

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA DETERMINACIÓN DEL NIVEL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LOS RÉGIMENES DE CONSTRUCCIÓN CIVIL Y DE TRABAJO PORTUARIO

Castañeda Elvira

INTRODUCCIÓN

El artículo 45 del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo establece que en los supuestos en los que no ha existido una convención previa, ambas partes deberán ponerse de acuerdo para determinar el nivel en el que se llevara a cabo la negociación. A falta de acuerdo, la negociación colectiva deberá llevarse a cabo a nivel de empresa.

Esta disposición ha sido objeto de análisis por el Tribunal Constitucional (en adelante el TC) tanto en el caso del régimen de construcción civil (Caso CAPECO), como el caso de los trabajadores portuarios (Caso SUTRAMPORC), llegándose a establecer en una reciente sentencia que parte de la misma resulta inconstitucional, toda vez que impone a las partes la negociación a nivel de empresa.

En el presente artículo, pretendemos analizar el problema de la determinación del nivel de negociación colectiva de acuerdo a nuestro marco legal, así como la evolución de la postura asumida por el TC respecto al tema en el caso de estos regímenes especiales de contratación laboral.

I. LA UNIDAD NEGOCIAL Y EL PRINCIPIO DE LIBRE DETERMINACIÓN DEL NIVEL DE NEGOCIACIÓN

1. La unidad de negociación colectiva

El convenio colectivo de trabajo es el resultado típico de la negociación colectiva y, como tal, guarda una estrecha relación con la organización sindical y el empleador o grupo de empleadores que han participado en su elaboración.

La unidad de negociación constituye el marco en el que se desarrolla el convenio colectivo, esto es, el conjunto de relaciones de trabajo que son tomadas en cuenta para el establecimiento de un convenio colectivo que regulará las condiciones de trabajo que le serán aplicables. En palabras de Miguel Rodríguez Piñero, *“la unidad coincide con el círculo de intereses profesionales que pueden ser tutelados y regulados por un convenio colectivo”*⁽¹⁾.

La determinación de las unidades de negociación⁽²⁾ es importante tanto para la parte trabajadora como para la parte empleadora, no solo porque con ello se define el ámbito sobre el que recaerán los efectos del convenio, sino también, porque ello definirá la relación de fuerzas que habrá en medio del procedimiento de negociación colectiva⁽³⁾.

(1) Rodríguez Piñero, Miguel, “7 Estudios de Derecho Colectivo del Trabajo”, Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 1994, p. 325.

(2) Villavicencio señala que las unidades de negociación se constituyen sobre la intersección de dos elementos: a) tipo de unidad de negociación y b) área de unidad de negociación. El primer término alude a la base asociativa del grupo que negocia en representación de los trabajadores, esto es, la organización sindical ante la que nos encontramos. Por el contrario, el área de unidad de negociación esta referida a la dimensión de la organización empresarial con la que se negocia. Bajo este contexto, los tipos de unidad de negociación serán, por ejemplo, de profesión u oficio, o sector o actividad, los que darán origen a unidades de negociación verticales u horizontales. Las áreas de negociación podrían ser, por su parte, el centro de trabajo, una sección dentro del centro de trabajo, varias secciones dentro del centro de trabajo, una empresa, varias empresas de un sector, todas las empresas de un sector o industria, todas las empresas de un sector o industria en diferentes niveles territoriales, etc. La combinación de tipos y áreas puede dar lugar a una numerosa y variada red de unidades de negociación, las cuales, a su vez, estructuran un sistema de negociación colectiva en determinado contexto. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, “La estructura de la Negociación Colectiva: Bases conceptuales y análisis del caso peruano”, en Asesoría Laboral, Lima, abril 1996, p. 18.

(3) En efecto, es evidente que en medio de un procedimiento de negociación colectiva ambas partes ostentan intereses contrapuestos que, a la larga, tendrán que resolverse en función a la fuerza con la que cuente cada una para imponer a la otra sus condiciones en medio de la negociación. En algunos casos, la parte trabajadora buscará que la unidad de negociación abarque a la mayor cantidad de trabajadores posible, a efectos de adquirir mayor fuerza de presión frente a la parte empleadora. Frente a este contexto, la parte empleadora buscará reconducir la negociación a unidades menores, en las que su contraparte no tenga una real capacidad de presión, con lo cual, no tendrá que ceder en gran medida al momento de llevar a cabo la negociación. Por el contrario, habrán supuestos en los que a la parte trabajadora le será más conveniente llevar a cabo la negociación en una unidad reducida, en vez de una negociación que abarque a muchos trabajadores, toda vez que en este último caso, quizás no se cuente con una representación sindical organizada y fuerte para hacer frente a la parte empleadora, y obtener los beneficios y condiciones a los que se aspira. En este contexto, tal vez para el empleador sea más conveniente reconducir la negociación a esta unidad mayor,

Un modelo de relaciones de trabajo debería permitir que las partes elijan libremente la unidad de negociación colectiva que estimen más conveniente, esto es, que en uso de su autonomía colectiva ambas partes definan sobre quienes recaerán los efectos de la negociación que llevarán a cabo.

Sobre este punto, señala Villavicencio que la facultad de las partes de decidir libremente la unidad o el nivel en el que llevarán a cabo la negociación, sirve como un “termómetro” para medir grado de respeto de la autonomía colectiva en determinado contexto jurídico, pues mientras en determinados ordenamientos se impondrán por vía legislativa las unidades en las que se debe llevar a cabo a negociación, en otros casos, se dejará este aspecto en la esfera de autodeterminación de las partes⁽⁴⁾.

En la práctica no son pocos los ordenamientos jurídicos que han establecido en su legislación criterios para la determinación de “adecuadas unidades de negociación”.

En este último caso estamos ante sistemas de relaciones laborales en los que directa o indirectamente el Estado ha establecido el catalogo de unidades en el que las partes pueden llevar a cabo la negociación colectiva.

Sobre este punto, Rodríguez Piñero señala que un sistema de establecimiento legal de unidades de negociación comporta una limitación a la autonomía colectiva, pero sin que ello signifique una permisón de la injerencia directa del Estado-persona en el curso de la negociación colectiva⁽⁵⁾.

Digamos que estamos ante una suerte de limitación indirecta de la autonomía colectiva por parte del Estado, pues si bien no se impone determinado nivel o unidad de negociación a las partes, si se limita su facultad de elección, pues solo reconoce como válidas las unidades de negociación que se encuentran previstas legalmente.

Ahora, se podría considerar que ello no resulta inválido, pues se esta concediendo a las partes la facultad de elegir dentro de ese abanico de posibilidades, sin embargo, es evidente que si en los hechos la norma legal impone a las partes o, a una de ellas, el llevar a cabo la negociación en determinado nivel, sin que tengan posibilidad de modificar esta situación, si podríamos estar hablando de una afectación al derecho de negociación colectiva.

en la que la representación laboral no cuenta con una debida fuerza de presión y, por ende, no tiene la facultad de imponer sus condiciones.

Estamos ante la dialéctica misma del derecho del trabajo, que si bien en el aspecto colectivo ve equiparada de cierta manera las fuerzas de los sujetos laborales, no puede dejar de lado la subsistencia del conflicto en un aspecto tan básico como la delimitación de la unidad en la que se llevará a cabo la negociación.

(4) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, Ob. cit., p. 18.

(5) RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel, Ob. cit., p. 329.

A continuación, analizaremos de manera general los principios y parámetros que establece la OIT respecto al tema de la determinación del nivel de negociación colectiva.

2. El principio de libre determinación del nivel de negociación colectiva

La OIT considera que los principios rectores de la negociación colectiva son la negociación libre y voluntaria, la libertad para decidir el nivel de negociación y el principio de buena fe⁽⁶⁾. Sin restar importancia al primer y tercer principio que hemos mencionado, a efectos de desarrollar este trabajo, nos centraremos en el principio de la libre determinación del nivel de negociación, que es el que guarda relación con la configuración de las unidades de negociación en determinado contexto legal.

Sobre este punto, conviene precisar que la Recomendación Num. 163 dispone en su párrafo cuatro, subpárrafo 1, que *“en caso sea necesario, se deberían adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para que la negociación colectiva pueda desarrollarse en cualquier nivel, y en particular a nivel de establecimiento, de la empresa, de la rama de actividad, de la industria y a nivel regional o nacional”*.

Bajo este contexto, la Comisión de Expertos y el Comité de Libertad Sindical han considerado que la determinación del nivel de negociación colectiva debería depender esencialmente de la voluntad de las partes y no debería ser impuesto en virtud de la legislación o de una decisión de la autoridad administrativa, toda vez que son estas quienes se encuentran en inmejorable situación para decidir cuál es el nivel adecuado para llevar a cabo el procedimiento de negociación⁽⁷⁾.

De esta manera, tenemos que en base al principio de negociación libre y voluntaria, las partes tienen la libertad de decidir el nivel en que requieren negociar, no siendo posible que esta determinación se realice de forma heterónoma, esto es, en base a una decisión estatal, que se manifieste mediante una ley o un acto administrativo.

Ahora, el Comité de Libertad Sindical ha llegado a señalar que en razón a este principio, el empleador puede negarse a negociar en un determinado nivel, tal como se puede observar a continuación:

“La determinación del nivel de negociación colectiva debería depender de la voluntad de las partes. Por ello, la negativa de los empleadores de negociar a un nivel determinado no constituiría una violación de la libertad sindical”.⁽⁸⁾

(6) GERNIGON, BERNARD, Alberto Otero y HORACIO Guido. “Principios de la OIT sobre la negociación colectiva”. En: *Revista Internacional de Trabajo*, Vol. 119, N° 1, Ginebra, 2000, pp. 44-47.

(7) *Ibid.*, p. 45-46.

(8) Oficina Internacional del Trabajo, “La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT”, Ginebra, 2000, p. 210.

De esta manera, se considera, a priori, que la negativa del empleador de negociar en determinado nivel no afecta el derecho de negociación colectiva; sin embargo, existirán supuestos en los que, por excepción, se podría limitar el ejercicio de este derecho a esta parte negocial, tal como analizaremos en uno de los siguientes acápite.

II. LAS UNIDADES DE NEGOCIACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO LEGAL

De acuerdo a lo establecido en el artículo 44 de la LRCT, en el ordenamiento legal peruano las negociaciones colectivas pueden llevarse a cabo en los siguientes niveles o unidades de negociación:

- a) De empresa, cuando se aplique a todos los trabajadores de una empresa, o a los de una categoría, sección o establecimiento determinado de aquella.
- b) De rama de actividad, cuando comprenda a todos los trabajadores de una misma actividad económica, o a parte determinada de ella.
- c) De un gremio, cuando se aplique a todos los trabajadores que desempeñen una misma profesión, oficio o especialidad en distintas empresas.

En el Perú, la unidad típica o predominante de negociación es la de empresa o centro de trabajo e, incluso, este nivel puede dividirse en dos sectores: de obreros y empleados.

El problema de este tipo de estructura negocial es que la extensión personal de los convenios colectivos es generalmente muy reducida, en vista que los trabajadores de las pequeñas unidades de trabajo, por lo general, quedan al margen de la negociación colectiva, lo cuales relevante en la medida que la mayor cantidad de trabajadores está empleado en pequeñas empresas⁽⁹⁾.

Ahora bien, la orientación de nuestro ordenamiento a una unidad de negociación de empresa tuvo su más fuerte catalizador en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo emitida en el año 1992, pues esta norma prácticamente recondujo la negociación colectiva a este nivel, desplazando por completo a la negociación por rama de actividad, que era la que prevalecía hasta ese momento.

En efecto, lo establecido en el artículo 45 de la LRCT, junto con la Tercera Disposición Transitoria Final de la Ley, que a la fecha se encuentra derogada, implicó un marco legal mediante el cual se dio preferencia a la negociación colectiva a nivel de empresa, dejando de lado por completo la negociación en un nivel superior, conforme analizaremos a continuación:

(9) CIUDAD REYNAUD, Adolfo, "Estructura de la negociación colectiva, democracia y modelo de relaciones laborales". En: *Revista del Foro*, Volumen 81, N° 1-2, Lima, 1993, p. 87.

1. La determinación del nivel de negociación colectiva de acuerdo a la LRCT

En los dos primeros párrafos del artículo 45 de la LRCT, se establecen las reglas respecto a los niveles de negociación colectiva que deben aplicarse en caso no exista una convención previa, o en caso se desee variar el nivel de negociación, tal como se puede apreciar a continuación:

Artículo 45.- Si no existe previamente una convención colectiva en cualquier nivel de los señalados en el artículo anterior, las partes decidirán, de común acuerdo, el nivel en que entablarán la primera convención. A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa.

De existir convención en algún nivel, para entablar otra en un nivel distinto, con carácter sustitutorio o complementario, es requisito indispensable el acuerdo de partes, no pudiendo establecerse por acto administrativo ni por laudo arbitral.

Las convenciones de distinto nivel acordadas por las partes deberán articularse para definir las materias que serán tratadas en cada una. En caso de conflicto se aplicará la convención más favorable, confrontadas en su integridad.

Podrán negociarse a nivel de empresa las materias no tratadas en una convención a nivel superior, que la reglamenten o que se refieran a condiciones de trabajo propias y exclusivas de la empresa.

Conforme se aprecia, el primer párrafo del artículo 45 nos indica que si no existe una convención colectiva en cualquiera de los tres niveles antes analizados (empresa, rama de actividad o gremio), y si no existe un acuerdo de partes respecto a este tema, el nivel de negociación será de empresa.

Este párrafo denota la opción del legislador de establecer el nivel de empresa cuando no medie un acuerdo de partes respecto a este tema cual, de acuerdo a lo analizado en el acápite anterior, no guardaría concordancia con el principio de libre determinación del nivel de negociación colectiva.

En efecto, conforme analizamos, el Estado no debería imponer determinado nivel de negociación colectiva a las partes negociales, pues corresponde únicamente a estas definir los márgenes de representación sindical y de actuación de determinado convenio colectivo.

Si bien el legislador puede señalar una serie de opciones entre las cuales las partes pueden elegir para llevar a cabo una negociación colectiva, ninguna de estas puede llegar a ser impuesta por vía normativa o administrativa, ya que ello afectaría el principio de libre determinación del nivel de negociación y, por ende, denotaría que estamos ante una disposición contraria a las normas de la OIT y al derecho de negociación colectiva contenido en la Constitución.

Ahora, el segundo párrafo del artículo 45 establece que si existe una convención anterior en alguno de los niveles señalados, para cambiar de nivel se requiere del acuerdo de partes, no siendo posible que esta decisión se establezca por acto administrativo o laudo arbitral.

Si bien esta disposición respetaría el derecho de las partes de decidir el nivel de negociación, cabe hacer notar que en el momento en el que se emitió la LRCT existía una clara contradicción entre el contenido de este párrafo y lo establecido en la Tercera Disposición Transitoria de LRCT, con lo cual, en los hechos se logró reconducir las negociaciones colectivas por rama de actividad al nivel de empresa⁽¹⁰⁾.

Ahora, si bien mediante la Ley N° 27912, emitida en año 2003, esta disposición quedó derogada, es evidente que mientras estuvo vigente coadyuvó en la desarticulación de la negociación colectiva por rama de actividad en el Perú, más aun, si tomamos en cuenta que no se realizó una modificación de lo establecido en el primer párrafo del artículo 45 de la LRCT, respecto al establecimiento de una negociación a nivel de empresa a falta de acuerdo entre las partes.

III. LA POSTURA ASUMIDA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LOS CONFLICTOS RELACIONADOS A LA DETERMINACIÓN DEL NIVEL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La posición del Tribunal Constitucional respecto a la determinación del nivel de negociación colectiva, se ha ido delimitando a través de las sentencias recaídas sobre el caso CAPECO y el de los Trabajadores Portuarios, en las que luego

(10) En efecto, la Tercera Disposición Transitoria y Final de la LRCT, estableció que los trabajadores y las empresas o gremios comprendidos en negociaciones colectivas a nivel de rama de actividad, que se encontraban en trámite cuando entró en vigencia la norma (julio de 1992), debían ratificar o modificar su voluntad de continuar negociando en dicho nivel dentro de los treinta días naturales posteriores a la entrada en vigencia de la LRCT. De no haber acuerdo de partes, la negociación colectiva se llevaría a cabo a nivel de empresa.

Obsérvese, el contenido del segundo párrafo del artículo 45 nos informa sobre un acuerdo de partes **necesario** para cambiar un nivel de negociación, sin embargo, la Tercera Disposición da a entender que la no ratificación de una de las partes respecto al nivel de negociación que venía llevando a cabo hasta ese momento, sería valedera para cambiar el nivel de negociación a un nivel de empresa.

De esta manera, pese a que hubiera existido una convención colectiva en un nivel de rama de actividad con anterioridad, de acuerdo a lo establecido en la Tercera Disposición Transitoria, bastaba que una de las partes no estuviera de acuerdo con seguir en este nivel, para que este tuviera que rebajarse al nivel de empresa.

En este contexto, es evidente que la decisión unilateral de una de las partes podía cambiar el nivel de negociación, supuesto que resulta totalmente contrario a lo establecido en el artículo 45, que expresamente establecía, que **solo mediante acuerdo de partes** se podía cambiar de nivel, llegando incluso a señalar que esta decisión no podía establecerse por laudo arbitral o decisión administrativa, restricción que demuestra la total negativa del legislador a la intervención de un tercero y, más aun, a la decisión unilateral de alguna de las partes respecto a esta situación.

Por lo expuesto, es evidente que la regulación referida a la determinación del nivel de negociación dentro de la LRCT prácticamente reconducía a las partes a una negociación a nivel de empresa, dejando de lado las negociaciones a nivel de rama de actividad que, hasta ese momento, era la unidad de negociación predominante en el Perú.

de realizar un análisis del derecho de negociación colectiva de acuerdo a la Constitución y las normas de la OIT, impone, en el primer caso, que el nivel en el que se debe llevar a cabo la negociación colectiva es el de rama de actividad y, en el segundo, que la determinación del nivel de negociación deberá llevarse a cabo a través del arbitraje que, para cualquier efecto, es de carácter potestativo. A continuación, analizaremos los aspectos más resaltantes de estas sentencias:

1. La postura asumida por el Tribunal Constitucional respecto a la determinación del nivel de negociación colectiva en el caso CAPECO

La discusión en este caso radicaba en establecer si es que la Federación de Trabajadores de Construcción Civil podía negociar con CAPECO a nivel de rama de actividad, tomando en cuenta que la Resolución Ministerial N° 051-96-TR estableció que en caso no exista acuerdo de las partes respecto al nivel de negociación, la misma debía llevarse a cabo a nivel de empresa, debiéndose entender en este caso, el nivel de empresa como el de obra.

Mientras la Federación alegaba la existencia de precedentes de negociación a nivel de rama de actividad con CAPECO, situación que lo habilitaría a continuar en este nivel en próximas negociaciones colectivas; CAPECO indicaba que desde la emisión de la LRCT en julio de 1992, había manifestado su voluntad de no negociar en este nivel, y que si bien con posterioridad a este hecho se habían emitido resoluciones del MINTRA en las que se arribaba a acuerdos de negociación con la Federación a nivel de rama de actividad, estos eran actos administrativos que habían sido impuestos por esta entidad teniendo como base la Resolución Ministerial N° 053-93-TR.

Al momento de resolver este caso, el TC realizó un análisis de la naturaleza de los servicios prestados en construcción civil, estableciendo que, a diferencia de lo que sucede en un régimen laboral común, la actividad desarrollada por los trabajadores de este régimen especial se caracteriza por dos aspectos:

La Eventualidad: Se explica por el carácter temporal de la relación laboral en construcción civil. Relación que no es permanente pues dura mientras se ejecuta la labor para la cual se ha contratado al trabajador o mientras dure la ejecución de la obra.

Ubicación Relativa: No existe un lugar fijo y permanente donde se realicen las labores de construcción, ellas se desenvuelven en diversos sitios, sin fijeza absoluta.

En los hechos, ambos aspectos demostrarían la imposibilidad de entablar una negociación a nivel de empresa pues un trabajador de construcción civil, en razón a la naturaleza eventual de sus servicios, puede llegar a realizar actividades de manera sucesiva para distintos empleadores en un corto periodo de tiempo, lo cual “torna en gaseosa” la noción de empresa y convierte en inmanejable la posibilidad de negociar colectivamente.

De esta manera, tomando en cuenta la distinta la naturaleza de la relación laboral que se presenta en el régimen común y en el régimen de construcción civil, debido a la permanencia o eventualidad de los servicios que se prestan, el TC consideró que se debían establecer determinadas reglas especiales para que los trabajadores de este último régimen puedan ejercer sus derechos colectivos válidamente, lo cual guardaría concordancia con lo establecido en el artículo 28 de la Constitución y el Convenio 98 de la OIT.

Este análisis, a nuestro modo de ver, parte de reconocer que si bien la Ley debe tener efectos iguales y generales para todos, existen situaciones que por tener una naturaleza distinta a lo general y común requieren de una consideración especial, pues en caso la Ley se aplicara de manera rígida a su situación concreta se podrían afectar derechos constitucionales.

Esto es lo que sucedió propiamente en el caso de construcción civil, pues estábamos ante una situación particular, en la cual la aplicación rígida de lo establecido en el artículo 45, podría conllevar a la afectación del derecho a la negociación colectiva de este tipo de trabajadores. Ahora, pese a que podríamos afirmar que en el régimen de trabajadores portuarios nos encontrábamos ante situación similar, pues las actividades desarrolladas por estas personas eran discontinuas (solo estaban ocupados cuando había una relación específica y por un tiempo determinado) y se laboraba sucesivamente para distintos empleadores dentro del mismo sector⁽¹¹⁾, el TC se centró en aspectos distintos a los analizados en el caso CAPECO a efectos de resolver la demanda de amparo planteada y establecer que la determinación del nivel de negociación colectiva debía realizarse a través del arbitraje.

2. La postura asumida por el Tribunal Constitucional en el caso de los trabajadores portuarios- El arbitraje como medio para solucionar este conflicto en la determinación del nivel de negociación

Conforme hemos analizado, el artículo 45 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo establece que si no existe previamente una convención colectiva en algún nivel, las partes decidirán, de común acuerdo, el nivel en que entablarán la primera convención. A falta de acuerdo, la negociación colectiva se llevará a cabo a nivel de empresa.

En la sentencia recaída en el proceso de amparo seguido por el Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao (SUTRAM-PORC) contra la Asociación Peruana de Agentes Marítimos (APAM) y la Asociación Marítima del Perú (ASMARPE), el TC señala que el hecho de que una legislación fije imperativamente el nivel de negociación colectiva (establecimiento, empresa, rama de actividad, industria, regional o nacional), plantea problemas de

(11) NEVES MUJICA, Javier, "El nivel de Negociación colectiva en la actividad portuaria". En: *Asesoría Laboral*, Lima, abril 2007, p. 16.

incompatibilidad con el Convenio 98 y el artículo 28 de la Constitución, que regula el derecho a la negociación colectiva, motivo por el cual, declara la inconstitucionalidad de esta disposición.

La negativa de los empleadores de negociar a un nivel determinado, en principio, no constituiría una violación del derecho de negociación colectiva, pues este se fundamenta en la autonomía de las partes, sin embargo, el TC considera que, por excepción, cabe la posibilidad de que el nivel de la negociación colectiva sea determinado por vía heterónoma (arbitraje) ante un organismo independiente de las partes, en función a la naturaleza promotora de la negociación colectiva que tiene el Estado y de acuerdo a lo establecido en la Constitución.

Esta excepción sería aplicable cuando se demuestre que una de las partes no está cumpliendo con su deber de negociar de buena fe o que está realizando prácticas desleales.

Es en este último argumento en que se basa el TC para establecer que en este caso el nivel de negociación colectiva debe ser determinado mediante el arbitraje si las partes no llegan a un acuerdo, toda vez que considera que la parte empleadora ha abusado de sus libertades para negociar y para decidir el nivel de negociación al *“haber hecho todo lo posible para que la negociación colectiva no se realice”*⁽¹²⁾.

Bajo este contexto, en la parte resolutive de la sentencia establece, entre otros aspectos, que la segunda oración del primer párrafo del artículo 45 del Decreto del D.S. N° 010-2003-TR resulta inaplicable a las partes y que a falta de acuerdo para decidir el nivel de negociación colectiva, *“éste deberá ser determinado mediante el arbitraje, sin que exista previa declaración de huelga”*.

Con fecha 01 de marzo del 2010 se emitió una sentencia aclaratoria, en la que se precisó este último aspecto, pues se indicó que el arbitraje al que se había referido en la primera sentencia es el que ha sido establecido y regulado por el TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, toda vez que el caso se originó en un procedimiento de negociación colectiva.

Ahora, con **fecha 10 de junio del 2010, se emitió una segunda sentencia aclaratoria respecto a este caso**, en el que el Tribunal Constitucional ha precisado que la decisión de que el conflicto respecto a la determinación del nivel de negociación colectiva se resolviera a través del arbitraje, provenía de una interpretación sistemática de lo establecido en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

Bajo este contexto, **realiza un análisis de lo establecido en esta norma respecto al arbitraje y llega a determinar que de una lectura conjunta de**

(12) Según el TC, la mala fe de la parte empleadora había quedado acreditada con el hecho de haber inasistido injustificadamente a la gran mayoría de reuniones convocadas por la División para negociar el pliego de reclamos presentado por el Sindicato demandante.

diversos artículos de la LRCT, el mismo resulta ser de carácter potestativo y no voluntario.

Respecto a este punto, conviene precisar que el arbitraje potestativo o unilateralmente preceptivo, es aquel por el cual ambas partes pueden adoptar conjuntamente la decisión de acudir al arbitraje, pero también esta facultada una de las partes, por su sola decisión y en las condiciones establecidas en la norma, de someter el conflicto a arbitraje, arrastrando a su contraparte a dicha solución⁽¹³⁾.

El TC considera que en nuestro ordenamiento jurídico estamos ante un arbitraje potestativo, toda vez que el artículo 62 de la LRCT señala que ante la ausencia de acuerdo entre las partes los trabajadores pueden, alternativamente al arbitraje, declarar la huelga.

Sobre este punto se indica que si bien el Estado reconoce el derecho de huelga, ello en ninguna medida implica el deber de promoverla. En el caso de la negociación colectiva, por el contrario, la Constitución no solo reconoce su ejercicio sino que, además, asume la obligación de “promover formas de solución pacífica de conflictos laborales”.

De esta manera, si la huelga no debe ser promovida y fomentada y las formas de solución pacífica de conflictos laborales si deben ser fomentadas por parte del Estado, a criterio del TC, resulta evidente que el arbitraje al que hace alusión el artículo 61 del Decreto Legislativo N° 010-2003-TR es potestativo y no voluntario, esto es, ante la falta de acuerdo, y manifestada la voluntad de una de las partes de acudir al arbitraje, la otra tiene la obligación de aceptar esta forma de solución del conflicto.

Bajo estas consideraciones, el TC concluye que de una lectura conjunta de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su Reglamento, se puede inferir válidamente que en nuestro ordenamiento el arbitraje es de carácter potestativo⁽¹⁴⁾.

Esta aseveración implica que para cualquier caso, ya sea que estemos ante un conflicto para la determinación del nivel negocial o para solucionar de manera definitiva la negociación, la parte trabajadora podría solicitar que la

(13) CORTES CARCELEN, Juan Carlos, “El arbitraje laboral ¿voluntario o potestativo?”. En: *Revista del Foro*, Volumen 81, N° 1-2, Lima, 1993, p. 90.

(14) Se considera que siguiendo esta línea de interpretación, ahora sí tendría sentido la especificación realizada por el artículo 63 de la LRCT, en la cual se establece que “*durante el desarrollo de la huelga los trabajadores podrán, asimismo, proponer el sometimiento del diferendo a arbitraje, en cuyo caso se requerirá de la aceptación del empleador*”; pues esta precisión solo tendría lógica si se interpreta que el arbitraje regulado por el artículo 61 del mismo Decreto no requiere de dicha aceptación. Asimismo, se considera que el artículo 46 del Reglamento de la LRCT también abona a esta interpretación, pues la misma establece que al término de la negociación directa, o de la conciliación, de ser el caso, según el artículo 61 de la Ley, cualquiera de las partes podrá someter el diferendo a arbitraje, salvo que los trabajadores opten alternativamente por ejercer el derecho de huelga, de conformidad a lo establecido en el artículo 62 de la Ley.

diferencia sea resuelta a través del arbitraje, decisión que vinculará necesariamente a la parte empleadora.

IV. LA NECESIDAD DE ESTABLECER REGLAS ESPECIALES PARA LA DETERMINACIÓN DEL NIVEL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LOS RÉGIMENES PORTUARIO Y DE CONSTRUCCIÓN CIVIL

En los regímenes de construcción civil y de trabajo portuario, era clara la necesidad de establecer determinados parámetros mediante los que se estableciera que la negociación colectiva debía llevarse a cabo a nivel de rama o sector, tomando en cuenta que en los hechos, la negociación colectiva a nivel de empresa (en el caso de construcción civil de obra) hacia inviable el ejercicio de este derecho constitucional por parte de los trabajadores de estos sectores.

De esta manera, se debía analizar la naturaleza de los servicios prestados (eventualidad y ubicación relativa en el caso del régimen de construcción civil, y labores discontinuas realizadas de manera sucesiva para una pluralidad de empleadores, en el caso de los trabajadores portuarios), a efectos de establecer que la negociación colectiva no podía llevarse a cabo a nivel de empresa, pues ello implicaría vaciar de contenido el derecho a la negociación colectiva de estos trabajadores, el cual se encontraba contenido en la Constitución y en el Convenio N° 98 de la OIT.

Solo en el proceso del régimen de construcción civil se realizó este análisis, ya que en el caso de los trabajadores portuarios, el TC se centró en determinar la existencia de un actuar de mala fe por parte de los representantes de los empleadores, a fin de establecer que en este tipo de supuestos se debía establecer el arbitraje como una medida para solucionar el conflicto en la determinación del nivel de negociación colectiva y que el mismo resultaba de carácter potestativo.

Estimamos que esta variación tiene como sustento el pronunciamiento vertido por el Comité de Libertad Sindical respecto al caso CAPECO (Caso núm. 237-Perú), en el que se estableció que la imposición del nivel de rama implicaba una alteración del principio de autonomía de las partes y el principio de la negociación libre y voluntaria (indisociables del derecho de negociación colectiva consagrado en el Convenio 98 de la OIT), por lo que se recomendó al Estado Peruano que invite a las partes a establecer un mecanismo de solución de los conflictos relativos al nivel en el que debe realizarse la negociación colectiva (por ejemplo, un órgano compuesto por personalidades independientes que cuenten con la confianza de las partes) y, asimismo, que tome las medidas pertinentes para modificar el artículo 45 de la Ley de Relaciones Colectivas.

Ahora, es evidente que el establecer el arbitraje potestativo como el medio a través del cual se resuelvan conflictos derivados de la determinación del nivel de negociación, en realidad, puede ayudar a solucionar una diversidad de conflictos,

en especial, en aquellos casos en los que la negativa del empleador de establecer determinado nivel de negociación había llegado a vaciar prácticamente el derecho de negociación colectiva de determinadas organizaciones sindicales, como sería el caso de los trabajadores portuarios o los trabajadores que se encuentran bajo el régimen de construcción civil.

Sin embargo, no deja de llamar la atención que el Tribunal Constitucional pueda atribuirse facultades de legislador para determinar un arbitraje potestativo como medio de solución de conflictos derivados de la determinación del nivel de negociación, pues si bien puede ejercer el control difuso para inaplicar o declarar inconstitucional una norma, no puede modificar las normas vigentes o crear otras distintas, por más que la finalidad resulte loable, ya que ello implica exceder las facultades que le han sido concedidas por vía constitucional.

Ahora, en los hechos tendremos que cuando existan conflictos respecto al nivel de negociación, la parte trabajadora podrá decidir que este problema se resuelva a través del arbitraje, hecho que necesariamente vinculará a la parte empleadora, pues estamos ante un arbitraje potestativo o preceptivo.

Conforme se observa, estamos ante un arbitraje que resulta obligatorio para una de las partes, lo cual debe ser analizado cuidadosamente, pues si bien su uso es argumentable en determinados casos -en los que exista mala fe o un actuar irregular de la parte empleadora, o cuando existan indicios de que se pueda estar vaciando el contenido el derecho de negociación colectiva de determinado tipo de trabajadores- esta afirmación pareciera no ser justificable en aquellos casos en los que la negociación colectiva se lleve a cabo sin este tipo de inconvenientes.

Al respecto, debemos hacer notar que la Comisión de Expertos se ha pronunciado respecto a este tema haciendo notar que “en lo que respecta al arbitraje impuesto a solicitud de una sola de las partes, la Comisión considera que, de manera general, es contrario al principio de negociación voluntaria de los convenios colectivos establecido en el Convenio N° 98 y, por consiguiente a la autonomía de las partes en la negociación. No obstante, puede admitirse por excepción en aquellos casos en que existan disposiciones que, por ejemplo, permitan a las organizaciones de trabajadores iniciar este procedimiento para la firma del primer convenio; como la experiencia demuestra que el acuerdo del primer convenio colectivo es frecuentemente uno de los pasos más difíciles en el establecimiento de sanas relaciones profesionales, este tipo de disposiciones convencionales puede considerarse como mecanismos y procedimientos que facilitan la negociación colectiva”⁽¹⁵⁾.

(15) Pronunciamiento vertido por el Comité de Expertos en el Estudio general “Libertad sindical y negociación colectiva” de 1994, el mismo que es analizado por Gernigon, Bernard, Alberto Otero y Horacio Guido en “Normas de la OIT y principios de los órganos de control”, OIT, Ginebra, 2000, p. 40.

El caso de la determinación del nivel de negociación colectiva bien podría encuadrarse dentro de este supuesto, pues en determinados casos este resulta ser uno de los pasos más difíciles para que el procedimiento de negociación colectiva siga su trámite. Ello no debe implicar, sin embargo, que se haga uso de esta facultad sin que haya existido un previo esfuerzo real de las partes de solucionar el conflicto sobre este tema de manera directa.

Basamos esta afirmación en el hecho de que el mismo TC ha señalado que el arbitraje potestativo que se aplicaría en estos casos, es el que se encuentra regulado en el artículo 61 de la LRCT, el cual, conforme se colige de la norma, solo es admisible cuando las partes han agotado de manera previa la etapa de trato directo.

Obviamente, en el caso de la determinación del nivel de negociación colectiva no se puede hablar del agotamiento de una etapa de este tipo en el sentido estricto del término, pues ello implicaría hacer demasiado engorroso este procedimiento; sin embargo, es claro que antes de hacer uso del arbitraje potestativo se deberá observar que ambas partes hayan tratado realmente de solucionar este conflicto de manera directa.

Bajo este contexto, es claro que las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional respecto al régimen de trabajadores de construcción civil y de trabajadores portuarios, si bien trataron en un principio de solucionar los conflictos generados dentro de estos sectores respecto a la determinación de nivel de negociación colectiva, al final han generado criterios generales sobre este tema que deberán ser tomados en cuenta por todos los operadores jurídicos.

Ahora, el que este tipo de criterios se hayan tenido que fijar precisamente en estos casos, tal vez se deba a que en los mismos resultaba más apreciable la afectación que se puede producir cuando el Estado establece unilateralmente determinado nivel de negociación.

Ello se debe a que estamos ante regímenes en los que la prestación de servicios por parte de los trabajadores se lleva a cabo de manera especial, al extremo de haber ameritado la existencia de toda una regulación particular que defina los derechos y obligaciones que le corresponden tanto a empleadores como a trabajadores en el plano individual. Bajo este contexto, era evidente que la normativa sobre la determinación del nivel de negociación colectiva no podía ser aplicada sin tomar en cuenta estas circunstancias, toda vez que en este tipo de casos, precisamente por la naturaleza especial de los servicios prestados (actividad temporal o discontinua y, principalmente, una sucesiva pluralidad de empleadores), se hacía más latente que la imposición de determinado nivel podía llegar a vaciar, en los hechos, el contenido del derecho de negociación colectiva de los trabajadores.

CONCLUSIONES

- El Estado no puede imponer determinado nivel de negociación colectiva a las partes negociales, pues corresponde únicamente a estas definir los márgenes de representación sindical y de actuación de determinado convenio colectivo.
- En el caso CAPECO, el Tribunal Constitucional estableció que debido a la naturaleza de los servicios prestados por los trabajadores de construcción civil (eventualidad y ubicación relativa), así como el deber asumido en la Constitución de promover la negociación colectiva, correspondía establecer que en este caso la negociación se llevará a cabo a nivel de rama de actividad.
- En el caso de los trabajadores portuarios, el TC estableció la inconstitucionalidad de la segunda oración del primer párrafo del artículo 45 de la LRCT, al considerar que esta disposición afecta el principio de negociación libre y voluntaria. Bajo este contexto, tomando en cuenta el vacío normativo dejado con esta declaración, resuelve que a falta de acuerdo la determinación del nivel de negociación deberá establecerse mediante el arbitraje.
- En la última sentencia aclaratoria emitida respecto a este caso, indica que el arbitraje que debe usarse para definir el nivel de negociación colectiva es el que se encuentra contenido en la LRCT, el cual es de carácter potestativo.
- El que el TC haya establecido estos criterios en el caso de estos regímenes especiales de contratación, se debe a que la naturaleza especial de los servicios prestados por los trabajadores en estos sectores (eventualidad y ubicación relativa en el caso del régimen de construcción civil, y labores discontinuas realizadas de manera sucesiva para una pluralidad de empleadores, en el caso de los trabajadores portuarios), hace más apreciable que la imposición de determinado nivel de negociación colectiva puede vaciar el contenido de este derecho fundamental.

BIBLIOGRAFÍA

- Acevedo Mercado, Jorge Luis. “Comentarios a la sentencia de Tribunal Constitucional sobre la negociación colectiva a nivel de rama de actividad en el sector portuario”. En: *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 104, Lima, Octubre 2009.
- Arce Ortiz, Elmer. Entrevista “No podemos restringir la negociación a un solo nivel porque es totalmente anacrónico y autoritario”. En: *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 104, Lima, Octubre 2009.
- Ballester Pastor, María. *El arbitraje Laboral*. Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social, Madrid, 1993.

- Boza Pró, Guillermo y Canessa Montejo, Miguel, “Relaciones Colectivas de Trabajo: entre la flexibilidad y el intervencionismo estatal”, Estudios sobre la flexibilidad en el Perú, Oficina Internacional del Trabajo, Perú, 2000.
- Cabeza Pereiro, Jaime. *La buena fe en la negociación colectiva*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1995.
- Canova Talledo, Karla. “Negociación colectiva por rama ¿libertad o imposición?”. En: *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 104, Lima, Octubre 2009.
- Cantuarias Salaverry, Fernando y Diego Aramburu Yzaga. *El arbitraje en el Perú: Desarrollo Actual y perspectivas futuras*. Fundación M.J. Bustamante De la Fuente, Lima Perú, 1994.
- Carrillo Calle, Martín Alberto. *Elementos para un primer balance del arbitraje laboral en el Perú (1992-1993)*, ADEC-ATC, Lima, 1994.
- Ciudad Reynaud, Adolfo. “Estructura de la negociación colectiva, democracia y modelo de relaciones laborales”. En: *Revista del Foro*, Volumen 81, N° 1-2, Lima, 1993.
- Circulo de Estudios de Derecho Laboral de la Asociación Derecho y Sociedad. “Caracterización del tratamiento de las instituciones de huelga y arbitraje en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo”. En: *Derecho y Sociedad*, Año 3, N° 6, Lima, 1992.
- Cortes Carcelen, Juan Carlos. “El arbitraje laboral ¿voluntario o potestativo?”. En: *Revista del Foro*, Volumen 81, N° 1-2, Lima, 1993.
- De la Cueva, De Ferrari, Russomano, Alonso Olea, Ruprecht, Allocati y Otros. *Derecho Colectivo Laboral*, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1973.
- De los Heros Pérez Albela, Alfonso. “El arbitraje en la relación laboral privada y en la relación colectiva de trabajo”. En: *Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje*. Palestra Editores. Lima, 2009.
- Estudio Mario Castillo Freyre. *El arbitraje en las distintas ramas del Derecho*. Editorial Palestra, Lima, 2007.
- Gernigon, Bernard, Alberto Otero y Horacio Guido. “Principios de la OIT sobre la negociación colectiva”. En: *Revista Internacional de Trabajo*, Vol. 119, N° 1, Ginebra, 2000
- Hundskopf Exebio, Oswaldo. “El Control Difuso en la jurisdicción arbitral”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Actualidad, Análisis y Crítica Jurisprudencial, Gaceta Jurídica, año 11, N° 91, Lima, abril 2006.
- Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. *7 Estudios de Derecho Colectivo del Trabajo*, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 1994.

- Lengua Apolaya, César y Pasco Lizarraga, Mario. “El arbitraje obligatorio para la determinación del nivel de negociación colectiva por rama de actividad”. En: *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 104, Lima, Octubre 2009.
- Limas Vásquez, Rocío. “El arbitraje en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo”. En: *Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje*. Palestra Editores. Lima, 2009.
- Lohmann Luca de Tena, Juan. *El arbitraje*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1989.
- Lovaton Palacios, David. “El desencuentro entre el proceso negocial y el procedimiento arbitral en la LRCT”. En: *Asesoría Laboral*, Lima, agosto 1994.
- Matheus, Carlos. *El convenio arbitral*. Semper Veritas Ediciones, Lima, 2006.
- Mayor Sánchez, Luis. “La negociación colectiva por rama de actividad en puertos”. En: *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 104, Lima, Octubre 2009.
- Mejía Madrid, Renato. “La negociación colectiva en el trabajo portuario”. En: *Soluciones Laborales*, Octubre 2009, p. 33.
- Molina Caballero, M. Jesús. *La congruencia de los laudos arbitrales*. Servicio de Publicaciones Universidad de Málaga. 2002.
- Morales Corrales, Pedro. “Problemas del arbitraje en la negociación colectiva”. En: *Derecho y Sociedad*, Año 19, N° 30, Lima, 2007.
- Neves Mujica, Javier. “El nivel de la negociación en la actividad portuaria”. En: *Asesoría Laboral*, Lima, Abril 2007.
- Neves Mujiza, Javier. “Negociación colectiva: contenidos, procedimientos y productos”. En: *Asesoría Laboral*, Lima, Diciembre 1994.
- Oficina Internacional del Trabajo, Conciliación y Arbitraje en los Conflictos Colectivos de Trabajo, Ginebra, 1981.
- Oficina Internacional del Trabajo. *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra, 2000.
- Ojeda Áviles, Antonio. *Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid, 1995.
- Pasco Cosmopolis, Mario. “Solución de conflictos colectivos de trabajo: La Conciliación y el Arbitraje”. En: *Derecho / Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 37, Lima, 1983.
- Vegas Ruiz, María Luz. “Los medios de solución o composición de conflictos colectivos en España”. En: *Derecho y Sociedad*, Año 8, N° 12, Lima, 1997.

- Villavicencio Ríos, Alfredo. “La estructura de la Negociación Colectiva: Bases conceptuales y análisis del caso peruano”. En: *Asesoría Laboral*, Lima, abril 1996.
- Villavicencio Ríos, Alfredo. “Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo”. En: *Intervención y autonomía en las relaciones colectivas de trabajo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1993.
- Vilchez Garcés, Lidia. “¿Modificar la Ley en el caso concreto es una atribución del Tribunal Constitucional?”. En: *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 104, Lima, Octubre 2009.
- Vinatea Recoba, Luis. “El arbitraje en la Ley de Relaciones de Trabajo”. En: *Asesoría Laboral*, Lima, agosto 1992.
- Zegarra Garnica, Federico. “El Arbitraje Laboral en el Perú”, Asesores y Consultores, Lima, 1993.