



Javier Neves Mujica<sup>(\*)</sup>

## La determinación del nivel negocial en la **sentencia del Tribunal Constitucional** sobre los estibadores portuarios

“SE HA PASADO CON ESTA SENTENCIA DE UN CRITERIO OBJETIVO PARA SUSTENTAR LA INTERVENCIÓN JURISDICCIONAL EN LA DETERMINACIÓN DEL NIVEL NEGOCIAL: LAS CARACTERÍSTICAS DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL Y LABORAL; A OTRO SUBJETIVO: EL COMPORTAMIENTO DE MALA FE DE LOS EMPRESARIOS DURANTE LA NEGOCIACIÓN.”

Ante la reiterada negativa de sus empleadores, agrupados en la Asociación Peruana de Agentes Marítimos y la Asociación Peruana de Operadores Portuarios, a negociar colectivamente a nivel de sector el proyecto de convenio colectivo correspondiente al periodo 2007-2008, los trabajadores representados por el Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del puerto del Callao, interpusieron una demanda de amparo, que fue resuelta en última y definitiva instancia por el Tribunal Constitucional el 17 de agosto de 2009 (expediente 03561-2009-PA/TC). La sentencia declaró fundada la demanda y dispuso: (i) la inaplicación a las partes de la segunda frase del primer párrafo del artículo 45 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, que establece que si no hubiera acuerdo entre ellas sobre el nivel en que debería llevarse a cabo su primera negociación, esta se desenvolvería en el nivel de la empresa; y, (ii) que en sustitución de dicho acuerdo, el nivel de negociación debería ser determinado por un arbitraje. Además, formuló importantes aportes sobre el derecho de negociación colectiva. Luego, el 1 de marzo de 2010, dicho organismo resolvió la solicitud de precisión presentada por la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo del Callao, en el sentido de que el referido arbitraje es el regulado por la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

El objeto de este artículo es analizar dicha sentencia y su aclaración. Emprendemos este esfuerzo con el ánimo, de un lado, de contribuir a la comprensión de una resolución trascendental para la solución del caso concreto y para el contenido del derecho fundamental a la negociación

---

(\*) Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Decano de la misma casa de estudios. Ex Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo. Miembro del Comité Consultivo Nacional de la Asociación Civil IUS ET VERITAS.



## La determinación del nivel negocial en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre los estibadores portuarios

colectiva; y, del otro, de sumarnos con entusiasmo a la celebración por los veinte años de la dinámica Asociación IUS ET VERITAS y los cuarenta números de su estupenda revista, que enorgullece a nuestra Facultad.

Tomamos como base para este trabajo, el artículo de nuestra autoría publicado en la Revista Asesoría Laboral en abril de 2007<sup>(1)</sup>, en las partes en que conserva vigencia. Naturalmente, él no se ocupa de las cuestiones sucedidas después, que son las centrales para nuestro actual análisis.

### 1. Una precisión previa

Una organización sindical supraempresarial -y, por consiguiente, la negociación colectiva que conduce o pretende conducir- será de rama de actividad cuando los trabajadores que la conformen tengan profesiones, especialidades u oficios diversos; si fueran los mismos, será de gremio. Así lo precisan los incisos b) y c) del artículo 4 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Las organizaciones sindicales constituidas en el trabajo de estiba portuaria, así como el de construcción civil, según estos conceptos, tienen como ámbito el gremio y no la rama de actividad. Pese a que hay al interior de ellas subespecialidades (por ejemplo, en el trabajo portuario: estibadores, tarjadores, wincheros, grueros, etcétera.), todos sus integrantes son obreros asignados a un concreto rubro. No las integran obreros a cargo de otros rubros -choferes, conserjes, vigilantes, etcétera- y, menos aún, empleados. No obstante, el Proyecto de Ley 437/2006-CR, la sentencia del Tribunal Constitucional que comentamos, las propias partes en sus diversas comunicaciones y los abogados que hemos escrito sobre la controversia respecto del nivel de la negociación colectiva en las mencionadas unidades, siempre hemos hecho referencia a “la rama de actividad”. Para evitar insistir en esta confusión, vamos a aludir en este trabajo a la negociación colectiva por sector.

### 2. Las normas nacionales e internacionales sobre trabajo portuario

Las actuales normas sobre trabajo portuario no contienen disposiciones específicas sobre la negociación colectiva. En el ámbito nacional, la Ley 27866 solo remite a las

“normas laborales vigentes” (artículo 19). Lo mismo hace el reglamento, cuyo Texto Unico Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo 013-2004-TR, sin añadir precisión alguna (artículo 29). Se aplican, por tanto, en esta materia la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su Reglamento. En el ámbito internacional, el Convenio Internacional del Trabajo 137, tampoco formula ninguna mención a la negociación. Sí lo hace, en cambio, la Recomendación Internacional del Trabajo 145, en los términos siguientes: “Con tal fin [resolver los problemas corrientes y obtener un acuerdo general], debería reconocerse la importancia de que existan organizaciones de empleadores y de trabajadores portuarios, establecidas conforme a los principios sobre libertad sindical(...) y negociación colectiva(...) que puedan entablar libremente negociaciones y asegurar la ejecución de los acuerdos que se concluyan” (artículo 24).

### 3. Antecedentes remotos y próximos del nivel de sector

Una correcta síntesis del extenso periodo en el que las partes, con la participación eventualmente resolutoria de la Comisión Controladora de Trabajo Marítimo, negociaron colectivamente a nivel de sector, se encuentra en la parte considerativa del Auto Directoral 075-2005-MTPE/2/12.7. Allí se expresa que “de autos obra la Circular 101-90-GTM/DREE/TAR/CC, emitida por la Presidencia Ejecutiva de la Comisión Controladora de Trabajo Marítimo, de fecha 18 de mayo de 1990, que da solución al pliego de reclamos por rama de actividad presentado por el gremio de estibadores del puerto del Callao, por el periodo del 19 de abril de 1990 al 18 de abril de 1991; (...) que la Comisión Controladora de Trabajo Marítimo y Fluvial, durante su vigencia, tuvo a su cargo (...) la

(1) *El nivel de la negociación colectiva en la actividad portuaria*. En: *Asesoría Laboral*. Lima. n.º 196, abril de 2007. pp. 15-17.



## Javier Neves Mujica

facultad de resolver (...) los conflictos económicos referidos al aumento de remuneraciones y mejora de condiciones de trabajo, facultades que ejercieron hasta que, mediante Decreto Supremo 054-91-PCM de fecha 11 de marzo de 1991, se dispuso su disolución a cargo de una comisión especial; que, en este sentido, se puede apreciar que el último procedimiento de negociación colectiva a nivel de rama de actividad sería el referido al acuerdo del Consejo de Delegados de la Comisión Controladora de Trabajo Marítimo de fechas 02 y 09 de mayo de 1990 (...). La Comisión Controladora de Trabajo Marítimo se había creado por Decreto Supremo del 8 de marzo de 1935. Esta modalidad negoció, pues, por 56 años, hasta que se truncó por acción del citado decreto supremo.

En julio de 1992 se dictó la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo que trajo consigo un nuevo debate: permanecía latente en el campo portuario el nivel de sector aunque las partes hubieran cambiado, porque lo relevante para ello es el elemento objetivo, constituido por el ámbito (la unidad en la que se negocia) y no el subjetivo (los sujetos que lo hacen), como sostenían los trabajadores; o dicho nivel se había perdido con la disolución de la Comisión Controladora de Trabajo Marítimo, por lo que debería aplicarse la regla prevista en dicha ley -en el primer párrafo de su artículo 45- para la primera negociación, consistente en exigir el acuerdo entre las partes, en ausencia del cual debía actuarse en el ámbito de la empresa, como sostenían los empleadores. En nuestro concepto, el nivel lo establece principalmente la unidad y no los sujetos negociales, que pueden sustituirse unos por otros, por lo que debió entenderse que se mantenía el de sector. Este desacuerdo paralizó la negociación colectiva desde 1991.

Más allá de ello, en todo caso, el nivel de sector se habría restablecido mediante el acuerdo celebrado por escrito entre -de una parte- el Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del puerto del Callao y -de la otra- la Asociación Peruana de Agentes Marítimos y la Asociación Peruana de Operadores Portuarios, el 24 de setiembre de 2006. En este se fijó un jornal mínimo para todo el sector, por turno de 8 horas de trabajo: 40 soles para los estibadores y 45 para los wincheros y se estipuló que los beneficios laborales de aquellos trabajadores a quienes no les alcanzaran los acuerdos, se determinarían en las 48 horas siguientes,

por empresa. Las partes expresaron en el documento que no se trataba de un convenio colectivo por rama de actividad. No obstante, es evidente, por la representación que ostentaban los interlocutores, así como por su contenido, que sí se trató de un convenio colectivo y que fue suscrito a nivel de sector. El aforismo jurídico enuncia que las cosas son lo que su naturaleza determina y no su denominación. En igual dirección va el principio de la primacía de la realidad. Por consiguiente, de no haberse mantenido el nivel de sector tras la desaparición de la Comisión Controladora de Trabajo Marítimo, en esta oportunidad se habría recuperado; por lo que, para cambiarlo, se requeriría el acuerdo entre las partes, conforme a la regla establecida por el segundo párrafo del artículo 45 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. En el mismo sentido opina Mejía Madrid<sup>(2)</sup>. El Tribunal Constitucional no lo ha entendido así. Para este organismo, recién en la negociación colectiva del 2007-2008 se debía determinar el nivel. Por ello, considera aplicable al caso el primer y no el segundo párrafo del artículo 45. Si hubiera concordado con nuestro criterio, no hubiera necesitado inaplicar dicho primer párrafo: a falta de acuerdo sobre el nivel de sector, rige el de empresa; sino más bien aplicar el segundo: para cambiar el nivel de sector ya establecido, se requiere acuerdo, en defecto del cual se mantiene aquel nivel.

### **4. El precedente directo: el caso de construcción civil**

Con ocasión de la resolución del proceso de amparo entablado por la Cámara Peruana de la Construcción contra las decisiones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo que la instaban a negociar por sector con la Federación de Trabajadores en

(2) *La negociación colectiva en el trabajo portuario. A propósito de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional.* En: *Soluciones Laborales.* Lima. n.º 22, octubre de 2009. p. 35.



## La determinación del nivel negocial en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre los estibadores portuarios

Construcción Civil del Perú (expediente 0261-2003-AA/TC), el Tribunal Constitucional sostuvo que “el artículo 28 de la Constitución debe interpretarse en el sentido de que, si bien esta labor de fomento y promoción de la negociación colectiva, implica, entre otras acciones, que el Estado promueva las condiciones necesarias para que las partes negocien libremente, ante situaciones de diferenciación admisible, el Estado debe realizar determinadas acciones positivas para asegurar las posibilidades de desarrollo y efectividad de la negociación colectiva, pudiendo otorgar determinado ‘plus de tutela’ cuando esta sea la única vía para hacer posible la negociación colectiva” (Fundamento 3). Más adelante, precisó los supuestos que justifican dicha intervención estatal: “(...) se desprende que el régimen laboral de los trabajadores del sector de construcción civil posee características muy singulares que lo diferencian del de otros sectores, destacando: a) la eventualidad, pues la relación laboral no es permanente; dura mientras se ejecute la labor para la cual los trabajadores han sido contratados o mientras dure la ejecución de la obra; y b) la ubicación relativa, pues no existe un lugar fijo y permanente donde se realicen las labores de construcción”. Sumado a ello, “el trabajador de construcción civil presta servicios para una multiplicidad de empleadores (...)”, por todo lo cual “es razonable y justificado que el Estado intervenga, estableciendo medidas que favorezcan una efectiva negociación”, así como que se expidan “normas que sin desconocer que el nivel de negociación debe fijarse por acuerdo mutuo, establezcan como nivel de negociación el de rama de actividad cuando no pueda arribarse a dicho acuerdo” (Fundamento 3.3).

### 5. La semejanza de condiciones

Tenemos que preguntarnos, entonces, si las condiciones en que prestan su servicio los trabajadores portuarios de estiba son similares a las de los trabajadores de construcción civil, así como si sus dificultades para realizar negociaciones colectivas fuera del nivel de sector son tan severas. Respecto de lo primero, se puede constatar que en ambos casos se trata de trabajadores que: (i) se desenvuelven en un mismo rubro, sin rotar de un sector a otro; (ii) tienen una actividad discontinua, ya que están ocupados solo cuando hay una tarea específica y por un tiempo determinado; y, (iii) laboran sucesivamente para varios empleadores. Estas características se resaltan en el Proyecto de Ley 347/2006-CR, cuando se define al trabajador portuario como “la persona natural, registrada como tal (...) que bajo relación de subordinación al empleador portuario que

“EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NO LO HA ENTENDIDO ASÍ. PARA ESTE ORGANISMO, RECIÉN EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DEL 2007-2008 SE DEBÍA DETERMINAR EL NIVEL. POR ELLO, CONSIDERA APLICABLE AL CASO EL PRIMER Y NO EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 45. SI HUBIERA CONCORDADO CON NUESTRO CRITERIO, NO HUBIERA NECESITADO INAPLICAR DICHO PRIMER PÁRRAFO: A FALTA DE ACUERDO SOBRE EL NIVEL DE SECTOR, RIGE EL DE EMPRESA; SINO MÁS BIEN APLICAR EL SEGUNDO: PARA CAMBIAR EL NIVEL DE SECTOR YA ESTABLECIDO, SE REQUIERE ACUERDO, EN DEFECTO DEL CUAL SE MANTIENE AQUEL NIVEL.”

en cada oportunidad lo hubiere contratado, realiza un servicio específico y remunerado destinado a la ejecución de las siguientes especialidades propias del trabajo portuario (...)” (artículo 2).

Respecto de lo segundo, ha señalado Villavicencio Ríos que “(...) por sus particularidades, la relación laboral de los estibadores portuarios tiene una duración muy reducida, ya que se limita a cargar o descargar un determinado barco, generándose una rotación altísima de tales trabajadores entre las distintas empresas que se dedican a tal labor (en un mismo día pueden laborar para



## Javier Neves Mujica

dos o más empresas). En función de ello, la opción de que negocien colectivamente a nivel de empresa no tiene ningún asidero (...)<sup>(3)</sup>.

Si comparando las labores de los trabajadores de construcción civil y los portuarios de estiba, encontramos semejanza sustancial entre las condiciones de prestación del servicio y las dificultades para negociar colectivamente en otro nivel distinto al de sector, entonces se cumplían también en este último caso los requisitos exigidos por el Tribunal Constitucional para el otorgamiento del “plus de tutela”, consistente en “que sin desconocer que el nivel de negociación debe fijarse por acuerdo mutuo, [las normas] establezcan como nivel de negociación el de rama de actividad cuando no pueda arribarse a dicho acuerdo”, y “cuando esta sea la única vía para hacer posible la negociación colectiva”. Por ello, podía esperarse que el Tribunal Constitucional ratificara en este nuevo pronunciamiento su precedente sentado en el de construcción civil y ordenara directamente que la negociación colectiva portuaria se desarrollara a nivel de sector. Acevedo Mercado (“(...) al tener el trabajo portuario similares características al régimen de construcción civil, se debió aplicar la jurisprudencia recaída en el Expediente 0261-2003-SS/TC (...)<sup>(4)</sup>”, Mejía Madrid (“(...) a pesar de las similitudes entre la prestación de servicios de los trabajadores portuarios y los obreros de construcción civil (...) en el presente caso el Tribunal se ha alejado de dicho criterio(...)<sup>(5)</sup>” y Villavicencio Ríos (“(...) el caso era aún más claro que el de construcción civil y debería haber merecido la misma solución (...)<sup>(6)</sup>”, coinciden en ello. No obstante, ello no ocurrió. La explicación parece encontrarse en el desapego a la posición de la Organización Internacional del Trabajo en aras de una tesis más promotora de la negociación colectiva, que imperó en la primera sentencia, de marzo de 2003; y el apego a los criterios de dicha organización internacional, que se impuso en la segunda, seis años posterior. En esta línea, sostiene Mejía Madrid que: “El cambio de criterio puede deberse al pronunciamiento que el CLS hizo sobre dicha sentencia (...)<sup>(7)</sup>. Ello fluye nitidamente de la repetición literal -sin la correspondiente cita- de las

palabras de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo efectuada por el Tribunal Constitucional en el fundamento 14 de la sentencia.

## 6. La posición de la Organización Internacional del Trabajo

La Organización Internacional del Trabajo defiende la libertad de organización y acción sindical, y, por tanto, el derecho de negociación colectiva. Genéricamente, enuncia el artículo 4 del Convenio Internacional del Trabajo 98: “Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”. Específicamente, sobre los niveles de la negociación colectiva, establece la Recomendación Internacional del Trabajo 163, sobre el fomento de la negociación colectiva, que “se deberían adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para que la negociación colectiva pueda desarrollarse en cualquier nivel, y en particular a nivel del establecimiento, de la empresa, de la rama de actividad, de la industria y a nivel regional o nacional” (artículo 4.1).

Los pronunciamientos de sus órganos de aplicación, especialmente la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y

(3) “Sentencia clara y precisa”. En *Trabajo & Desarrollo*. Lima, n.º 6, diciembre de 2009. p. 5.

(4) “Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la negociación colectiva a nivel de rama de actividad en el sector portuario”. En: *Gaceta Jurídica*. Lima, tomo 104, octubre de 2009. p. 56.

(5) *Op. cit.*; p. 36.

(6) *Op. cit.*; p. 5.

(7) *Op. cit.*; p. 36.



## La determinación del nivel negocial en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre los estibadores portuarios

Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración, han desarrollado el alcance y contenido de estos principios, particularmente en lo que respecta a la determinación del nivel de la negociación colectiva. El primero de estos sostiene: “Normalmente, la elección del nivel de negociación debería corresponder a los propios interlocutores en la negociación; estos [están] en inmejorable posición para decidir cuál es el nivel más adecuado para llevarla a cabo (...)”<sup>(8)</sup>. También, señala que “una legislación que fije imperativamente el nivel de la negociación colectiva en un ámbito superior (sector, rama de actividad, etcétera) plantea asimismo problemas de incompatibilidad con el Convenio 98”<sup>(9)</sup>. Esta es la línea de pensamiento que inspira al Comité de Libertad Sindical. Este órgano, en el Caso 2375, sobre el nivel de la negociación colectiva en el sector de construcción civil en el Perú, recordó que “en base al principio de negociación colectiva libre y voluntaria, establecido en el artículo 4 del Convenio número 98, la determinación del nivel de negociación colectiva debería depender esencialmente de la voluntad de las partes y, por consiguiente, dicho nivel no debería ser impuesto en virtud de la legislación, de una decisión de la autoridad administrativa o de una jurisprudencia de la autoridad administrativa de trabajo” (párrafo 1226).

De lo expuesto, puede verse que hay dos lecturas sobre las normas que regulan la determinación del nivel: una, más igualitaria para ambas partes, conforme a la cual solo el acuerdo entre ellas puede fijarlo, no puede determinarse por vía legislativa ni administrativa, que es la acogida por los órganos de aplicación de la Organización Internacional del Trabajo; y otra, más protectora de los trabajadores, que admite en supuestos excepcionales la asignación del nivel de sector por el Estado, que fue enunciada por nuestro Tribunal Constitucional en el caso de construcción civil. Esta última pudo perfectamente reiterarse en el caso de los estibadores portuarios. Tomemos nota de que para dicha organización internacional no está excluida la intervención de un organismo independiente. El Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo la había admitido en el mismo párrafo del pronunciamiento que citamos antes. Dice al respecto Villavicencio Ríos: “Cierto

es que la OIT ha indicado que en caso de desacuerdo debería recurrirse a un organismo independiente, y los tribunales arbitrales lo son, pero también lo es, y destacadamente, el Tribunal Constitucional, por lo que una solución directa del tema hubiera sido la mejor opción en todos los sentidos (...)”<sup>(10)</sup>.

### 7. La inaplicación del primer párrafo del artículo 45

Hemos afirmado que existía en el trabajo de estiba portuaria el nivel de sector para la negociación colectiva, ya fuera porque nunca se perdió -aunque dejó de ejercerse por varios años-, ya fuera porque se recuperó por el convenio colectivo del 2006. Si fuera así, no resultaría pertinente para este caso el primer párrafo del artículo 45 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, sino el segundo, ya que no se trataría de determinar el nivel por las partes que van a negociar por primera vez, sino de mantenerlo para quienes ya lo tienen fijado. Nos inscribimos, pues, en la misma posición de Mejía Madrid cuando asevera: “(...) estando de acuerdo con la inconstitucionalidad de dicho extremo del primer párrafo del artículo 45 de la Ley de Relaciones Colectivas del Trabajo (LRCT), debemos preguntarnos si este era el efectivamente aplicable al caso (...)”; y concluye: “(...) el análisis de constitucionalidad del artículo 45 para el caso concreto debió centrarse en el segundo párrafo del artículo 45 de la LRCT”<sup>(11)</sup>.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional no compartió este criterio. Por ello, encuadró el caso como uno de primera negociación colectiva. En esta perspectiva, fue coherente al calificar de inconstitucional el primer párrafo

(8) Párrafo 249 del Estudio general, 1994. *Libertad sindical y negociación colectiva*.

(9) *Ibid.*

(10) *Op. cit.*; p. 5.

(11) *Op. cit.*; p. 35.



## Javier Neves Mujica

del artículo 45 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, ya que este conduce forzosamente al nivel de empresa. Basta que el empleador, que comúnmente prefiere dicho nivel, se oponga al supraempresarial solicitado por la organización sindical, para que prevalezca la voluntad de aquel. La oposición de dicho precepto con el numeral 2 del artículo 28 de la Constitución, interpretado a la luz de los Convenios Internacionales del Trabajo -entre los que el Tribunal Constitucional (Fundamento 18) omite al 87, que comprende a la negociación colectiva en la libertad sindical de gestión (artículo 3), e incluye al 154, pese a no estar ratificado, como han resaltado Acevedo Mercado<sup>(12)</sup> y Villavicencio Ríos<sup>(13)</sup>-, así como de la jurisprudencia de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo, es flagrante. Todos estos instrumentos y pronunciamientos deberían considerarse en la evaluación de la constitucionalidad del mencionado precepto, en virtud del mandato contenido en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, así como en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. En el futuro habrá que añadir a esta lista, en los procesos laborales, a la Décima Disposición Complementaria de la nueva Ley Procesal del Trabajo. Ya el Tribunal Constitucional había considerado inconstitucional en el proceso de amparo sobre la negociación colectiva en construcción civil a la Tercera Disposición Transitoria y Final de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, que en sentido similar dirigía a las negociaciones colectivas desarrolladas a nivel de rama de actividad o gremio al nivel de la empresa. No pudo inaplicarla al caso, porque poco antes -en enero de 2003- había sido derogada por la Ley 27912, pero toda su argumentación conducía a ello.

No hay duda de que el control difuso es un poder-deber de todos los organismos jurisdiccionales (Fundamento 28), así como que el ejercicio de dicha facultad podría conllevar la inaplicación de la norma infractora -la ley inconstitucional, como aquí, o el reglamento inconstitucional o ilegal, en otros- al caso concreto, dejándola subsistente en el sistema. No obstante, por su propia naturaleza, una sentencia que dispusiera la inaplicación de una ley debería generar un

precedente vinculante para los demás casos semejantes. En ella, más que en ninguna otra, se interpreta la ley de modo general, con alcance no solo para la controversia particular, sino para las futuras que fueran similares. Sin embargo, el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional exige para la configuración de tal precedente la declaración expresa en la sentencia, lo que en esta no ha ocurrido. Retrocede el Tribunal Constitucional en la tutela otorgada en el caso de construcción civil y la limita al caso específico.

Vilchez Garcés señala que “(...) nos queda la duda respecto de si se realizó o no un análisis profundo y motivado partiendo de la presunción de constitucionalidad de las normas”<sup>(14)</sup>. Y concluye: “(...) no estamos en realidad ante una norma que contenga una vulneración al principio de negociación libre y voluntaria, ni que contenga vicios de inconstitucionalidad insalvable, motivo por el cual no compartimos la posición adoptada por el Tribunal Constitucional respecto de una supuesta contravención a la Constitución que determine la inaplicación al caso concreto”<sup>(15)</sup>. Discrepamos de este punto de vista: si el nivel debe determinarse por acuerdo entre las partes y a falta de él, por un organismo independiente, conforme a las normas y la jurisprudencia de la Organización Internacional del Trabajo, desde las cuales debe leerse nuestra Constitución, y la ley permite que, en defecto de acuerdo, se vaya compulsivamente al nivel de empresa, ¿no hay una evidente vulneración de dichos principios? Sostiene Mejía Madrid: “La intención de las disposiciones citadas era clara: imponer el nivel de negociación colectiva de empresa

(12) *Op. cit.*; p. 46.

(13) *Op. cit.*; p. 4.

(14) *¿Modificar la ley en el caso concreto es una atribución del Tribunal Constitucional? Comentario a la sentencia recaída en el Expediente 03561-2009-PA/TC*. En: *Gaceta Jurídica*. Lima. Tomo 104, octubre de 2009. p. 73.

(15) *Op. cit.*; p. 74.



## La determinación del nivel negocial en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre los estibadores portuarios

asegurando la desarticulación de la actividad sindical (...). Dicha imposición legal del nivel de negociación es contraria al principio de negociación libre y voluntaria, y en esa medida vulnera el derecho a la negociación colectiva<sup>(16)</sup>. Cuestión distinta es la de si la inaplicación se encuentra debidamente sustentada en la sentencia. Quizá hubiera sido conveniente que los argumentos al respecto estuvieran consolidados y desarrollados, pero los presupuestos exigidos por el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional parecen cumplirse a cabalidad: incompatibilidad entre una norma constitucional y otra legal, que resulte relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme.

### 8. La solución diferida: el arbitraje

El Tribunal Constitucional ha expedido una sentencia que en vez de solucionar directamente el conflicto jurídico, como sucedió en el caso de construcción civil: determinación del nivel de sector por la propia sentencia; ha optado por una solución diferida y compleja: un arbitraje excluyente del ejercicio de la huelga. Siempre será mejor una sentencia que resuelva ella misma un conflicto jurídico, que otra que lo derive a la decisión de un tercero. A veces, el Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad de una ley, pero en lugar de eliminarla de inmediato ha pedido al Congreso que dicte la ley modificatoria, sin siquiera disponer una regulación transitoria para el período intermedio (Fundamentos 13 y 14 de la sentencia del expediente 030-2004/AITC). En ocasiones, como en el caso citado, esa ley no se ha dictado. La situación es peor en esta sentencia, en que el Tribunal Constitucional no se remite a un organismo público, al que se le proporcionan directivas sobre la solución de la controversia, sino a una entidad privada, que podrá actuar discrecionalmente.

Una primera discrepancia que surgió entre las partes respecto de la ejecución de esta sentencia fue la de si tal arbitraje debería regirse por la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, como querían los trabajadores, o la Ley General de Arbitraje, como querían los empleadores. Lo que estaba en juego es nada menos que quién iba a decidir el nivel. Conforme a la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (artículo 64) y su Reglamento (artículo 51), sería -si no hubiera acuerdo sobre otra modalidad- un Tribunal Arbitral, compuesto por tres

miembros, dos de ellos designados por cada una de las partes y el tercero, que lo preside, por decisión de estos o, a falta de ella, por la Autoridad de Trabajo; en cambio, según la Ley General de Arbitraje, este será organizado y administrado por una institución arbitral y, a falta de su designación, conducido por un tribunal arbitral directamente; y comúnmente estará compuesto por tres miembros, cada parte nombrará uno y estos nombrarán al tercero, quien lo presidirá. Afortunadamente, el Tribunal Constitucional ha adoptado el criterio más razonable: "(...) debe señalar que el arbitraje referido en el cuarto punto resolutivo de la sentencia de autos es el establecido y regulado por el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, por la razón de que el caso resuelto se originó en un procedimiento de negociación colectiva" (Considerando 4 de la resolución de aclaración). Si la determinación del nivel es el primer momento de la negociación colectiva, anterior incluso a la solicitud de información y la presentación del proyecto de convenio colectivo, es natural que un arbitraje para resolver el desacuerdo entre las partes sobre aquel se rija por la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, que tiene adecuadas reglas al respecto, y no por su supletoria, la Ley General de Arbitraje, a la que no hace falta alguna acudir.

La remisión de la controversia al arbitraje -y con ella, la modalidad de este- puede ser: potestativa, cuando baste la voluntad de una de las partes para que la otra deba someterse; voluntaria, cuando se requiera la conformidad de ambas; y obligatoria, cuando se imponga por un tercero. Por interpretación sistemática de los artículos 61 y 63 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, complementada por el artículo 46 de su Reglamento, puede concluirse que se adopta el sistema potestativo. No obstante el

(16) *Op. cit.*; p. 35.





## Javier Neves Mujica

Reglamento -en su artículo 49- exige la celebración de un compromiso arbitral para la constitución del arbitraje, con lo que crea una contradicción: para el sometimiento es suficiente una sola voluntad, pero para la instalación se requieren las dos. Dicha contradicción ha paralizado algunas veces la solución arbitral, que la Constitución y la Ley pretenden promover, como medio pacífico de solución de conflictos, por lo que el citado precepto del Reglamento resulta manifiestamente infractor de ellas.

En la sentencia que comentamos se ha ordenado “(...) que a falta de acuerdo para decidir el nivel de negociación, este deberá ser determinado mediante un arbitraje, sin que exista previa declaración de huelga” (Punto 4 del fallo). La Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo -en el segundo párrafo de su artículo 45- prohíbe que el nivel negocial se fije “por acto administrativo ni por laudo arbitral”. De esta manera, si -como realmente sucedió en este caso- estuviera determinado el nivel de sector y la parte empresarial quisiera cambiarlo por el de empresa, no cabría utilizar dichas vías; pero sí cabría emplear la solución arbitral en el supuesto regulado en el primer párrafo de dicho precepto, que el Tribunal Constitucional considera el pertinente: no hay nivel y debe fijarse, ya que la regla prevista para ello en la Ley resulta inconstitucional.

La modalidad de arbitraje que ha recogido la sentencia es la obligatoria. En ello concuerdan Acevedo Mercado<sup>(17)</sup> y Mejía Madrid<sup>(18)</sup>. Aunque la sentencia no lo dice expresamente, puede deducirse así de su argumentación. Las modalidades voluntaria y potestativa no tendrían sentido, en el primer caso, porque lo que justamente se está enfrentando es un reiterado desacuerdo entre las partes sobre el nivel, que sin duda se proyectaría también a la remisión al arbitraje; y, en el segundo, por la incongruencia que ya señalamos entre dicha modalidad y la exigencia de celebración de un compromiso arbitral, que podría congelar la ejecución de la sentencia. Además, se prohíbe el ejercicio de la huelga, con lo que los trabajadores podrían quedar desprotegidos si no hubiera un arbitraje obligatorio. Es curioso que el Tribunal Constitucional, que había buscado acercarse a la posición

de la Organización Internacional del Trabajo en materia de determinación del nivel, no haya tenido reparos en alejarse de ella en materia de arbitraje obligatorio. Así, dice Mejía Madrid: “Para los órganos de control de la OIT y en particular para el CLS, la imposición de un arbitraje es difícilmente conciliable con el principio de negociación libre y voluntaria y solo sería posible en el marco en los servicios esenciales en sentido estricto (...)”<sup>(19)</sup>. En igual dirección se manifiesta Acevedo Mercado<sup>(20)</sup>. Es cierto que el Decreto Legislativo 1022 calificó la actividad portuaria como un servicio esencial, pero para leer armoniosamente los pronunciamientos de dichos órganos de control, debería entenderse que cabría el arbitraje obligatorio en los servicios esenciales para resolver el fondo de la controversia y no una cuestión previa como la determinación del nivel. Además, el Tribunal Constitucional no hace mención alguna al carácter de servicio esencial de la actividad portuaria para justificar su arbitraje obligatorio.

La sentencia incurre en contradicción cuando, de un lado, ordena que se reanude la negociación colectiva del 2007-2008, que se venía llevando a cabo en el nivel de sector; y, del otro, que se instale un arbitraje para decidir el nivel, si no hubiera acuerdo entre las partes (Puntos 3 y 4 del fallo). Tendría que haberse dictado primero el laudo y, si su decisión fuera a favor del nivel de sector, recién entonces restablecerse la negociación truncada. Salvo que el Tribunal Constitucional hubiera pensado que el arbitraje definiría el ámbito a futuro, para la negociación correspondiente al período 2009-2010, pero que la anterior debiera realizarse a nivel de sector. En esta hipótesis habría una contradicción mayor: el

(17) *Op. cit.*; p. 56.

(18) *Op. cit.*; p. 36.

(19) *Op. cit.*; p. 36.

(20) *Op. cit.*; pp. 56 y 57.



## La determinación del nivel negocial en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre los estibadores portuarios

Tribunal Constitucional habría impuesto en su sentencia un nivel para un período negocial y derivado a un Tribunal Arbitral la designación del nivel para el siguiente, por considerar que aquel no debe imponerlo.

### 9. El fundamento del cambio de criterio: el comportamiento empresarial

Se ha pasado con esta sentencia de un criterio objetivo para sustentar la intervención jurisdiccional en la determinación del nivel negocial: las características de la actividad empresarial y laboral; a otro subjetivo: el comportamiento de mala fe de los empresarios durante la negociación. Así, dice el Tribunal Constitucional que “(...) se justifica plenamente [que el nivel de la negociación colectiva pueda ser determinado por vía arbitral] en el caso de que se demuestre que una de las partes no está cumpliendo con su deber de negociar de buena fe o está realizando prácticas desleales” (Fundamento 15). Singularizando su afirmación, añade con dureza: “(...) este Tribunal concluye que las Asociaciones emplazadas han abusado de su libertad para negociar, pues, actuando de mala fe, han inasistido injustificadamente a la gran mayoría de reuniones (...)” (Fundamento 23), así como que ellas: “(...) han abusado de su libertad para decidir el nivel de la negociación (...) se han negado a negociar con [el Sindicato], y además han tenido conductas que han dificultado o hecho imposible la negociación colectiva” (Fundamento 24). De ello concluye: “(...) este Tribunal considera que las Asociaciones emplazadas han vulnerado el derecho de negociación colectiva del Sindicato demandante (...)” (Fundamento 25).

Esta posición debería llevar a que los empresarios tuvieran en el futuro especial cuidado con la conducta que adopten ante el pedido de los sindicatos de establecer para su primera negociación colectiva -y de ella en adelante- el nivel de rama de actividad o gremio. Una obstrucción extrema podría significar la intervención correctora del Tribunal Constitucional y la remisión de la controversia a un Tribunal Arbitral. Ello -pareciera de una lectura literal de la sentencia- al margen de las características del trabajo en el sector, aunque pensamos que estas no deberían ignorarse. Más bien, sostenemos que dicha intervención podría extenderse a otros supuestos evidentes de intransigencia absoluta de la parte empresarial

en aspectos de la negociación distintos a la fijación del nivel, como -por ejemplo- el rechazo infundado al arbitraje en entidades públicas con el argumento de las limitaciones impuestas por las normas presupuestarias.

### 10. Otros asuntos referidos al derecho de negociación colectiva

Finalmente, vamos a ocuparnos brevemente de cuatro asuntos abordados en la sentencia, que resultan de gran relevancia para el derecho a la negociación colectiva: la idoneidad del proceso de amparo, la negociación colectiva como parte de la libertad sindical, la libertad u obligación de negociar y el derecho a negociar del sindicato minoritario.

Acerca los dos primeros asuntos, muy relacionados entre sí, ha resaltado el Tribunal Constitucional, de un lado, reiterando su precedente vinculante, “(...) que el proceso de amparo constituye la vía idónea, eficaz y satisfactoria para proteger, entre otras cosas, el derecho de negociación colectiva (...)” (Fundamento 2). Sobre la base del numeral 1 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, conforme al cual solo proceden los procesos constitucionales cuando los hechos y el petitorio de la demanda estén referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, asevera acertadamente Vilchez Garcés que “(...) no cualquier alegación genérica a una vulneración al derecho a la negociación colectiva deberá ser tramitada en el marco de la tutela urgente proporcionada por el amparo... atendiendo a que [en este caso] la materia controvertida está referida concretamente al acceso a la negociación y a la determinación del nivel, coincidimos con la procedencia del amparo (...)”<sup>(21)</sup>. De otro lado, ha sostenido el Tribunal Constitucional

(21) *Op. cit.*; p. 70.



## Javier Neves Mujica

“(…) que, en un Estado social y democrático de derecho, el derecho de negociación colectiva es consustancial con el derecho de libertad sindical (...)” (Fundamento 19). Es claro para la doctrina que la organización sindical es un instrumento para la realización de actividades, la más importante de las cuales es la negociación colectiva, ya que a través de ella se mejora las condiciones económicas y laborales -y, por tanto, de vida- de los trabajadores. Si una organización sindical se ve privada de su facultad de negociar colectivamente puede desde desaparecer hasta reducirse la justificación de su propia existencia.

Respecto de la libertad u obligación de negociar que el ordenamiento atribuye a los empleadores, el Tribunal Constitucional interpreta las normas internacionales del trabajo en el sentido de que establecen “la libertad para negociar, entendida como la libertad de elegir entre acudir o no a negociar (...)” (Fundamento 13). Precisa con rigor Acevedo Mercado:

“Sobre el particular, parece claro que en los países donde se reconoce en toda su dimensión el principio de negociación libre y voluntaria, el principio de buena fe únicamente será aplicable si ambas partes han decidido empezar negociaciones. En dicho escenario, la decisión de no negociar será válida.

El tema se complica en aquellos países que, como el Perú, establecen un deber de negociar, dado que en principio los empleadores deberían acudir a las reuniones de trato directo, salvo que oportunamente se hayan opuesto al inicio de las negociaciones por existir una causa legal o convencional objetivamente demostrable”<sup>(22)</sup>.

Entre nosotros, pues, la afirmación del Tribunal Constitucional no opera, porque no corresponde con el sistema adoptado por la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, cuya compatibilidad con la Constitución en este aspecto no se ha objetado. Diferente es, por cierto, el momento de convenir, en el que si hay plena libertad o no de hacerlo, siempre que se contemple en la legislación la actuación de medios alternativos de resolución de conflictos, como ocurre en nuestro país.

Por último, el Tribunal Constitucional considera afectado el derecho de negociación colectiva, entre otros supuestos,

“EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL HA EXPEDIDO UNA SENTENCIA QUE EN VEZ DE SOLUCIONAR DIRECTAMENTE EL CONFLICTO JURÍDICO, COMO SUCEDIÓ EN EL CASO DE CONSTRUCCIÓN CIVIL: DETERMINACIÓN DEL NIVEL DE SECTOR POR LA PROPIA SENTENCIA; HA OPTADO POR UNA SOLUCIÓN DIFERIDA Y COMPLEJA: UN ARBITRAJE EXCLUYENTE DEL EJERCICIO DE LA HUELGA. SIEMPRE SERÁ MEJOR UNA SENTENCIA QUE RESUELVA ELLA MISMA UN CONFLICTO JURÍDICO, QUE OTRA QUE LO DERIVE A LA DECISIÓN DE UN TERCERO.”

cuando legislativamente se le impide negociar a los sindicatos minoritarios (Fundamento 22.a). Nuestra Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo establece que los sindicatos mayoritarios pueden negociar y suscribir convenios colectivos de eficacia general, es decir, aplicables a todos los trabajadores del ámbito: sus afiliados, los afiliados al sindicato minoritario y los no afiliados; mientras los minoritarios solo pueden hacerlo respecto de sus afiliados (artículos 9 y 47). Se trata de una severa limitación al ejercicio pleno de la libertad sindical, que comprende no solo el derecho de sindicación sino también los de negociación colectiva y huelga. No obstante, como detalla con sustento Acevedo Mercado, esta restricción no es condenada por los órganos de aplicación de la Organización

(22) *Op. cit.*; p. 52.



## La determinación del nivel negocial en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre los estibadores portuarios

Internacional del Trabajo: resulta admisible que se reconozca exclusivamente a los sindicatos mayoritarios el derecho a negociar colectivamente, siempre que se le otorgue a los minoritarios la facultad de representar a sus miembros, especialmente en el plano jurisdiccional<sup>(23)</sup>. La homogeneización de condiciones económicas y laborales de los trabajadores en un mismo ámbito, así como la facilitación de la administración del personal, se imponen sobre el derecho a la negociación colectiva de los sindicatos minoritarios. El Tribunal Constitucional ha considerado explícitamente que los citados preceptos de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo vulneran la Constitución y los ha calificado implícitamente como inconstitucionales. Esta imputación puede tener algún valor doctrinario, pero ninguno jurisdiccional. Podría tenerlo si en un próximo proceso de amparo se reiterara esa tesis y se inaplicara al caso dichos artículos. Por ello, los asuntos que quedan en la sombra, no deben causar mayor preocupación, especialmente el de cómo se repartirá la representación el sindicato mayoritario y minoritario si convivieran en la

misma unidad negocial. ¿Cada uno negociaría solo para sus afiliados? ¿Se invertiría, por tanto, el criterio legislativo: hasta hoy la legitimidad del sindicato mayoritario inhibe la capacidad del minoritario; mañana la capacidad del sindicato minoritario inhibirá la legitimidad del mayoritario?

### 11. Aclaración final

El patrocinio del Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del puerto del Callao en el proceso de amparo que condujo a la sentencia que hemos comentado, lo asumimos conjuntamente con el Doctor Elmer Arce. Por ese motivo, no quisimos formular ningún juicio sobre la sentencia, para evitar sesgos en nuestro análisis. No obstante, a la culminación de este trabajo, las propias partes se habían reunido en extraproceso el 13 de abril y habían acordado una agenda de puntos a tratar en su negociación colectiva del período 2009-2010, que abarcaría la del período anterior: restablecer el nivel de sector, definir las materias que serían objeto de tratamiento en él, precisar las características con que se otorgarían, etc. De no prosperar esta vía, tendría que transitarse la del Tribunal Arbitral ordenada por el Tribunal Constitucional. En cualquiera de esos casos, correspondería a la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo del Callao formular la convocatoria. Recuperada, pues, nuestra independencia, podemos ahora evaluar imparcialmente la sentencia.

(23) *Op. cit.*; pp. 53 y 54.