

PROPIAS PERO TAN AJENAS

Apuntes sobre la evolución de las formas auto y heterocompositivas para la negociación colectiva en el Perú

MARIO PASCO LIZÁRRAGA⁽¹⁾

INTRODUCCIÓN

La Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social se fundó el año 1988. Como dice su acta de fundación, se trataba de constituir “*una asociación de naturaleza científica, cuya finalidad principal sería la de promover en el Perú el conocimiento, la investigación y el estudio multidisciplinario del derecho del trabajo, así como de la seguridad social*”.

El acierto central de los tres fundadores, y de quienes los acompañaron y sucedieron luego a fin de lograr que la sociedad lograra vida asociativa no solo larga, sino intensa y fructífera para sus miembros, consistió –en nuestra modesta opinión– en concebirla y formarla como ente abierto a personas de pensamientos muy disímiles y hasta enfrentados entre sí, pero en un ambiente de absoluto respeto mutuo, formando camaradería entre quienes, como los equipos rivales en el deporte, dependen mutuamente en su existencia.

La sociedad es un foro en el que quienes nos ocupamos nuestros días en el Derecho Laboral discutimos, discrepamos y a veces, cuando se puede, concordamos.

(1) Abogado. Miembro de la SPDTSS. Socio de Rodrigo Elías & Medrano Abogados.

Todo ello se ha hecho de modo espontáneo, y todo ha dependido de la buena voluntad de todos los intervinientes.

Guardando naturales y evidentes distancias, tememos que durante el mismo lapso en las relaciones laborales peruanas, y concretamente en lo que se refiere a los medios para la solución de los conflictos colectivos de intereses, no ha sucedido lo propio. Nos atrevemos a decir que ha ocurrido todo lo contrario. Los actores sociales no han logrado, y quizás ni siquiera han intentado del todo, implantar un sistema que las satisfaga razonablemente, como para asumirlo como mecanismo permanente o al menos estable.

En el presente artículo intentaremos esbozar algunas ideas alrededor de estos desencuentros. Desde una perspectiva que privilegiará la secuencia normativa o regulatoria de los medios legales de solución de dichos conflictos colectivos, trataremos de encontrar algunas posibles razones para los mismos, y formularemos nuestra crítica directa al vigente en la actualidad.

I. MÉTODOS DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS COLECTIVOS DE TRABAJO

Todo sistema jurídico contempla diversos mecanismos de solución de conflictos laborales. Usualmente, dichos mecanismos son clasificados de acuerdo al origen de la solución que pone fin al conflicto. Son mecanismos auto-compositivos aquellos en los cuales la solución proviene de las mismas partes, mientras que los mecanismos heterocompositivos, conforme a Ermida, son “medios de naturaleza no voluntaria o coactiva, en los que la solución es impuesta a las partes por uno o más terceros”⁽²⁾.

El mecanismo auto-compositivo por excelencia es el trato directo entre las partes, mediante el cual ambas acercan sus posiciones hasta llegar a un acuerdo sobre los puntos materia de discusión. Este es el mecanismo privilegiado, pues la negociación colectiva es, como su nombre lo indica, una negociación.

En el otro extremo del espectro encontramos al arbitraje, mediante el cual un árbitro único, o tribunal arbitral, resuelve sobre aquellos puntos que han sido sometidos a su conocimiento. En estos casos, las partes deben aportar

(2) ERMIDA, Óscar. “Algunas reflexiones sobre los conflictos laborales, el arbitraje y la justicia del trabajo”. En: *Anales del Foro*. Montevideo, 1982 N° 43-44. Extracto aparece en *Materiales de Enseñanza de Derecho Colectivo del Trabajo*. 2da. Edición. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1990.

suficientes elementos de juicio a los terceros, dado que estos no conocen el contexto y la situación de las partes como estas mismas, para que puedan dirimir el conflicto.

De la misma manera, la resolución de los conflictos laborales por parte de la autoridad estatal es claramente una manera heterocompositiva de dar solución a cualquier diferendo entre el empleador y los trabajadores. En este caso, la voluntad del Estado sustituye la de las partes.

Sin perjuicio de lo anterior, existen otros mecanismos de solución de conflictos laborales que son más difíciles de clasificar en alguno de las dos categorías mencionadas. Tal es el caso, por ejemplo, de la conciliación y la mediación, donde es evidente la participación de un tercero, pero en las cuales este no tiene la facultad de obligar a las partes.

La política normativa del Estado dicta si es que estos mecanismos son utilizados de manera conjunta, sucesiva o incluso excluyente.

Nuestro punto de partida, que teñirá toda nuestra reflexión alrededor de los mecanismos de resolución de la negociación colectiva en el Perú durante los últimos 25 años, es que el sistema debe privilegiar al máximo los mecanismos autocompositivos, y recurrir a los heterocompositivos únicamente de manera excepcional por importar siempre un determinado nivel de fracaso de las partes y, por lo tanto, del sistema como tal.

II. EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS COLECTIVOS HASTA ANTES DE LA LEY DE RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

El año 1988, cuando se inicia nuestra sociedad (y la presente reseña), la negociación colectiva era un procedimiento cuasi administrativo, y marcado por una abierta intervención del Estado en la solución de los pliegos de reclamos.

Se encontraba vigente el D.S. N° 006-71-TR, con las modificaciones que sobre el mismo había dispuesto el D.S. N° 009-86-TR, recogidos ambos por la R.M. N° 082-86-TR.

Toda esta norma, que en lo formal establecía un procedimiento por etapas predefinidas y muy marcadas, podía ser resumida en su artículo 13, primero de la sección “Las etapas de la conciliación”, que sin rubor determinaba: *“Si las partes no llegasen a suscribir en trato directo o en junta de conciliación, una convención colectiva que ponga fin a la reclamación, esta será resuelta por las Autoridades Administrativas de Trabajo”*.

Desde la perspectiva que permiten los años transcurridos y la evolución posterior de la materia, queda claro que la norma mostraba abierta desconfianza respecto de la capacidad de las partes para llevar con éxito la negociación directa. La mejor muestra es que lanzaba de plano, antes de ocuparse de la negociación misma, la potestad conferida a la Autoridad para determinar el resultado final del proceso.

Ciertamente, existían cuestionamientos. Pasco Cosmópolis postulaba cómo *“el arbitraje forzoso reduce el valor de la negociación colectiva: las partes no negocian en libertad y de buena fe con miras a un acuerdo; sino que se ejercitan en el arte de la adivinación de los designios del árbitro”*⁽³⁾.

A ello extendía Zavala Costa que:

“El mecanismo vigente tiene muchas deficiencias, entre las cuales podemos consignar las siguientes:

- a) La intervención del Estado resulta acentuada tanto en el desarrollo del proceso como en la resolución final. El intervencionismo estatal no se da únicamente en casos especiales como debiera ser. El estudio comparado nos muestra que la tendencia actual es discutir y resolver en trato directo.(...)*
- b) Es muy riguroso y compulsivo; comprende un proceso constituido por etapas sucesivas (trato directo, conciliación, resolución) que resultan virtualmente obligatorias. El trato directo se ha desnaturalizado y la conciliación resulta una etapa intrascendente. (...)*
- c) Es demasiado formalista, incidiendo en demasiadas cuestiones de forma y careciendo totalmente de flexibilidad. (...)*
- d) El procedimiento se parece más a un juicio que a una negociación; las pruebas y su forma de actuación acentúan el carácter litigioso del proceso, impugnaciones, tachas y nulidades se alternan dificultando su marcha.(...)*
- e) Las partes pierden el interés en la negociación porque saben que existe una etapa de ‘arbitraje’ obligatorio y que quien resuelve en última instancia es la Autoridad Administrativa de Trabajo”*⁽⁴⁾.

(3) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “El arbitraje en los conflictos colectivos de trabajo”. En: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*. N° 28, Lima, 1988, pp. 99-125.

(4) ZAVALA COSTA, Jaime. “Relaciones laborales y negociación colectiva”. En: *Ius et Praxis*. N° 12, Lima, diciembre, 1988, pp. 197-198.

Lo real era y sigue siendo simple, y opera en muchos ámbitos de la vida, no solo el laboral colectivo: si alguien sabe que un tercero va a cerrar o definir una discusión, y se siente en la capacidad de lograr que ese tercero lo haga de modo favorable a su posición, no va a tener incentivo para ceder frente a su contraparte, sino que va a concentrarse en obtener el resultado del tercero; salvo, naturalmente, que haya factores adicionales de conveniencia en el acuerdo directo, las cuales a veces existen en las relaciones colectivas de trabajo, pero a veces no. En un sistema como el del D.S. N° 006-71-TR era más importante (y para algunos más simple) convencer a la Autoridad de Trabajo, que a la parte con la que se debía negociar.

En la realidad, existía una especie de sistema de resolución administrativa de los pliegos de reclamos, el cual empezaba con la conciliación, en tanto que, conforme al artículo 32 del D.S. N° 006-71-TR, la Autoridad de Trabajo notificaba al empleador al inicio de aquella para que presentara las “*pruebas y documentación*” que se le requiriera para la elaboración del estudio económico laboral “*bajo apercibimiento de tenerse por ciertos los hechos o afirmaciones que determinará la Autoridad en la misma providencia*”. A ello se acumulaba, según el artículo 33, la “*fundamentación escrita*” de las partes, y conforme al artículo 34 se emitía resolución, la cual contendría “*en sus considerandos la evaluación de los elementos de juicio, teniendo en cuenta las fórmulas de solución propuestas por el órgano técnico*”. Mandaba la resolución; las partes tenían como función principal influir en ella. Poco importaba realmente si conversaban o no lo hacían.

El sistema tenía una carga bastante definida y simple de entender. Como explica Rendon, “*finalmente, las autoridades resuelven el conflicto si las partes no llegan a un acuerdo sobre los puntos del pliego de peticiones. Es esta, tal vez, la facultad más importante que tienen: jurídicamente porque por ella el Estado actúa como un árbitro obligatorio cuya voluntad se sobrepone a las de las partes; y económicamente porque al resolver en un sentido determinado modifica el libre juego del mercado de fuerza de trabajo no es libre sino controlado; su funcionamiento depende de la política económica del Gobierno. Una política planificada o inclinada hacia la planificación tratará de buscar la concordancia del precio de la fuerza de trabajo con los precios de las demás mercancías que también que hallarse sujetos a control (...)*”⁽⁵⁾

(5) RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. *Manuel de Derecho del Trabajo Colectivo*. Ediciones Tarpuy, Lima, 1983, p. 240.

La consecuencia natural, casi automática, de una mecánica así, es que la mitad de los intervinientes en los procesos de negociación carezcan de incentivo para discutir, ceder, acordar, vale decir, que carezcan de incentivo para negociar.

En ese contexto no resultaba sorprendente la dación de normas como la Ley N° 25222, que determinaban como derecho de una de las partes (la laboral), y no como decisión a cargo de la voluntad conjunta de ambas, la negociación colectiva por rama de actividad.

La atmósfera hostil a la negociación real, empero, era aún más marcada que lo antes descrito. Ya desde la dación del D.S. N° 010-86-TR se había iniciado una intervención estatal directa y general, de carácter normativo, sobre la negociación colectiva, al abrirse la “posibilidad” de que se pactara *incrementos adicionales de remuneraciones* para paliar los efectos de la creciente inflación sobre los salarios. Claro: como operaba ya en el sistema, la norma preveía que *“de no haber acuerdo, el incremento será fijado por la autoridad administrativa de trabajo”*.

El apocalipsis inflacionario llevó a situaciones aún más extremas, aunque su signo se modificaría.

Precisamente, el año 1988 se dictó el D.S. N° 025-88-TR, que automatizó los incrementos adicionales de remuneraciones (aunque aplicándonos sobre bases sujetas a tope). Ya ni siquiera era necesario recurrir al árbitro administrativo para resolver gran parte de los temas más urgentes de las discrepancias entre las partes.

Luego, después de la dación de un gran número de dispositivos gubernamentales por los que se decretaba aumentos en monto fijo a los trabajadores sujetos a negociación colectiva, la situación de intervencionismo estatal llegó a su extremo (y cambió radicalmente su dirección) durante el año 1990 y los siguientes.

El D.S. N° 071-90-TR consagró un sistema de resolución en conjunto de todos los pliegos de reclamos cuya vigencia se iniciara un determinado mes (en el caso de la norma recién mencionada, agosto, setiembre de octubre de 1990) mediante el otorgamiento simple de aumentos en monto fijo y general. Posteriormente, el DS. N° 018-91-TR y otros posteriores implantaron un sistema centralizado de resolución de pliegos a cargo de la Dirección General de Trabajo, extrayéndolos de la competencia original.

Poco tiempo después se promulgarían los tan cuestionados Decretos Supremos N°s 057-90-TR y 107-90-TR, los cuales implantaron un estado de cosas que, como describe Dolorier Torres *“cerró toda posibilidad de cualquier*

incremento de remuneraciones” y “dejó sin efectos las estipulaciones de los convenios colectivos vigentes”⁽⁶⁾ para los trabajadores de las empresas del Estado, con prescindencia de lo que hubiera podido suceder en una negociación real. Agrega Dolorier que “todo lo estipulado en estos acuerdos ya no tenía valor jurídico alguno, pues los incrementos que se hubieran pactado en negociaciones libres fueron reemplazados por las disposiciones gubernamentales, sobre incrementos remunerativos”⁽⁷⁾.

En sentido similar, el Decreto Legislativo N° 757 y los posteriores Decretos Ley N°s 25541 y 25876, determinaron que los dispositivos legales, pactos o convenios, costumbre, transacciones, pronunciamientos judiciales o administrativos que establecieran sistemas de reajuste automático de remuneraciones “concluyeron en su aplicación y ejecución, el 13 de diciembre de 1991”, en este caso con efecto tanto sobre el Sector Público como para la actividad privada.

Como es natural, todas estas medidas fueron también muy criticadas, principalmente, nuevamente según Dolorier, porque (i) las restricciones no fueron llevadas a cabo según los instrumentos constitucionalmente previstos de concertación; (ii) porque sus fundamentos no se encontraban en otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, sino que tenían su causa en la simple “promoción a la inversión privada”; y (iii) porque no se incluyó noción alguna de temporalidad⁽⁸⁾.

Visto en perspectiva, el tránsito de un sistema de resolución singular para cada negociación hacia la virtual derogación de toda negociación para su sustitución por una determinación política para desembocar finalmente en su desprecio incluso como fuente obligatoria de derechos, se presenta casi como natural, en tanto que en todos los casos el factor principal que estaría tras el resultado verdadero no sería y ni siquiera provendría de la conjunción o acercamiento de los intereses de las partes (que solo se plasma propiamente en las vías autocompositivas de solución), sino de lo que más conviniera a un tercero con intereses autónomos, como lo es el Estado.

(6) DOLORIER TORRES, Javier. *Limitaciones al contenido salarial de la negociación colectiva*. Benites Mercado y Ugaz Abogados. Lima, 1994. p. 283.

(7) *Ibíd*em, p. 280.

(8) *Ibíd*em, p. 278.

III. EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS COLECTIVOS A PARTIR DE LA VIGENCIA DE LA LEY DE RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

El 2 de julio de 1992, en plena interrupción del régimen democrático, se publicó el D.L. N° 25592, Ley que regula las relaciones laborales de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada.

Junto con una serie de ajustes dirigidos a aligerar y simplificar el proceso, de modo que fluyera más como búsqueda de encuentros y menos como contraposición de posiciones, el más trascendente de los cambios, en lo que a la negociación colectiva refiere, fue la eliminación de la intervención decisoria del Estado en la negociación colectiva, salvo para casos de evidente excepción⁽⁹⁾.

En el nuevo esquema, la negociación quedó a cargo fundamental y casi exclusivamente de las partes. Si no se lograba el acuerdo, podían estas obtener apoyo de la Autoridad Administrativa de Trabajo, pero no serían suplidas por esta.

Ante imposibilidad de adoptar un acuerdo por la vía directa, el diferendo derivaba hacia el conflicto abierto (la huelga), a menos que, conforme, al artículo 61, las partes lo sometieran a arbitraje.

Más allá de dudas interpretativas provenientes de la imperfecta concordancia entre la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su reglamento (aprobado por D.S. N° 011-92-TR), en efecto, el arbitraje como método de resolución de pliegos de reclamos fue entendido y aplicado en general como voluntario para ambas partes.

Ello por el requisito de que las partes suscribieran un acta arbitral para que se diera inicio a dicho procedimiento (conforme al artículo 49 de la última norma nombrada), con la consiguiente imposibilidad de que la una parte o la Autoridad de Trabajo pudiera obligar a la otra parte renuente a emitir una manifestación de voluntad inexistente para viabilizarlo.

En la norma, el arbitraje aparece con el sistema de última oferta, vale decir, que a efectos de que los árbitros definan el pliego de reclamos, cada una de las partes planta una posición integral respecto de la negociación colectiva,

(9) Nos referimos a la facultad conferida por el artículo 68 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo al Poder Ejecutivo para poner fin a una huelga y solucionar el pliego de reclamos en casos en que aquella *"se prolongue excesivamente en el tiempo, comprometiendo gravemente a una empresa o sector productivo, o derive en actos de violencia, o, de cualquier manera, asuma características graves por su magnitud o consecuencias"*.

para que aquellos elijan entre ambas. El artículo 65 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo determina que el laudo debe recoger “en su integridad” la propuestas de una de las partes –se entiende que la más razonable– y que no puede plantear una solución distinta a ellas, ni combinarlas. Tan solo admite la norma la *atenuación de posiciones extremas*.

Una mirada fría al sistema previsto en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo debiera tender a reconocer que en lo fundamental, y tratándose de escenarios típicos de actividad sindical y negociación colectiva, cuando menos resulta respetuoso de la autonomía colectiva de los sujetos negociales. La ley no impone soluciones ni mayores trámites a ninguna de las partes y las deja libres para que solucionen sus asuntos.

Si un sindicato tiene la suficiente fuerza gremial y los escenarios económicos y laborales así se lo permiten, tendrá abierto el camino de la huelga para obtener concesiones que le resulten complicadas de aceptar a la parte empleadora. Si logra mayorías y militancia real, tendrá la posibilidad de acceder a negociación por rama, o de ampliar beneficios aunque a la contraparte no le cause gracia.

Si el sindicato prefiere evitar el conflicto abierto, y la empresa o empresas concuerdan, pueden legitimar a un tercero o terceros para que lleven el impasse a buen puerto, mediante el arbitraje. Al fin y al cabo, si no lo hacen, vale decir, si los empleadores no aceptan el arbitraje, estarán arriesgando que se produzca una huelga, con las inevitables consecuencias negativas sobre todos los involucrados.

Ciertamente, el sistema de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo ha sido también objeto de cuestionamientos y críticas, tanto de carácter conceptual como en cuanto a su aplicación práctica.

En lo primero, se planteaba que el sistema no resultaba funcional, en tanto que si un sindicato no tenía como alternativa viable la huelga, le generaba serias dificultades para alcanzar resultados razonables, dado que al empleador le bastaba no acceder al arbitraje para trabar del todo el proceso. Ugaz plantea sobre esto que *“la combinación de medidas de fuerza mayormente ilícitas con la imposibilidad de cerrar el conflicto a través del arbitraje (salvo que exista la anuencia del empleador) nos ha llevado a una situación perniciosa: la proliferación de conflictos no resueltos, inacabados, que redundan en un mal clima laboral y que no satisfacen a los actores involucrados en las relaciones colectivas laborales”*⁽¹⁰⁾.

(10) UGAZ, Mauro. “La heterocomposición de las negociaciones colectivas de trabajo: el arbitraje

Por otro lado, el sistema depende para su funcionamiento de la correcta actitud de los involucrados: de las partes al nombrar árbitros, y de estos al conocer el diferendo. Como suele suceder, empero, la respuesta de tales involucrados no siempre ha sido positiva. Muchas partes han nombrado árbitro no para que actúe realmente como tal, sino para que impulse e intente hacer prevalecer sus posiciones de parte, y muchos árbitros han hecho exactamente eso, complicando el trabajo del tribunal.

En otros casos, los tribunales arbitrales han independizado su accionar de las partes lo que está bien, pero han llegado a hacerlo en grado desmedido, al privilegiar la obtención de una resolución de consenso aunque ello les exigiera exceder la facultad de atenuación ya descrita, generando una especie de segunda negociación o negociación paralela, pero sin las partes, que deviene en laudos muy cercanos a la combinación de las posiciones de las partes o su dirimencia en aplicación de un punto medio ciertamente arbitrario.

Ciertamente, pues, se trataba de un sistema también imperfecto.

IV. EL SISTEMA ACTUAL DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS COLECTIVOS

El sistema establecido en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, con su disyunción huelga-arbitraje voluntario, culminó abruptamente en su aplicación del proceso de amparo seguido por el Sindicato de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao contra la Asociación Peruana de Operadores Portuarios, la Asociación de Agentes Marítimos y la Asociación Marítima del Perú, resuelto en última instancia por el Tribunal Constitucional. El Tribunal determinó que, dado que tales sindicatos y empresas no se habían podido poner de acuerdo sobre el nivel de negociación, la controversia a ese respecto debía dirimirse mediante el arbitraje, y posteriormente agregó que dicho arbitraje sería –como el previsto en la ley– potestativo, vale decir, que si una parte lo promovía, la otra no podía oponerse al mismo (salvo, naturalmente, que el sindicato optara por recurrir a la huelga).

Sobre esa base, el Poder Ejecutivo introdujo al D.S. N° 011-92-TR el subartículo 61-A, conforme al cual el arbitraje es potestativo en dos escenarios:

potestativo”. En: *V Congreso Nacional SPDTSS*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, octubre 2012, p. 267.

- Cuando las partes no se ponen de acuerdo en el nivel de una primera negociación colectiva.
- Cuando en una primera negociación las partes no se ponen de acuerdo en el contenido de aquella.
- Cuando existen actos de mala fe de algunas de las partes durante el proceso de negociación colectiva.

Más allá de los efectos de esta regulación, que revisaremos luego, el estatus mismo de la cuestión sobre el arbitraje potestativo puede calificarse de parcialmente indefinido, producto de la forma cómo se han desarrollado los acontecimientos.

La sentencia del Tribunal Constitucional antes mencionada, en efecto, no sienta precedente de observancia obligatoria ni enmienda explícitamente el texto legal, más allá de declarar la inconstitucionalidad parcial del artículo 45 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, sino que resuelve el caso particular. Expresa en una de sus aclaratorias, empero, que el arbitraje laboral en general es potestativo.

El artículo 61-A ya mencionado, por su lado, es el único canal a través del cual cabe legalmente promoverse y entablarse un arbitraje potestativo, pues es la norma que aplicará la Autoridad de Trabajo para, por ejemplo, llegado el momento, nombrar árbitro en rebeldía de una parte; y en ese supuesto el Tribunal que resuelva su propia competencia estará (debiera estar) condicionado a efectos de su resolución a la presencia de los requisitos ya listados.

Adviértase que el reglamento establece el arbitraje potestativo únicamente por causal, con lo que el valor por defecto del arbitraje previsto en la ley (el arbitraje que no es potestativo) sigue siendo de índole voluntaria, lo que cierra el camino a otras formas de forzarlo.

Pero el reproche principal que tenemos respecto de este mecanismo y los motivos por los que pensamos que no es positivo para la formación de una cultura de negociación colectiva real en el país, van más allá de la simple imprecisión técnica de la normativa.

Si el arbitraje mostraba problemas en su vertiente voluntaria, lo cierto es que quienes se hubieran sentido perjudicados por ellos habrían carecido de mayor título para protestar. Al fin y al cabo, cuando uno le entrega a un tercero la solución de un asunto, tiene que estar a lo que ese tercero decida, precisamente porque se ha puesto en sus manos. La decisión de un tribunal arbitral en ese contexto, por muy cuestionable que pudiera ser, o a pesar de todos los argumentos que pudieran armarse para refutar sus consideraciones,

habría sido pedida por las partes y aceptada de antemano por estas. Un laudo podría ser de mala calidad o muy equivocado, pero siempre tendría la legitimidad que le confiere la voluntad de las partes al solicitarlo.

Al igual que un acuerdo directo, entonces, si el laudo es bueno o malo resulta finalmente irrelevante, pues el hecho cierto es que las partes han decidido que esa sea la solución, y a eso tendrán que estarse.

En el arbitraje potestativo eso no se da. A través de este mecanismo cabe que sin intervención de la voluntad de una parte y hasta en contra de esta, terceros ajenos a la realidad de los actores de la discusión, que no han sido conferidos de autoridad estatal ni ostentan jurisdicción, se pronuncien primero respecto de los actos de estas y, después, sobre cuál debe ser la solución del diferendo de intereses.

Un sistema que reposa sobre la equidad, vale decir, sobre el criterio del decisor, solo es admisible si a quien se le va a aplicar ese criterio ha consentido en que ello suceda.

El temor principal que genera la figura, correlativamente, es que constituye una especie de vehículo de facilitación del proceso, pero no del de negociación (pues al final la niega) sino del de obtención de los beneficios de la negociación colectiva, es decir, en herramienta para que se logre que sindicatos que en negociación directa no tendrían mayor herramienta para obtener una determinada condición o beneficio, puedan acceder a estos.

Sin ser lo que era la resolución administrativa de los pliegos de reclamos, consideramos que el arbitraje potestativo es un retroceso. Considérese que, así como antaño la parte podía no negociar y estarse a lo que resolviera el poder político, actualmente, y con un manejo lo suficientemente hábil (o directamente abusivo), esa parte puede forzar la solución del pliego por arbitraje, juzgándolo ni más ni menos que al sorteo por la presidencia del tribunal arbitral.

El resultado de un arbitraje potestativo, en efecto, reposa en buena medida en la identidad de los árbitros, o en algunos casos del presidente, quien originalmente era nombrado discrecionalmente por la Autoridad de Trabajo, y ahora lo es por sorteo, salvo acuerdo de los otros dos árbitros.

La designación por sorteo es preferible a la digitada. Pero es también criticable. Nada hay en las características de los árbitros que aparecen (aparecemos) en el listado de profesionales hábiles para actuar como tales, algo que los califique para determinar los destinos de una empresa o rama de empresas específica. Nada hay que demuestre que tienen conocimiento del sector o entienden la problemática o que efectivamente van a actuar conforme debieran

para que la solución de equidad sea justa, más allá de la simple demostración de que se trata de profesionales.

V. LA INEXISTENTE BÚSQUEDA DEL ACUERDO

Lo más triste de la situación descrita, el contraste más notorio entre nuestra sociedad y nuestro tema, es que todos los cambios que se han presentado a lo largo de los años, todos los vaivenes descritos, han sido establecidos por el imperio del Estado.

Ni el sistema de resolución de conflictos por la Autoridad de Trabajo era querido por grandes sectores de empresas (y entenderíamos que en algún momento tampoco por los sindicatos), ni los sindicatos pudieron siquiera manifestarse respecto de la implantación del arbitraje voluntario. Las partes sociales ni siquiera existieron en el tránsito hacia el arbitraje potestativo, pues este se produjo a través de una situación particular.

¿Cómo, nos preguntamos, podría alguien pensar que en el Perú tenemos un sistema de negociación funcional, si ese sistema jamás ha sido negociado?

Esperemos que en un futuro, quizás partiendo de experiencias de diálogo exitosas como la que representa la entidad a la que hace homenaje este trabajo, sea posible una aproximación sensible a la cuestión y el establecimiento de mecanismos que realmente permitan y fomenten la negociación colectiva, conforme al mandato constitucional.