales de cada parte.
- Requerir de las partes toda clase de pruebas, incluidas investigaciones, pericias, informes, privados o públicos, entre otros.
- Requerir de terceros (organismos e instituciones) toda información que pueda resultar conveniente.
- Convocar a las partes para que, juntas o por separado, aclaren o precisen sus propuestas (etapa dentro de la cual se encuentra la realización de la audiencia de sustentación de propuestas finales).

Conforme se aprecia, es un número amplio de actividades concretas, tanto del propio tribunal, como de las partes y terceros, que debe culminar en tan solo treinta (30) días calendario o aproximadamente veintidós (22) días hábiles. Considerando que parte importante de estos días, son empleados en la presentación de las propuestas finales y la emisión de observaciones que la contraparte estime pertinentes (que, de conformidad con la norma, debe hacerse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes), ya se estarían tomando aproximadamente siete (7) días calendario. Es decir, en la sola recepción de las posiciones de ambas partes tanto de la propuesta propia como la de la contraria, empleó casi un 25% del tiempo disponible para la tramitación.

En el breve tiempo restante, cada parte deberá sustentar su posición, tanto por escrito como a través de una sustentación oral. Luego de ello, la parte contraria, podrá formular las alegaciones o comentarios finales respecto de la sustentación de su contraparte. En este proceso, la práctica demuestra que se toman aproximadamente unos diez (10) días calendario más, en adición a los ya transcurridos.

De manera simultánea a las actuaciones procedimentales antes descritas, el Tribunal Arbitral debe solicitar al Ministerio de Trabajo, la entrega del expediente administrativo de la negociación colectiva, incluyendo la valorización del pliego de peticiones y el informe de la situación económica financiera de la Empresa, si los hubiera. La entrega de esta documentación, puede tomar numerosos días e inclusive semanas. Por ser la valorización y el informe, elementos de ponderación necesaria, los árbitros están obligados a revisarlos, siempre que ellos existan. Si efectivamente existen y la Autoridad de Trabajo dilata su entrega, ello determinará: (i) que sea recibida con mínimo margen de revisión o; (ii) que sea recibida luego de los treinta (30) días naturales previstos normativamente, con lo cual no podrían ser tomados en cuenta.

En atención a lo anterior, una conclusión relevante a la que se llega es que, dado lo sumario del proceso, tras recibida toda la información mínima necesaria para poder valorar las posiciones finales, el tribunal arbitral aún cuenta con información limitada que le permita conocer cabalmente las particularidades de la empresa y sus trabajadores.

6.2 Instancia única

En adición a la restricción introducida normativamente respecto de la duración que debe tener el procedimiento arbitral, también por mandato legal, se tiene que el laudo es inapelable y tiene carácter imperativo (salvo que se incurra en causal de nulidad expresamente prevista). Es decir, ninguna de las partes cuenta con la opción de acudir a una segunda instancia que, en cambio, sí se prevé como una de las garantías del debido proceso en la función jurisdiccional contemplada en la Constitución (artículo 139 inciso 6).

Así, sea cual fuere el resultado obtenido y, a pesar de la limitación en el acceso a la información que esta vía sumaria importa para los árbitros, como regla general, el laudo arbitral no podrá ser impugnado.

6.3 Necesarios límites al alcance de un laudo arbitral

En vista de la restricción temporal e instancia única establecidas por ley, opuestas a la flexibilidad en los plazos con que cuentan los jueces y a la garantía de la doble instancia, es comprensible que, en un plazo tan acotado como los treinta (30) días naturales, el Tribunal Arbitral no pueda tener información cabal o profunda sobre la situación de la empresa, el sector, el contexto económico, la estructura profesional interna, entre otros aspectos determinantes para la emisión de un laudo que pueda regular en su integridad, todas las materias vinculadas a la relación laboral.

Ello determina que, en aras de la razonabilidad, si bien sí tiene jurisdicción plena conferida por la Constitución, el Tribunal debería acotar sus pronunciamientos, únicamente a aquellas materias dentro de las cuales se circunscribe el conflicto colectivo de trabajo. Es decir, en la medida que la negociación colectiva es el proceso que tiene por finalidad dar solución a un *conflicto económico, de intereses o de regulación* (y no a un conflicto jurídico, reservado a la jurisdicción ordinaria), el pronunciamiento arbitral debe acotar su fallo exactamente a los mismos parámetros, sin introducir variables o cláusulas que excedan el ámbito mismo del conflicto, máxime cuando su laudo supone adoptar una propuesta final en desmedro de la otra posible propuesta (entiéndase, sin que medie acuerdo).

Adicionalmente, únicamente debería pronunciarse respecto de las cuales tenga plena información y respecto de las cuales conozca los riesgos asociados a su pronunciamiento. Esto es, que haya podido analizar el impacto que su laudo podría tener, por ejemplo, en la estructura funcional o salarial de toda una empresa. Del mismo modo, considerando la reducida etapa probatoria y el hecho que las partes hayan convenido en confiarles la resolución de la controversia, no se debería poder introducir, vía laudo arbitral, condiciones que supongan una limitación injustificada a las facultades de organización empresarial previstas para el empleador.

Así, existen materias que de ninguna manera deberían ser resueltas mediante laudo arbitral, como son las siguientes, por los motivos seguidamente se indican. Nótese que la relación siguiente en modo alguno pretende ser una lista cerrada o inmutable, sino que constituye un primer acercamiento a una materia poco explorada que, sin duda, tiene muchas más aristas que pueden seguir siendo ponderadas.

- a) Reposición en el puesto de trabajo y temas relacionados a la facultad disciplinaria del empleador

El ejercicio de la facultad disciplinaria tiene su origen en lo dispuesto en el artículo 9 del D. S. 003-97-TR; es decir, tiene su origen en una norma legal. En ese contexto, si el empleador estima que un trabajador ha incurrido en contravenciones a sus obligaciones de trabajo y, por tanto, ha incurrido en faltas que ameriten una sanción disciplinaria, se encontrará legitimado para hacerlo, ciertamente dentro de los parámetros del respeto al debido proceso, principio de razonabilidad y proporcionalidad.

En caso el trabajador se considerase afectado por la medida, la vía que corresponderá adoptar será la del proceso laboral ordinario, de conformidad con lo establecido en la Nueva Ley Procesal de Trabajo. Así, en el marco de un proceso con estación probatoria suficiente, se podrá determinar si la falta existió o no, si la sanción aplicada fue proporcional o no, y si corresponde alguna reparación por el daño causado.

El proceso arbitral instaurado para poner fin a un conflicto económico o de intereses, no puede – pues – ser el camino para dilucidar si una sanción disciplinaria se puede tener por no puesta, no solo por carecer el proceso de una etapa probatoria adecuada, sino por carecer de especialidad el propio proceso arbitral, lesionando gravemente los derechos al debido proceso del empleador, pues ninguna persona (natural ni jurídica) “*puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley*”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.3 de la Constitución Política del Perú.

b) Nivelación, regulación de estructuras salariales y homologación

La determinación de la estructura remunerativa de una empresa, compete exclusivamente al empleador, en la medida que para crearla se tienen en cuenta numerosos factores, tales como profesionalización, especialización, antigüedad en el puesto, niveles de responsabilidad entre otros.

El establecimiento de reglas sobre la nivelación u homologación salarial por parte de un tribunal arbitral (por ejemplo, disponiendo que el íntegro de trabajadores de determinada escala profesional reciba exactamente la misma remuneración), supone que aquél resuelva potencialmente alterando en su integridad toda una estructura fijada por el empleador, en atención a su facultad de organizar las actividades, prevista en la ley.

c) Bandas, categorías o estructuras profesionales

En línea con lo anterior y, de conformidad con lo previsto en el artículo 9 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, es el empleador quien organiza y reglamenta las labores. Ello implica, ciertamente, la facultad de elaborar organigramas, manuales de funciones, determinación de distintas categorías profesionales, crear bandas, entre otros. El uso de esta facultad, demanda un profundo conocimiento de la empresa y su estructura, y el necesario manejo del equilibrio al interior de la relación laboral.

d) Reducción de la jornada de trabajo, modificación de horarios o turnos o eliminación o cambio de jornadas atípicas o acumulativas

La determinación inicial de la jornada, horarios y turnos, así como jornadas atípicas, corresponde exclusivamente al empleador. Por su parte, la modificación de alguna de tales condiciones esenciales es dispuesta por el empleador, tras la consulta con los trabajadores comprendidos en la medida. En tal medida, un Tribunal Arbitral no debería recoger una propuesta final que implique una reducción de la jornada o una modifica-

ción de turnos o jornadas atípicas en los que no hayan podido intervenir ambas partes de la relación laboral.

e) Determinación o modificación del lugar de trabajo

Al igual que la jornada, la determinación del lugar de trabajo es una atribución que recae privativamente en el empleador. Así, en atención al *ius variandi* inherente a su condición, es a aquél a quien le corresponde la facultad de establecer o modificar, dentro de los parámetros de lo razonable y necesario, el lugar de trabajo. Un Tribunal Arbitral no debería acoger una propuesta que incluya el traslado de determinados trabajadores a un centro de trabajo distinto o que deje sin efecto modificaciones ya introducidas por el empleador¹⁴.

f) Cláusulas que restringen facultades del empleador previstas en la ley

Algunos pliegos de reclamos persiguen restringir la capacidad del empleador de acudir a medidas de despido por falta grave o de cese colectivo, incorporando una etapa previa de consulta obligatoria con la organización sindical (adicional a la prevista en el procedimiento legal, en el último caso). En tal medida, si pedidos análogos fueran incluidos en una propuesta final ante un Tribunal Arbitral, es incuestionable que aquél no debería aceptarlos, pues implicaría imponer – contra la voluntad del empleador, quien no lo aceptó durante el trato directo – una restricción a prerrogativas derivadas expresamente de la ley y ante situaciones concretas que el empleador deberá acreditar en el marco de un procedimiento administrativo completo ante la Autoridad de Trabajo o, de ser el caso, ante un juez.

g) Otorgamiento de licencia sindical permanente

La norma sobre relaciones colectivas prevé que, a falta de acuerdo mediante un convenio colectivo, el Sindicato tendrá derecho a treinta (30) días de licencia sindical para actos de concurrencia obligatoria para los cuatro dirigentes principales. Es decir, entiende que dicho número de días es lo mínimo razonable que un Sindicato debe recibir del empleador por concepto de licencia.

Por su parte, la licencia sindical permanente para uno o más miembros de la junta directiva, determina que se materialice una suspensión imperfecta del vínculo laboral, en virtud de la cual el trabajador no está obligado a

¹⁴ Nótese que la discusión normativa sobre si ello es o no posible, queda zanjada cuando el Legislador regula como un acto de hostilidad equiparable al despido, el traslado de un trabajador con el propósito de ocasionarle perjuicio (artículo 30 inciso c) del TUO de la LPCL). Entendiendo este dispositivo en sentido contrario, si el traslado no constituye una medida arbitraria u orientada a causar perjuicio, es legítima y constituye una prerrogativa unilateral del empleador.

laborar, mientras que el empleador sí está obligado a continuar abonando la remuneración con regularidad.

Si bien nada impide que, si las partes están de acuerdo, ello sea pactado en un convenio, no es razonable que, siendo una materia que no pudo convenirse, por no estar de acuerdo el empleador en trato directo, le sea impuesta vía laudo arbitral. Ello no sería adecuado, toda vez que quien asume toda la carga de una cláusula como aquella, es el empleador, al tener que incurrir contra su voluntad en un doble costo: (i) el costo del salario y beneficios de un trabajador que no se encuentra laborando y; (ii) el costo de contratar a un nuevo trabajador que realice la labor que el dirigente dejará de realizar. Por tanto, en nuestra opinión este es un tema que debe estar limitado a un acuerdo de partes plasmado en un convenio colectivo.

Por diversos motivos expuestos sucintamente en cada caso, los temas indicados anteriormente, deberían ser definidos bien por el empleador o conjuntamente con los trabajadores durante la negociación colectiva, solo en su defecto, por el Poder Judicial, pero nunca por un tribunal arbitral.

VII. COLOFÓN

En palabras de Valdés Dal-Re, *“la contratación colectiva puede ser entendida como un complejo y delicado proceso político-social cuyo input es el conflicto y cuyo output son las normas contratadas. O en términos funcionales, la negociación colectiva es un mecanismo de resolución de conflictos (conflic resolving) así como de creación de normas (rulemaking). Es el principal procedimiento ideado en las sociedades democráticas para asegurar el mantenimiento del conflicto entre el capital y el trabajo dentro de límites socialmente aceptables”* (2012, pág. 18).

En esa línea, el resumen y la conclusión de esta ponencia que presento es no a la tradición y si a las renovadas funciones y contenidos de la negociación colectiva en nuestro sistema negocial. Las ideas esbozadas apuntan a dar respuesta a los nuevos contextos y realidades empresariales, que se sustentan en la necesidad de adaptarse a los cambios económicos, políticos y sociales.

La flexibilidad laboral pactada, la regulación convencional de los derechos fundamentales inespecíficos y las limitaciones a las facultades de los árbitros en el contenido de un laudo arbitral, constituyen temas no explorados que conviene examinar para “aggiornar” y modernizar la negociación colectiva, en un panorama que exige replantear paradigmas.

Se trata de privilegiar la voluntad libre y la autonomía de los sujetos colectivos. No olvidemos que, según la doctrina científica, la negociación colectiva como conflicto económico, de revisión o de interés es, en suma, un instrumento de renovación constante y de paz social. Esa es su naturaleza.

VIII BIBLIOGRAFÍA

- Aguilera Izquierdo, Raquel. *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1997
- Arévalo Vela, J. (2005). *Derecho Colectivo del Trabajo*. Lima: Grijley.
- Autores Varios (2010). *Derechos Fundamentales Inespecíficos y Negociación Colectiva*. Pamplona: Thomson Reuters.
- Blancas Bustamante, C. (2011). *La cláusula de Estado Social en la Constitución*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Boza Pró, G. (2011). *Lecciones del Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Caamaño Rojo, E., & Ugarte Cataldo, J. (2010). *Negociación colectiva y libertad sindical: un enfoque crítico*. Santiago: Legal Publishing.
- Chacartegui Javega, C. (2013). *Dignidad de los trabajadores y derechos humanos del trabajo según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Albacete: Editorial Bomarzo.
- Ciceron. (s.f.). *Los Oficios*.
- Comisión de las Comunidades Europeas, (2006). *Libro Verde: Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*. Bruselas: COM.
- Cortes Carcelen, J. C. (2016). *Los derechos inespecíficos laborales: análisis de algunas sentencias del Tribunal Constitucional*. Obtenido de Academia de la Magistratura: <http://www.sistemas.amag.edu.pe>
- De la Cueva, M. (2000). *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. Mexico D.F.: Editorial Porrúa.
- Desigualdad Peligrosa. (2016). *El Comercio*, pág. 20.
- Gallart Folch, A. (1932). *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*. Barcelona: Bosh.
- Mendoza Legoas, L. (2012). *Uso del correo electrónico institucional para fines sindicales. Dialogo con la Jurisprudencia*, 316-317.
- Moreno Vida, M. (2011). *Las funciones de la negociación colectiva y su proyección en los contenidos de los convenios colectivos*. En J. Monereo Pérez, *Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada* (págs. 303-357). Granada: Comares.
- Morgado Valenzuela, E. (2000). *Las perspectivas del derecho del trabajo en un mundo globalizado*. En R. Albuquerque, & N. De Buen, *El derecho del trabajo ante el nuevo milenio* (págs. 3-12). México: Editorial Porrúa.
- Palomeque López, C. M. (2014). *Las transformaciones del derecho del trabajo. Laborem, número 17* (págs 17-27). Lima: SPDTSS.
- Palomeque López, C. M. (2016). *La adaptación del ordenamiento laboral a la realidad económica cambiante a través de treinta y una proposiciones. Laborem Número 19* (págs 13-21). Lima: SPDTSS.
- Rosembaum Rimolo, J. (2001). *Tendencias y contenidos de la negociación colectiva en el cono sur de América*. Lima: Organización Internacional del Trabajo.
- Sanguinetti Raymond, W. (2013). *Derecho del Trabajo: Tendencias contemporáneas*. Lima: Editora Jurídica Grijley.

- Sempere Navarro, A. (2011). *Derechos fundamentales inespecíficos y negociación colectiva*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- Toyama Miyagusuku, J. (2010). El contenido del convenio colectivo de trabajo. En V. autores, *Compendio de derecho colectivo del trabajo* (págs. 395-414). Lima: Jurista, Ius Et Veritas.
- Valdés Dal-Ré, F. (2012). *La Negociación Colectiva, entre tradición y renovación*. Granada: Comares.
- Vidal Salazar, M. (2008). Los derechos laborales colectivos en el siglo XXI. En S. P. Social, *Alcances y eficacia del derecho del trabajo: tercerización, inspección y derechos colectivos* (págs. 527-539). Lima: SPDTSS.
- Villavicencio Ríos, A. (2008). Los grandes desafíos de los derechos colectivos del trabajo en un (hasta ahora) adverso siglo XXI. En S. P. Social, *Alcances y eficacia del derecho del trabajo: tercerización, inspección y derechos colectivos* (págs. 549-566). Lima: SPDTSS.
- Zapirain, H. (2000). La descentralización y su repercusión en el derecho colectivo. En "Cuarenta y dos estudios sobre la Descentralización empresarial y el derecho del trabajo". Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 2000, (págs. 439-467).
- Zavala Costa, J. (2008). En III Congreso Nacional sobre Alcances y Eficacia del Derecho del Trabajo: Tercerización, Inspección y Derechos Colectivos (págs. 369-399). Lima: SPDTSS.
- Zavala Costa, J. (2015). Los derechos fundamentales en el trabajo del empleador o empresario. Conferencia dictada en el acto de incorporación con Académico de Número de la Academia Peruana de Derecho. Revista Análisis Laboral N° 458, agosto.