

# LA BUENA FE Y LOS COSTOS DE TRANSACCION EN LA NEGOCIACION COLECTIVA \* \*\*

Juan Carlos Zegarra Vílchez

Alumno del 7mo. ciclo de la Facultad de Derecho de la PUC.  
Jefe de Práctica del curso de Introducción a las Ciencias Jurídicas.  
Miembro de THEMIS - Revista de Derecho

*A mis padres, por el amor y la confianza  
que siempre depositaron en mí.*

*A lo largo del presente trabajo el autor pretende responder una pregunta concreta: ¿Por qué las negociaciones colectivas se han venido deteriorando en los últimos años, en especial si existe mayor libertad de negociación entre las partes? La respuesta que se propone toma como hipótesis principal el hecho de que existen costos de transacción tan elevados en las negociaciones colectivas -propios de su naturaleza laboral- que impiden un producto negocial óptimo. Ante esto, Juan Carlos Zegarra afirma que debiera definirse el contenido del Deber de Negociar de Buena Fe y las sanciones aplicables a quienes contravengan dicho deber, todo ello con la finalidad de reducir dichos costos. Si se logra que las partes de la negociación colectiva internalicen un determinado "standard" de conducta, tendrán incentivos para comportarse lealmente durante las negociaciones, con lo cual, al reducirse los costos de la negociación colectiva, podrían lograrse resultados más favorables. Este trabajo constituye un significativo aporte, puesto que aborda el tema de la negociación colectiva a la luz de sus costos, perspectiva pocas veces tomada en cuenta por la doctrina nacional y comparada. Asimismo resulta alentador que un alumno de nuestra facultad desarrolle una investigación seria y original como ésta.*

## 1. INTRODUCCIÓN

Resulta evidente que desde hace algunos años en nuestro país el Derecho ha venido constituyéndose como un instrumento de cambio para hacer efectivas las reformas estructurales que actualmente requiere un mundo globalizado. En este contexto, el Derecho del Trabajo no podía ser la excepción. La reforma laboral se ha configurado como elemento clave de la política económica que adopta actualmente el gobierno; en tal sentido, se postula que la mayor flexibilidad en el empleo otorga seguridad a las inversiones, ayuda a dinamizar la economía y es condición para el desarrollo.<sup>1</sup> Se considera pues que las relaciones laborales constituyen un mercado como cualquier otro, atribuyéndosele también un rol fundamental en la asignación de recursos.

Pues bien, dentro de este planteamiento económico, muchas personalidades del ámbito laboral (sindicalistas, trabajadores, profesionales vinculados, empresarios, etc.) han postulado un Derecho Laboral en crisis -y los más osados han pronosticado su desaparición.

Ciertamente, los cambios experimentados por la legislación nacional han incidido en materia del Derecho Colectivo afirmándose que hemos optado por un modelo negocial abierto con participación accesorias estatal, considerando a las partes investidas con las más amplias facultades de negociación.<sup>2</sup> Sin

\* Agradezco los comentarios vertidos sobre el presente artículo por el Dr. Alfredo Bullard, el Dr. José Balta y especialmente por el Dr. Javier Neves, profesores de la Facultad de Derecho de la PUC.

\*\* El presente trabajo obtuvo el 2º Premio Anual de Investigación de la Pontificia Universidad Católica, edición 1996, categoría estudiantes.

<sup>1</sup> Pueden apreciarse los fundamentos que subyacen a la reforma laboral en: De los Heros, Alfonso. "La Reforma Laboral y sus Efectos". En: THEMIS-Revista de Derecho. Segunda Epoca. No 33.1996, p.51.

<sup>2</sup> Toyama Miyagusuku, Jorge. "La ley de Relaciones Colectivas de Trabajo: ¿promoción a la negociación colectiva?" En: Ius Et Veritas. No 3. 199., p. 101.

embargo, a pesar de que se argumenta que los interlocutores sociales han venido adaptándose bastante bien al cambio<sup>3</sup>, la realidad nos muestra que esas mayores facultades no han conducido necesariamente a mejores resultados dentro de una negociación colectiva, por el contrario, parece ser que en este nuevo modelo negocial, las partes están logrando cada vez menos resultados satisfactorios. Así, tenemos las siguientes cifras estadísticas:

INDICADOR	1993	1994	1995
Convenios Colectivos resueltos directamente por las partes.	70.6%	72%	52.3%
Expedientes de negociación colectiva en abandono o sin solución.	18.2%	17.9%	44.2%

Fuente: APENAC<sup>4</sup>  
Elaboración: Propia

Como puede observarse, existe un deterioro, al menos en las negociaciones realizadas en Lima, en el resultado de las negociaciones colectivas a lo largo de los años de vigencia de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante LRCT)<sup>5</sup>. Es decir, si se argumenta que el cambio de modelo negocial (de uno intervenido a uno abierto) resulta beneficioso para que las partes puedan decidir lo mejor para sí mismas, por qué ha decaído el porcentaje de convenios colectivos logrados en trato directo y por qué se han incrementado los expedientes de negociación colectiva en abandono. En otras palabras, si la flexibilización del mercado laboral devolvió la

autonomía colectiva a empleadores y trabajadores, por qué no se han logrado mejores resultados en los procedimientos de negociación colectiva, mas aún, por qué han venido deteriorándose en los últimos tres años.

El presente trabajo tendrá por finalidad esbozar respuestas al respecto, tratando de plantear algunas soluciones que no pretenden ser las únicas ni mucho menos, las principales.<sup>6</sup>

## 2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Con reforma económica o sin ella, la negociación colectiva normalmente es definida por la doctrina especializada como un procedimiento mediante el cual los sujetos colectivos pretenden definir una norma autónoma que regule un conjunto de relaciones laborales.<sup>7</sup> Si bien se trata de un término que lleva implícita la noción de negociación, creemos que su tratamiento no ha estado dirigido en dicho sentido.

En efecto, el procedimiento de negociación colectiva no sólo es una institución de naturaleza laboral sino que constituye una especie dentro de la negociación en general. Ciertamente, contiene características específicas como toda negociación que se desarrolla dentro de circunstancias especiales; sin embargo, mantiene dentro de su estructura los elementos propios de toda negociación humana.

Dentro de los términos planteados, resulta válido que el actual modelo de relaciones colectivas pretenda "devolver" la autonomía colectiva a los principales sujetos colectivos, pues a fin de cuentas se

<sup>3</sup> De los Heros, Alfonso, op. cit., p.57.

<sup>4</sup> Asociación Peruana de Negociación, Arbitraje y Conciliación -APENAC-. "La Negociación Colectiva en Lima Metropolitana 1993-1995". En: Cuadernos Alternativos No 2. 1996, p.43. Agradezco la colaboración brindada por dicha institución en las personas del Dr. Miguel F. Canessa Montejó y Carmen Arias Otarola, así como de su equipo de trabajo, quienes elaboraron este documento estadístico sobre la base de los expedientes de negociación colectiva registrados en el Ministerio de Trabajo y Promoción Social durante los años 1993, 1994 y 1995.

<sup>5</sup> La LRCT fue aprobada mediante el Decreto Ley 25593 y entró en vigencia el 3 de Julio de 1992 y si bien desconocemos estadísticas sobre la negociación colectiva con anterioridad a la actual LRCT, resulta evidente que dentro de la vigencia de la misma, los resultados no son alentadores.

<sup>6</sup> Una postura sostiene, como hipótesis general, que en el caso peruano en la medida en que salimos de una tradición negociadora con fuerte peso del Estado, las partes se encuentran en un proceso de aprendizaje para acomodar y transformar sus ideologías, psicologías y estrategias, a un escenario más liberal. En otras palabras sostiene que, en materia de negociaciones colectivas, el Estado suelta las riendas y las partes no saben todavía como llevarlas. (Del Castillo, Daniel y otros. Análisis cualitativo de los expedientes de negociación colectiva 1993. Documento no publicado elaborado en APENAC y que constituye el marco teórico sobre el cual se desarrolló el posterior trabajo estadístico mencionado). En principio, estamos de acuerdo con dicha opinión, sin embargo creemos que, en la medida en que nuestra legislación no regula las consecuencias de comportamientos desleales de las partes (faltar al Deber de negociar de buena fe) no existen incentivos adecuados para que las partes puedan "aprender a negociar de buena fe".

<sup>7</sup> Para Palomeque "la Negociación Colectiva es el conjunto de relaciones y procesos de acercamiento y diálogo en cuyo seno la autonomía colectiva de los grupos antagonistas sociales (organizaciones de trabajadores y empresarios) produce el convenio colectivo." Palomeque López, Carlos. Derecho Sindical Español 4a ed. Madrid: Tecnós, 1991.p.313.

trata de una negociación,<sup>8</sup> es decir, de una actividad mediante la cual las partes que representan intereses discrepantes interactúan con la finalidad de intercambiar comportamientos.<sup>9</sup>

Más allá de las discrepancias que tengamos o no con la actual orientación de las relaciones laborales, lo cierto es que hoy, en el Perú, se busca la flexibilización del Derecho del Trabajo.

Se presenta pues un nuevo reto para el Derecho Laboral, y particularmente para la negociación colectiva, ¿cómo adaptarse a este nuevo sistema de libertad cuando antaño predominó una protección asfixiante y paternalista?, pregonar una paridad en las negociaciones ¿no es acaso retroceder a la concepción del trabajo como prestación de servicios?, ¿es el mercado lo menos imperfecto posible como para lograr buenos resultados dentro de las negociaciones colectivas reduciendo el nivel de conflictividad entre las partes logrando de esa manera el bienestar social que busca?, ¿cuál es el rol que le queda al Estado dentro de la negociación colectiva?, etc.

Con estas interrogantes en mente, trataremos de desarrollar un tema que resulta, en la práctica actual, poco relevante dentro de las negociaciones colectivas que se producen año a año en nuestro país y que en opinión nuestra debiera cumplir un rol determinante en el conflicto laboral: **el deber de negociar de buena fe.**

Al respecto, el planteamiento que desarrollaremos a lo largo del presente trabajo puede resumirse de la siguiente manera: El deber de negociar de buena fe no es otra cosa que la imposición, a los sujetos colectivos, de un patrón de comportamiento al interior de las negociaciones laborales. Como tal, se

trata de que el ordenamiento defina en qué consiste dicho deber para que las partes sujetas a la negociación colectiva internalicen determinado "standard jurídico" con la finalidad de desincentivar sus conductas oportunistas y dañosas para la contraparte, corrigiéndose de esta manera las imperfecciones que por naturaleza presenta el mercado de trabajo.

En otras palabras, si queremos un mercado laboral en el que se desarrollen negociaciones colectivas eficientes,<sup>10</sup> debemos analizar los problemas que presenta dicho mercado respecto de ese tema en particular.

Con esta perspectiva del problema, trataremos, en primer lugar, de justificar la aplicación de la buena fe como imperativo de conducta para los sujetos negociadores. En segundo lugar, analizaremos el contenido de dicho "standard jurídico" con base en la experiencia de otros países. En tercer lugar, identificaremos los costos que se presentan dentro de las relaciones de negociación colectiva y, finalmente, plantearemos la necesidad de la intervención estatal (rol del Estado) dentro de las negociaciones colectivas, mediante la definición de reglas claras (con base en el deber de negociar de buena fe) que constituyan señales al mercado de trabajo, *ex ante*, sobre cómo deben comportarse las partes dentro de la negociación laboral. De esta manera, las partes podrán prever las consecuencias de sus actos dentro de la negociación y podrán evaluar racionalmente la conveniencia de realizarlos. Así, se podrán reducir los costos implícitos en una relación de esta naturaleza lográndose negociaciones óptimas.

Con la finalidad de lograr nuestro objetivo comenzaremos por aproximar el concepto de buena fe al ordenamiento laboral, específicamente, a la negociación colectiva.

<sup>8</sup> No queremos desarrollar en este punto la bondad o maldad de la "equivalencia" entre negociación colectiva y negociación en general por ser un tema vinculado con la naturaleza tuitiva del Derecho del Trabajo, sobre todo cuando hay quienes ven en la negociación colectiva un proceso normativo que expresa una relación de poder entre organizaciones, catalogándola como verdadera institución política que, lejos de ser sustituto de los métodos de compra-venta de la fuerza de trabajo, ha contribuido precisamente a librar al trabajo de su dependencia del mercado. Por este motivo, no todos coinciden en que la negociación colectiva constituye una contrapartida, en términos colectivos, de una negociación individual. Al respecto ver: A. Flanders "Bargaining Theory: the classical model reconsidered". En: *Industrial Relations: contemporary issues*, Macmillan-St. Martin Press, London-New York, 1968. Citado por Palomeque López, op.cit., p.313.

<sup>9</sup> Al respecto, se señala que las negociaciones colectivas de trabajo deben ser ubicadas en el campo más amplio de las transacciones sociales con valor jurídico; es decir, prácticas de actores específicos que interactúan y llegan a acuerdos teniendo como referencia el Derecho. (Del Castillo, op. cit., p.1). Asimismo, sobre la negociación laboral como especie dentro de la negociación en general puede consultarse: Aldao Zapiola, Carlos. "La Negociación. Un enfoque integral con específicas referencias a la negociación laboral". Buenos Aires: Macchi, 1988.

<sup>10</sup> Según el criterio del economista italiano Vilfredo Pareto, la situación final será mejor que la precedente si, como consecuencia de la medida o acción, todos los miembros del grupo se encuentran mejor. (Al respecto, de Trazegnies, Fernando. "La Responsabilidad Extracontractual" Biblioteca para leer el Código Civil. Vol.IV. 5ta. ed. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 1995, Tomo I, p. 81) En consecuencia, una negociación colectiva será deseable cuando luego de producida ésta, al menos alguien ha mejorado y nadie ha empeorado. En este sentido, se lograrán buenos resultados con la negociación colectiva cuando logremos beneficios al menor costo posible, sabiendo que la misma, de por sí, presenta costos de transacción elevados que deben reducirse (por ejemplo, información asimétrica, divergencia de intereses, efecto atadura, etc.).

### 3. LA BUENA FE EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Para aplicar el concepto de buena fe al procedimiento de negociación colectiva (únicamente referido a la obligación de negociar con dicha actitud) debemos tener presente que el mismo llega a confundirse con los principios generales de Derecho<sup>11</sup>, en tal medida, si bien informa la estructura del sistema jurídico, es un principio ideológico de sociedades y épocas determinadas que tiene validez en diversos campos de la vida<sup>12</sup>. En consecuencia debemos lograr, en primer término, un acuerdo intersubjetivo básico (reconocer la buena fe como principio general de Derecho); en segundo lugar, establecer un *standard* de conducta sobre la base de dicho acuerdo y, finalmente, adecuar la conducta del agente<sup>13</sup> con dicho *standard*.<sup>14</sup>

En otras palabras, para aplicar el concepto de buena fe a la negociación colectiva debemos entender que dicho concepto es variable a través del tiempo y del espacio y que por lo tanto debe ser constantemente redefinido. Debemos reconocer que se trata de un concepto imbuido de connotaciones éticas que, a veces, impondrán un imperativo de conducta establecido como un "*standard*" al cual deben adecuarse los comportamientos humanos.<sup>15</sup> En este sentido, si queremos aplicar el concepto de buena fe a la negociación colectiva, debemos determinar, en primer lugar, en qué consiste el concepto de buena fe.

#### 3.1.- Conceptos de Buena Fe.-

Resulta difícil no recurrir al ordenamiento civil para tratar de definir el concepto de buena fe aplicable a la obligación de negociar de buena fe descrita en el artículo 54 de la LRCT<sup>16</sup>, sobre todo cuando el tema en dicha área se aborda principalmente respecto de la responsabilidad precontractual, esto es, en la etapa de los tratos preliminares a la conclusión del contrato.<sup>17</sup> En consecuencia, siendo la etapa negocial un punto común de partida (entre las tratativas civiles y la negociación colectiva), procederemos a desarrollar el análisis de la buena fe desde el ámbito civil.

Para De la Puente y Lavalle, la doctrina civil ha plasmado legislativamente la buena fe en dos sentidos: Uno Subjetivo y otro Objetivo. En el primer caso, la buena fe se refiere a la intención con que obran las personas o a la creencia con que lo hacen (adquirente, poseedor, cónyuge del bigamo). Y, en el segundo caso, la buena fe actúa como regla de conducta que orienta la actuación del sujeto (negociación del contrato, cumplimiento de la relación obligatoria, etc.). Así, en ambos casos se analiza la conducta del agente, sin embargo, la diferencia radica en que en la Buena Fe Subjetiva (también llamada Buena Fe-Creencia) el objeto de análisis es la situación personal del sujeto, es decir su estado psicológico.<sup>18</sup> Por el contrario, en la Buena Fe Objeto

<sup>11</sup> Para Ferreira, la buena fe es un principio general y no un *standard* jurídico en la medida que el primero, a diferencia del segundo, no es capaz de generar obligaciones concretas. Ferreira Rubio, Delia Matilde. La Buena Fe. Madrid: Montecorvo, 1984. p.80 (Citada por De la Puente, El Contrato en General. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Primera Parte. Tomo II, p.32). Por su parte, Galgano considera la buena fe como un principio general que sirve como válvula al sistema legislativo y que ofrece criterios para colmar las lagunas del mismo. Galgano, Francesco, *Diritto Civile e Commerciale, Volume Secondo, le obbligazioni e contratti, tomo primo*. p. 104. En los materiales de lectura del curso de Contratos parte General del profesor Hugo Forno Florez. Lima, 1994.

<sup>12</sup> Rubio Correa, Marcial. El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. 3ra. Ed. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 1987, p.293

<sup>13</sup> En adelante llamaremos "agente" tanto al sujeto colectivo que negocia en representación de los trabajadores como al que lo hace representando al (los) empleador(es).

<sup>14</sup> De la Puente se pronuncia en un sentido similar cuando señala que "la buena fe puede ser perfectamente un principio general, cuya aplicación, en el caso de la buena fe objetiva, se hace mediante la comparación de la conducta del sujeto con un *standard* jurídico". De la Puente, op. cit., p.33.

<sup>15</sup> Decimos "a veces" por cuanto existe la Buena fe-Creencia que en sentido estricto no constituye un "*standard*" de conducta. Una posición contraria adopta Ferreira para quien la buena fe tiene siempre un contenido y una función ordenadora de la conducta. Ferreira Rubio, Delia Matilde, op. cit., p.92 (Citada por De la Puente, op. cit., p.42.)

<sup>16</sup> "Artículo 54.- Es obligatoria la recepción del pliego, salvo causa legal o convencional objetivamente demostrable. Las partes están obligadas a negociar de buena fe y a abstenerse de toda acción que pueda resultar lesiva a la contraria, sin menoscabo del derecho de huelga legítimamente ejercitado."

<sup>17</sup> Francesco Galgano. *Diritto Civile e Commerciale, Volume Secondo, Le Obbligazioni e Contratti*, Tomo Primo. p. 461-467; Luis Diez-Picazo. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. p. 188-192; Enzo Roppo. *Il Contratto*. Societa Editrice Il Mulino, Bologna, 1977. p. 97-100; Pietro Trimarchi. *Istituzioni di Diritto Privato*. Giuffrè Editore, Milano, 1983. p. 312-315; Renato Scognamiglio. Teoría General del Contrato. p.117-121. Todos los autores mencionados se encuentran recopilados en los materiales de lectura del Curso de Contratos-Parte General elaborados por el profesor Hugo Forno Florez, de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1994. p. 97-112.

El tema de la Buena fe también es tratado con profundidad por Manuel de la Puente y Lavalle en El Contrato en General. Biblioteca para leer el Código Civil. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Vol.XI. Primera Parte-Tomo II, p.23-47

<sup>18</sup> De la Puente, Manuel, op.cit., p.25

tiva (llamada también Buena Fe-Lealtad) se analiza el comportamiento del agente con base en un "standard jurídico"<sup>19</sup>, es decir, en aplicación de una regla impersonal de conducta, un modelo de conducta social conforme un imperativo ético dado.<sup>20</sup>

### 3.2.- La Buena Fe-Lealtad.-

Como podemos apreciar, de los dos sentidos anteriormente planteados, la Buena Fe-Lealtad es el concepto que se relaciona con un imperativo de conducta. En tal sentido, cuando el artículo 54 de la LRCT establece la obligación de las partes de negociar de buena fe y de abstenerse de realizar acciones que puedan resultar lesivas para la contraria, no hace otra cosa que imponer una línea de conducta.<sup>21</sup> En consecuencia, resulta evidente que el concepto de Buena Fe aplicable al ordenamiento laboral en materia de negociación colectiva es el de la Buena Fe-Lealtad.

Si bien podría argumentarse que la Buena Fe-Creencia puede estar presente en la negociación colectiva en la medida en que siempre existe la posibilidad de una apariencia de derecho derivada de un estado psicológico, creemos que, en dicho supuesto, existe mayor facilidad para asimilar la buena fe a un vicio del consentimiento y como tal, sin duda presente en cualquier ámbito jurídico.<sup>22</sup> En todo caso, si una de las partes argumenta que creyó comportarse sin causar daño a la otra o que creyó que el comportamiento de la otra parte era de acuerdo a Derecho (habiéndose beneficiado con dicho comportamiento), deberá ser el juez quien en última instancia determine los alcances de esa "buena fe-creencia", para lo cual no hará otra cosa que recurrir a un *standard* de comportamiento socialmente aceptado; en otras palabras, tendrá en cuenta la Buena Fe-Lealtad.

Por otro lado, debemos considerar que es distinto el funcionamiento de la Buena Fe-Creencia dentro del ordenamiento jurídico debido a que en ella no existe un *standard* comparativo al cual recurrir, sino más bien existe una creencia por demostrar. Así por ejemplo debemos demostrar que creímos poseer "legítimamente como propietario", que "no sabíamos que nuestra cónyuge era casada", que "no sabíamos que los materiales de construcción utilizados eran ajenos", etc. En ningún momento interesa analizar, para la Buena Fe-Creencia, si el comportamiento que finalmente realizó el individuo concuerda con lo que normalmente haría un "poseedor legítimo", un "poseedor como propietario", un "cónyuge para estar debidamente informado" o un "constructor de obras".

Por estas consideraciones, (por imponer una línea de conducta buscando proteger a la otra parte y porque la Buena Fe-Creencia sólo analiza un estado subjetivo sin interesar el comportamiento concreto) estamos convencidos de que el tratamiento de la *buena fe en materia de negociación colectiva* plasmado en el artículo 54 de la LRCT, se encuentra referido al concepto de Buena Fe-Lealtad.

## 4. EL DEBER DE NEGOCIAR DE BUENA FE COMO STANDARD DE CONDUCTA

Hasta este punto hemos dicho que el deber de negociar de buena fe en materia de negociación colectiva implica la imposición a las partes de un *standard* de conducta (una Buena Fe-Lealtad). Pues bien, si lo que tratamos de explicar es que el artículo 54 de la LRCT pretende que el agente tenga un determinado comportamiento dentro de las negociaciones de un convenio colectivo, debemos determinar cómo debe ser dicho comportamiento. En consecuencia, debemos definir el contenido del

<sup>19</sup> Al respecto, Francesco Galgano establece que la buena fe en la formación del contrato tiene un significado del todo diverso de la buena fe de la que se habla en materia de posesión o en materia de simulación. En esta última se indica un estado subjetivo, a diferencia de aquella, que expresa el deber de las partes de comportarse con corrección y lealtad. Galgano, Francesco, op. cit., p.103.

<sup>20</sup> En este sentido se pronuncian Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón. Sistema de Derecho Civil. Madrid: Tecnós S.A., 1976, Tomo I, p.428 Citados por De la Puente. La Buena Fe a la que hacen referencia estos autores es a aquella que debe estar presente al momento de ejercerse los derechos y cumplirse las obligaciones, es decir, se trata de acciones que deben seguir las reglas que la conciencia social impone al tráfico jurídico, por lo que no hay duda que están pensando en la Buena Fe-Lealtad.

<sup>21</sup> Scognamiglio, por ejemplo, sostiene que para resolver los problemas que pueden suscitarse en las etapas previas a la celebración de un contrato, el ordenamiento debe compaginar la libertad de acción de las partes en dicho periodo, con la exigencia de imponer a los contratantes una línea de conducta para evitar que las negociaciones previas puedan convertirse en fuente de daños. Para ello, dice, el Código Civil italiano resuelve la cuestión cargando a cada uno de los sujetos que intervienen con el deber de comportarse de buena fe. (Scognamiglio, Renato, op., cit., p.107-108). Asimismo y refiriéndose al mismo tema, Roppo sostiene que puede ocurrir que una de las partes se comporte de modo desleal asumiendo iniciativas incorrectas que dañen injustamente a la otra parte. (Roppo, Enzo, op. cit., p. 101). (Subrayado Agregado).

<sup>22</sup> Según De la Puente, la opinión de la doctrina mayoritaria se orienta a que, en el caso de la Buena Fe Subjetiva, la creencia del sujeto debe ser producto de un error, aun cuando dicho autor no es partícipe de tal idea. ( De la Puente y Lavalle, Manuel, op.cit. p.29).

*standard* de conducta que plantea el deber de negociar de buena fe.

#### 4.1.- El Derecho Comparado:

El tema del deber de negociar de buena fe, a diferencia de lo que ocurre en nuestro país, tiene un significado relevante tanto en legislaciones romano-germánicas como en las del *Common Law*.<sup>23</sup> Así, podemos encontrar que se han definido en países como Estados Unidos de Norteamérica, Francia, Italia, España, conductas concretas reprochables dentro de una negociación laboral. En tal sentido, a continuación señalaremos los comportamientos que se consideran contrarios al deber de negociar de buena fe y aquellos que lo definen:<sup>24</sup>

Constituye faltar al deber de negociar de buena fe:

- 1) Toda negativa a reunirse para contratar.
- 2) La presentación de un ultimátum en la contratación.

3) La no presentación de propuestas.

4) Presentar una oferta máxima y definitiva.<sup>25</sup>

5) No negociar sobre materias obligatorias de negociación.<sup>26</sup>

6) Usar medidas dilatorias.<sup>27</sup>

7) Tratar directamente con los trabajadores ignorando a sus representantes.<sup>28</sup>

El deber de negociar de buena fe implica:

1) La parte que desee negociar ha de comunicar por escrito su intención a la otra parte y debe comprometerse a reunirse con ella y a mantener en vigor y en efecto, sin recurrir a la huelga o al *lock out*, todas las disposiciones y condiciones del contrato vigente durante un determinado período después de haber hecho la comunicación o hasta la expiración de dicho contrato, si esta última fecha es posterior.<sup>29</sup>

<sup>23</sup> No pretendemos un análisis exhaustivo de las legislaciones de dichos países, por el contrario, pretendemos encontrar criterios generales que la jurisprudencia o las leyes de los mismos han definido para establecer qué conductas son contrarias al deber de negociar de Buena Fe en la Negociación Colectiva. Ciertamente, el tema es mucho más amplio y escapa a la finalidad del trabajo. Al respecto, pueden verse los trabajos de García Blasco, Juan. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. No 6. 1981. p.193; Cullen, Donald E. "Tendencias recientes de las Negociaciones Colectivas en Estados Unidos" En: *La Negociación Colectiva en países industrializados con economía de mercado*. OIT, Ginebra. 1974. p. 267; Cabeza Pereiro, Jaime. "La Buena Fe en la Negociación Colectiva". Sevilla, 1995, p. 225.

<sup>24</sup> Debemos anotar que hemos elaborado una lista de conductas específicas con la finalidad de que constituyan criterios objetivos de comparación, por tal motivo, a riesgo de ser reiterativos, hemos distinguido entre las conductas prohibidas y las obligadas a realizarse, aun cuando, lógicamente, si una conducta esta obligada, su no realización constituye una falta a dicha obligación.

<sup>25</sup> Normalmente es un comportamiento empleado por las empresas y consiste en, desde el primer momento, ofrecer todo lo que se está dispuesto a otorgar en el convenio final. En tal medida, se difunde una única oferta entre todos los empleados mediante cartas dirigidas a sus hogares, anuncios en el periódico, folletos, etc., de esta manera los afiliados al sindicato a menudo votarán en contra de las solicitudes de huelga de sus dirigentes. Este método de negociación lo utilizó la General Electric a fines de 1940 a iniciativa de Lemuel Boulware, de allí que se le denominase Boulwarismo. Durante las décadas del 50 y 60, este sistema cosechó éxitos evitándose el regateo hipócrita al que se habían acostumbrado los sindicatos y empleadores de la época (y que en nuestro país parece subsistir según las estadísticas que muestran el poco afán de los sindicatos por solicitar información relevante para la negociación con la empresa. Ver APENAC, op. cit, p.10). Sin embargo, posteriormente La Junta de Relaciones Laborales determinó que la táctica seguida por la General Electric fomentaba una negociación de mala fe y que por consiguiente violaba la Ley Taft-Hartley (una especie de ley de relaciones colectivas norteamericana) pues consideró que la finalidad de la empresa era desprestigiar al sindicato. Se criticó dicho sistema por considerarlo como uno sin posibilidades de opción, su programa de información directa se catalogó como un intento de pasar por alto a los negociadores sindicales, y su aparente éxito, señalaban, se debió a que durante muchos años en la General Electric los sindicatos eran débiles y estaban divididos. García Blasco, op.cit., p. 195. Cullen, op. cit., p.271.

<sup>26</sup> En los Estados Unidos, se establece la distinción entre materias obligatorias, permitidas y no negociables como contenido de la negociación colectiva. Así, las primeras abarcan las tasas de remuneración, los salarios, la jornada de trabajo u otras condiciones de empleo (Artículo 9 de la ley Taft-Hartley Act, según García Blasco, op. cit., p. 195.), las segundas, implican que las partes puedan incluso negarse a negociar respecto de las mismas y normalmente constituyen cláusulas procedimentales, como por ejemplo, la regulación de la votación para optar por la huelga; finalmente, las materias no negociables, son aquellas que no son susceptibles de convenio, como por ejemplo las cláusulas de seguridad sindical denominadas "closed shop" (se condiciona la contratación a la afiliación sindical) cuya inclusión dentro de los convenios colectivos se encuentra prohibida. (Cátedra y materiales de lectura del Dr. José Balta, master por Cornell University, en el curso de Temas de Derecho Colectivo del Trabajo dictado en la Pontificia Universidad Católica del Perú durante el semestre 96-II).

<sup>27</sup> García Blasco, op. cit., p.196.

<sup>28</sup> Ibid, loc.cit.

<sup>29</sup> La finalidad de esta disposición es hacer que las partes traten realmente de negociar antes de recurrir a la acción directa. Sin embargo, existen excepciones donde las negociaciones son indeterminadas y no se establecen fechas límites, tal es el caso de la industria ferroviaria y las líneas aéreas en los Estados Unidos de Norteamérica. Cullen, op. cit., p.269.

2) El empresario queda obligado a reunirse con los representantes de los trabajadores en períodos frecuentes, en un determinado lugar, y a una hora previamente convenidos.<sup>30</sup>

3) Exige un esfuerzo serio de las partes, lo que implica dar respuesta a las ofertas de la representación sindical y contrapropuestas de la parte empresarial (intención de llegar a un acuerdo).<sup>31</sup> Adicionalmente, en Gran Bretaña por ejemplo, se exige que el empleador negocie con un mandatario reconocido. Sin embargo, debemos señalar que este esfuerzo serio no impone el deber de llegar a toda costa a un acuerdo.<sup>32</sup>

#### Zona Gris:

La adopción por parte de los empleadores de seguros de huelga mediante los cuales se refuerza la posición de la empresa aumentando su capacidad de resistencia a las mismas.<sup>33</sup>

Si bien dentro de este listado no existe referencia al manejo de información que debe existir entre las partes sujetas a negociación, creemos que lograr, o al menos intentar lograr, un considerable nivel de información sobre la situación económica de la empresa constituye una conducta implícita dentro del concepto de negociación de buena fe. Al respecto, trataremos el tema al hablar de los costos de información asimétrica.

## 4.2 El Derecho Peruano.-

En nuestro país, el deber de negociar se encuentra regulado en el artículo 54 de la LRCT que establece: "Las partes están obligadas a negociar de buena fe y a abstenerse de toda acción que pueda resultar lesiva a la contraria...". Como vemos se trata de una imposición genérica sin un contenido concreto. En

todo caso, lo único concreto que impone dicha norma es que se evite el daño a la contraparte.

La obligación de negociar nace con la presentación del pliego de reclamos (artículo 51 LRCT) y sólo respecto de las empresas que hubieren cumplido por lo menos un año de funcionamiento (artículo 41 LRCT), entendiéndose por funcionamiento el momento en que realmente la empresa haya iniciado sus actividades, aun cuando en dicha oportunidad no hubiera cumplido con los trámites que establecen las disposiciones legales (artículo 27 del Reglamento).

La recepción del pliego de reclamos es obligatoria para el empleador (artículo 54 LRCT), salvo causa legal o convencional objetivamente demostrable, en cuyo caso, la entrega debe hacerse a través de la autoridad de trabajo, teniéndose como fecha de presentación la de ingreso por mesa de partes (artículo 53 LRCT).

También constituye una obligación del empleador proporcionar, a petición de los representantes de los trabajadores, la información necesaria sobre la situación económica, financiera, social y demás pertinentes de la empresa, en la medida en que tal información no sea perjudicial para ésta. Lo curioso del caso peruano es que si las partes no llegan a ponerse de acuerdo en la información que se ha de proporcionar, es la Autoridad de Trabajo quien define la información básica que debe ser facilitada para el mejor resultado de las negociaciones. Curioso porque no se establece la consecuencia de que, aun cuando exista tal acuerdo, el empleador no cumpla con la entrega de la información (artículo 55 LRCT).

La información referida en el párrafo anterior podrá solicitarse dentro de los 90 días naturales a la fecha de caducidad de la convención vigente (artículo 35

<sup>30</sup> García Blasco, op.cit., p. 196. Esta obligación que se impone al empleador guarda coincidencia con lo que sostiene la teoría general de la negociación sobre los componentes de la misma, a saber: Sujetos Negociadores, Materia Negociable, Lugar de la Negociación, Elementos de la Negociación y Modelos utilizados. Aldao Zapiola, op. cit., p. 18.

<sup>31</sup> García Blasco, op.cit., p. 196.

<sup>32</sup> En la legislación norteamericana, se conoce como "impase" al momento en el cual un acuerdo es imposible pese a la diligencia demostrada en las negociaciones. Luego del mismo, se utiliza otras vías de resolución del conflicto. Debemos señalar que el "impase" no puede surgir respecto de materias permitidas, pues, como dijimos, no existe obligación de negociar las mismas.

<sup>33</sup> Sobre este punto las empresas alegan que se protegen entre ellas al impedir que un sindicato obtenga concesiones excesivamente generosas. Adicionalmente, señalan que estos seguros son sólo una contrapartida de las prestaciones de huelga que muchos sindicatos pagan a sus miembros. Por su parte, los sindicatos alegan que estos seguros fomentan una negociación de mala fe y huelgas prolongadas. Lo cierto es que no se ha llegado a establecer si dicha conducta constituye o no una violación al deber de negociar de buena fe, más aun cuando existen autores (Vernon M. Briggs, Jr.: "The strike insurance plan of the railroad industry" En: *Industrial Relations*, Berkeley, California, vol.6. No 2, febrero de 1967, p. 211. Citado por Cullen, op.cit., p.276) que señalan que para que existan estos seguros, las empresas involucradas deben reunir ciertas "características inestables de negociación" (multiplicidad de sindicatos, tendencia a imponer a las demás compañías las concesiones obtenidas por otra mediante una huelga, una producción que no puede acumularse antes de la huelga pero que al mismo tiempo es homogénea al punto que los clientes pueden cambiar de empresa durante la huelga y, las pérdidas que sufre el empleador son de tal naturaleza que no pueden compensarse después de la huelga), por lo que no son condiciones que se encuentran reunidas en muchas industrias además de las periódicas, líneas aéreas y ferroviarias.

del Reglamento). El problema es determinar si dicho plazo es de caducidad o no, es decir, si el sindicato podría solicitar mayor información o aclaraciones fuera de dicho plazo.

Resulta contradictorio con el espíritu liberal que pretende tener la ley, el hecho de que sea el ministerio quien valore las peticiones de los trabajadores, comparándolas con la situación de la empresa. Creemos que esta función debiera estar en manos de las partes, pues un tercero imponiendo valores a los términos de la negociación puede hacerla ineficiente.

Respecto de los plazos para negociar, son las partes quienes deciden con qué frecuencia se negocia, sin límite de tiempo. Lo que sí se establece es la necesidad de iniciar la negociación dentro de los 10 días calendarios de presentado el pliego (artículo 57 LRCT). En la práctica, las negociaciones son interminables y muchas no llegan a concluir y se abandonan, por lo que debería tomarse en cuenta el incumplimiento de tales plazos y las medidas dilatorias, como prácticas desleales.

Para concluir con las negociaciones, basta que una de las partes no quiera proseguir con las reuniones y plazos para que la etapa de negociación directa quede concluida (artículo 40 del Reglamento). Esta norma es peligrosa pues permite indirectamente un comportamiento de mala fe, ya que no se establecen criterios por los cuales se tiene por terminada la negociación (en Estados Unidos, por ejemplo, vimos que se exigía la situación del *impasse*).

Finalmente, la LRCT regula las consecuencias de la mala fe de manera indirecta, pues el artículo 49 establece que solo será admisible la impugnación de un acuerdo, por exceso en el uso de las atribuciones otorgadas a los representantes de las partes y siem-

pre que hayan actuado con mala fe. Según creemos, esta "mala fe" se encuentra vinculada más con el dolo (error inducido) que con la violación a un deber de conducta, por lo que en puridad no se estaría refiriendo al tema que nos convoca.

Como vemos, la legislación peruana sobre la materia no establece sanciones directas contra los comportamientos de mala fe porque no determina cuáles son éstos. Sin embargo, algunas obligaciones accesorias podrían tomarse como comportamientos "standard" (deber de entregar información relevante, reunirse en las fechas y plazos indicados, por ejemplo), por lo que, respecto de su incumplimiento, debería existir algunas sanciones previstas<sup>34</sup>. Sin sanciones concretas, el deber de negociar de buena fe en el Perú, constituye un principio general que poco significado práctico posee.<sup>35</sup>

## 5. LOS COSTOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

A lo largo del presente trabajo hemos tratado de mostrar cómo el deber de negociar de buena fe ha llevado a la jurisprudencia de otros países, principalmente en los Estados Unidos, a definir conductas concretas que nos indican cuándo estamos ante la violación a dicho deber, por lo que, aquél principio general de Derecho (tal como lo vemos los países de la tradición romano-germánica), baja del paraíso de los conceptos de Ihering para servir en la realidad concreta. La pregunta sería ¿y para qué nos sirve conocer dichos comportamientos? La respuesta es sencilla: Para reducir los costos de transacción<sup>36</sup> implícitos en la negociación colectiva y tender hacia negociaciones óptimas.<sup>37</sup>

En efecto, creemos que dada la situación en la que se encuentra el modelo negocial peruano, los trabaja-

<sup>34</sup> Creemos que es la legislación la llamada a regular y definir qué supuestos implican un comportamiento de buena o mala fe dentro de las negociaciones colectivas. Si bien la jurisprudencia debería cumplir un rol importante al respecto, nuestra tradición jurídica no se orienta en dicho sentido, por lo que patrones de comportamientos definidos de modo enumerativo podrían ser la manera de plasmar los estándares de conducta deseados.

<sup>35</sup> Una muestra de lo que decimos nos la proporcionan las estadísticas de APENAC donde se puede apreciar que las negociaciones en Lima se desarrollan con estándares de mala fe. Por ejemplo, un 5,4% de los pliegos de reclamos fue rechazado en 1995, un 32% de los expedientes fueron abandonados en trato directo el mismo año, además de la inoperancia de los plazos que la ley establece para el proceso de negociación colectiva.

<sup>36</sup> Definiremos los costos de las transacciones como el costo de descubrir oportunidades de intercambio, de negociar el intercambio y de vigilar y de hacer cumplir el intercambio.

<sup>37</sup> Para Kroman y Posner la función básica del Derecho de los contratos es determinar sanciones para la negativa a cumplir en supuestos en los que, ante la ausencia de sanciones, las partes se verían tentadas a incumplir. (Kronman, Anthony y Richard Posner, "The Economics of Contract Law" Little, Brown and Company, 1979, p. 2) Si bien se refieren a que el carácter no simultáneo de las prestaciones le ofrece a una de las partes una ventaja estratégica que le permite obtener un pago que termine anulando las ventajas que la otra parte pudiera obtener del contrato (Citados por el Bullard, Alfredo, La Función Económica del Sistema Contractual, en los materiales de lectura utilizados para el curso de Análisis Económico del Derecho dictado en la Pontificia Universidad Católica. Copia no publicada), creemos que dicha función es pertinente si hablamos de que, ante la ausencia de sanciones concretas a la violación del deber de negociar de buena fe, las partes se encuentran tentadas a comportarse deslealmente.

dores necesitan lograr convenios colectivos que les otorguen beneficios, los empresarios reducir sus costos laborales; la sociedad en general necesita paz laboral. No podemos negar que nos encontramos en la aldea global y que giramos al ritmo de la economía de mercado. Proponer alternativas pasadas implica no reconocer la realidad que hoy nos rodea. Por estas razones, creemos que el mercado laboral, al encontrarse inmerso dentro de esta lógica, debe defenderse con las herramientas que el propio mercado le brinda.

En consecuencia, debemos analizar la negociación colectiva como desean que lo hagamos: como una negociación con "autonomía colectiva amplia y transparente sin la agobiante intervención que el Estado ejercía anteriormente en el proceso negociacional." Es decir, con un "no me defiendas compadre".

Incluso dentro de esta lógica, es evidente que el Estado debe mantener un rol. No todo puede quedar en manos del mercado pues éste no es perfecto,<sup>38</sup> en tal sentido, una correcta aplicación del Deber de Negociar de Buena fe, decimos, ayudaría a reducir algunos costos implícitos en la negociación, a saber: costos de información asimétrica, del efecto atadura, por divergencia de intereses, de prácticas oportunistas.

A continuación trataremos de analizar los costos mencionados aplicados a la negociación colectiva.

### 5.1.- Costos de Información Asimétrica:

Como sabemos, los costos de información asimétrica se encuentran referidos a la diferencia en el flujo relativo de información entre las partes contratan-

tes respecto de los elementos centrales de la relación contractual.<sup>39</sup> Es decir, dentro de las relaciones contractuales (incluimos las precontractuales), las partes no manejan la misma calidad y cantidad de información relevante para los efectos de la negociación. En nuestro caso concreto, es el empleador quien maneja información relevante respecto de su propia situación económica, de allí que esté en mejor capacidad para saber cómo, cuándo y cuánto puede ofrecer dentro de cualquier negociación (laboral o no). Por su parte, el sindicato o los representantes de los trabajadores, según sea el caso, son quienes mejor manejan la información respecto de sus necesidades laborales.<sup>40</sup>

Como vemos, la información que los sujetos colectivos manejan no sólo es distinta sino también de difícil intercambio voluntario si no existen canales de comunicación entre ambos. En tal sentido, si al iniciarse las negociaciones, una de las partes se comporta de mala fe (no tiene intención seria de negociar, por ejemplo) difícilmente solicitará o brindará información a la contraparte respecto de los puntos a negociar, en consecuencia, al no conocerse las reales oportunidades de intercambio (los trabajadores solicitan más de lo que la empresa puede brindar en términos reales,<sup>41</sup> el empleador desconoce necesidades que, satisfechas, incluso elevarían la producción, etc.), es posible que éstas se lleguen a desaprovechar, con lo cual, a menor información, mayor será el número de oportunidades de intercambio de comportamientos desaprovechados.<sup>42</sup>

En este orden de ideas, el negociar de mala fe respecto de la información genera costos de transac-

<sup>38</sup> Siguiendo a Cooter y Ulen (Cooter, Robert y Thomas Ulen. "Law and Economics" Harper Collins Publishers. 1988. p. 226-241), Bullard considera que para que un sistema de mercado pueda ser considerado perfecto deben cumplirse los siguientes supuestos: Considerar a los individuos racionales, que los contratos no causan perjuicios ni beneficios a personas distintas a las partes, que existe información perfecta, que existen suficientes compradores y vendedores como para que ninguno esté en capacidad de influenciar unilateralmente el proceso de formación de precios, no existen costos de transacción. (Ibid.)

<sup>39</sup> Hansmann, Henry. "Ownership of Enterprise". Cap. 2. Libro no publicado en archivo de su autor. (Citado por Salinas, Sergio. "Fondos Mutuos, Información Asimétrica y regulación de mercados: Un enfoque de costos de transacción". En: THEMIS-Revista de Derecho, Segunda Epoca. No 33. p. 112.)

<sup>40</sup> La información que maneja el trabajador respecto de su propia labor ha llevado a la creación de los círculos de calidad social dentro de las empresas actuales. Así, a los trabajadores se les brinda la oportunidad de participar en las decisiones que competen al mantenimiento de las máquinas, la limpieza del centro de trabajo, la fiscalización de otros trabajadores, etc. Al respecto, ver Juan José Martínez, Círculos de Calidad ¿Participación de los Trabajadores en la empresa? En: THEMIS - Revista de Derecho N° 34. Segunda Epoca. p. 125.

<sup>41</sup> Lo cual no significa necesariamente que la empresa deba reducir sus utilidades para brindárselas en beneficios a los trabajadores. Se trata de que, aún otorgando esos beneficios, sea rentable para el empleador mantener su empresa. En tal sentido, se habla de que las empresas tienen dos clientes: uno externo y otro interno. Respecto de ambos, ella debe satisfacer necesidades, pues de lo contrario dejaría de existir. El cliente interno, son los trabajadores.

<sup>42</sup> No se trata de que la empresa muestre a los trabajadores toda la información relevante sobre su negocio, sino sólo respecto de la situación económica, financiera y social que sea relevante para la negociación, asimismo, el artículo 55 de la LRCT obliga a los trabajadores a guardar reserva absoluta sobre la información recibida. Al respecto, Boza Pro, Guillermo. "Derechos de información y deber del siglo en el ordenamiento español". Asesoría Laboral. Año VII. Setiembre 1996. No 69.

ción que pueden hacer ineficiente la negociación colectiva y en consecuencia puede no lograrse un buen término.

Dentro de este marco teórico, podemos argumentar que, al menos en Lima, la información en las negociaciones genera un costo transaccional tan alto que no permite un buen logro en las mismas y de allí su fracaso.

Para reforzar nuestro argumento, veamos como tanto empleadores como trabajadores se comportan de mala fe en las negociaciones respecto de la información relevante para la negociación. Así lo demuestra el siguiente cuadro que representa el porcentaje de organizaciones sindicales que solicitaron información a la empresa antes de la presentación del pliego de reclamos durante el período 93-95:

### SOLICITUD DE INFORMACIÓN

INDICADOR	1993	1994	1995
Solicita información	9.1%	7.8%	6.8%
No solicita información	90.9%	92.2%	93.2%
Total	100%	100%	100%

Fuente y elaboración: APENAC<sup>43,44</sup>

Como lo demuestra el cuadro, resulta inconcebible que los sindicatos puedan querer negociar sin solicitar la información pertinente. Esto no sólo genera una propuesta irreal, sino que también puede ser motivo de impase en las negociaciones. Consideramos este comportamiento como una falta de madurez en los sindicatos capitalinos y una actitud desleal para con el empleador susceptible de ser sancionada.<sup>45</sup>

Sin embargo, la situación no queda sólo en el lado de los trabajadores. Del poco porcentaje de organizaciones sindicales que solicitan información al empleador, la respuesta del mismo, es la siguiente:

### OTORGAMIENTO DE INFORMACION POR LA EMPRESA

INDICADOR	1993	1994	1995
Completa	13.2%	14.8%	4%
Incompleta	13.2%	33.3%	4%
No la otorga	36.8%	18.6%	56%
No se sabe	36.8%	33.3%	36%
Total	100%	100%	100%

Fuente y elaboración: APENAC

Como podemos apreciar, más de la mitad (un preocupante 56%) de empleadores no entregan la información solicitada, lo cual evidentemente implica una mala fe en las negociaciones desde el inicio.

Pese a estos datos, mediante la normatividad actual no existen sanciones adecuadas para ninguna de las dos partes, con lo cual no existen incentivos para modificar sus comportamientos desleales y no existen reglas concretas que permitan a las partes prever el costo de sus acciones, en consecuencia, los sujetos colectivos se continuarán comportando como hasta ahora: de mala fe.

### 5.2.- Costos de prácticas oportunistas.-

Este costo viene vinculado con el anterior. Se sostiene que los individuos tomamos decisiones sobre la base de información limitada, tanto porque ella no está disponible en el mercado o porque no puede ser procesada inteligentemente por cada uno de nosotros (nosotros añadiríamos que deben existir incentivos para que lleguemos a tomar decisiones). Señalan además que si los individuos actúan racionalmente, tenderán a desarrollar un comportamiento oportunista (comportamiento catalogado como la maximización culposa de beneficios) en desmedro de otras personas.<sup>46</sup>

Pues bien, uniendo ambas ideas, deberíamos estar de acuerdo en que tanto trabajadores como empleadores, en la medida que manejen mayor y mejor

<sup>43</sup> APENAC, op. cit., p. 10.

<sup>44</sup> APENAC, op. cit., p. 10.

<sup>45</sup> Si la negociación con el empleador no fuera una obligación, poco importaría si el sindicato le solicita o no información, pues dependerá de este último considerar cuál es la mejor manera de prepararse para la negociación, en consecuencia, lo más probable es que tenga incentivos para conseguir información real sobre la empresa. Hoy, a pesar que tienen el derecho a la información, no lo ejercen.

<sup>46</sup> Williamson, Oliver. "The Governance of Contractual Relations. A Transaction Cost Approach". (Citado por Salinas, Sergio, op. cit. p. 111 y 115)

información, tenderán a utilizar dicha información en perjuicio del otro. Así por ejemplo, si los trabajadores conocen alguna manera de ahorrar materiales en la producción de un bien, es probable que tengan incentivos para no comunicar tal hecho al empleador y utilizar para ellos dicho material, pues a fin de cuentas, no es su empresa ni su dinero el que se pierde. Así también, si el empleador conoce la capacidad de liderazgo de alguno de sus trabajadores, es probable que busque la forma que se una a las filas del empleador mediante concesiones directas (práctica desleal en los Estados Unidos) o, de lo contrario, lo despedirá, cuidándose únicamente del plazo de tres meses que impone el artículo 12 del Reglamento de la LRCT para excluirlo del fuero sindical (hoy es “más barato” despedir injustamente).

Pues bien, la idea que está detrás del oportunismo no es otra que la de aprovecharse de la debilidad del hombre que está en inferior condición contractual. No sólo se está dispuesto a maximizar los beneficios, sino que se está dispuesto a aprovecharse de situaciones para ello.<sup>47</sup>

Como se puede deducir, este comportamiento oportunista está en contradicción con un imperativo de negociar de buena fe. Es decir, si uno de los presupuestos de un mercado perfecto consiste en que los individuos somos racionales y que por tanto, dirigimos nuestro comportamiento para maximizar nuestros propios beneficios con conductas oportunistas, una obligación de negociar de buena fe sin sanciones, equivale a “todo vale”.

Por lo tanto, creemos que otra de las razones por las que fracasan las negociaciones colectivas, al menos en Lima, son los costos que genera una conducta oportunista basada en la información limitada y la situación de desventaja de una de las partes, lo cual

lleva a prácticas desleales que no necesariamente permiten la mejor asignación de los recursos.<sup>48</sup>

### 5.3 Costos del Efecto Atadura.-

Se sostiene que la existencia de suficientes compradores y vendedores es indispensable para un mercado perfecto, de tal manera que ninguna de las partes esté en capacidad de influir unilateralmente en el proceso de formación de precios.<sup>49</sup> (es decir, de darle valor a los recursos unilateralmente para efecto de realizarse la transacción). Asimismo, debemos añadir que el mercado presupone que todos tengamos la posibilidad de decidir con quién transar (libertad de contratar) e implica también la posibilidad de “salirse” de la transacción (resolución por incumplimiento).

Sin embargo, el mercado no es perfecto, y la realidad nos muestra que no siempre existen dichos supuestos. (por ejemplo, los monopolios y oligopolios son una clara muestra de las limitaciones del mercado.<sup>50</sup>). En especial nos interesa analizar la posibilidad de salirse de la transacción.

Para Hirschmann, la posibilidad de salirse de la transacción es un mecanismo que permite a las partes protegerse del comportamiento oportunista de la otra, en la medida en que constituye una respuesta rápida y efectiva frente a cualquier incumplimiento contractual.<sup>51</sup> Es más, la libre salida funciona como un mecanismo poderoso para desincentivar la realización de estas prácticas, pues la contraparte pone en riesgo no sólo las ganancias de una transacción, sino su reputación comercial afectando el flujo futuro de ingresos.<sup>52</sup> Sin embargo, existen situaciones en las que no es posible - o no es rentable económicamente- para una de las partes desistirse de continuar una relación contractual. A este efecto se denomina “Efecto Atadura”.<sup>53</sup>

<sup>47</sup> Un claro ejemplo de este oportunismo es la Lesión, repudiada por el Derecho. Sin embargo, algunos la conciben como una situación de mercado de un bien escaso, el cual se asigna a quien más lo valora y por tanto, como eficiente y totalmente válida.

<sup>48</sup> Con algunos ejercicios de Teoría General de La Negociación se puede tomar conciencia de como, a veces, el engañar a la contraparte y aprovecharse de ella en transacciones inmediatas, genera desconfianza en ambas partes, por lo que, en próximas transacciones, ante la desconfianza, no se logran los mejores resultados posibles. Esto es, no se asignarán los bienes a sus usos más valiosos y en consecuencia, las transacciones serán ineficientes.

Podrían decirnos, que en una economía de mercado no habría problema puesto que elegiríamos transar con otras personas. Sin embargo, esto no es del todo cierto, aun en dicho sistema. Veamos el Efecto Atadura.

<sup>49</sup> Bullard, Alfredo. La Función Económica del Sistema Contractual. En Materiales de Lectura para el curso de Análisis Económico del Derecho, Copia no Publicada. p.43.

<sup>50</sup> Algunos sostienen que los monopolios no son malos en sí mismos, pues no existe razón para repudiar que un sólo agente en el mercado brinde determinado bien. Lo peligroso radica en que este agente cometa prácticas que impidan el acceso al mercado de nuevos competidores o que obligue a salir del mismo a otros de manera no permitida. Esto es, Prácticas Colusorias, pues se usa el poder monopólico para desequilibrar el precio de referencia dado por el mercado.

<sup>51</sup> Hirschmann, Albert. “Exit, Voice and Loyalty” Harvard University Press. 1970. Citado por Salinas, Sergio, op. cit. p. 114.

<sup>52</sup> Salinas, Sergio, op. cit. p. 114.

<sup>53</sup> Tal es el caso, por ejemplo, de la especificidad de las inversiones.

Pues bien, dentro de esta lógica, resulta evidente que el mercado de trabajo actual del Perú no presenta los presupuestos mencionados y mucho menos brinda la posibilidad al trabajador promedio de, ante las actitudes oportunistas de su empleador, terminar con su relación laboral. Los trabajadores presentan una especie de efecto atadura respecto de sus empleos. No son libres de escoger libremente su empleo.<sup>54</sup> En tal sentido, al negociar, el empleador es consciente de esta situación y es probable que adopte conductas oportunistas (algunas probablemente catalogadas de prácticas desleales), por lo que es también probable que el trabajador tienda a aceptar condiciones desfavorables o poco satisfactorias.

En otras palabras, la necesidad de trabajar y la escasa posibilidad de un empleo alternativo (efecto atadura) hacen que el empleador pueda aprovecharse de tal situación dentro de las negociaciones, con un costo para la negociación de buena fe.

#### 5.4 Costos por Divergencia de Intereses.-

Como se puede apreciar de los costos antes mencionados, resulta muy difícil identificar cada uno por separado. Siempre se presentará más de un costo dentro de las negociaciones colectivas. En tal sentido, la divergencia de intereses es un tema que estará presente en toda negociación humana.

En efecto, cuando dos partes intentan ponerse de acuerdo pero sus intereses son totalmente opuestos, el acuerdo mencionado nunca se lleva a cabo. Por tanto, es esencial al contrato la conjugación de intereses (al menos respecto de algún punto).<sup>55</sup>

Pues bien, dentro de las negociaciones colectivas sucede algo similar. Mientras los intereses entre empleadores y trabajadores sean totalmente opuestos, la negociación colectiva fracasará.

Por lo tanto, mientras mayor sea la divergencia de intereses entre los sujetos colectivos habrán menos incentivos a negociar de buena fe, y viceversa, en consecuencia, tal divergencia es un costo en la negociación colectiva.<sup>55</sup>

## 6. CONCLUSIÓN

Hemos tratado de analizar la negociación colectiva como una negociación que si bien tiene particularidades, lleva implícita, como toda negociación, costos de transacción. Si tales costos son demasiado elevados, es probable que no se logre un acuerdo óptimo entre las partes.

En este sentido, creemos que los costos de transacción que podemos ubicar dentro de la negociación colectiva se reflejan en el comportamiento que adoptan las partes al negociar. Es decir, la mayor información que poseen las partes, las conductas oportunistas, la divergencia de intereses, el propio efecto atadura, se reflejan cuando una de las partes no se presenta a las reuniones de negociación, cuando se reúne con los trabajadores individualmente para ofrecerle ventajas individuales (dilema del prisionero), cuando no solicita información para formular planteamientos coherentes, cuando no proporciona la información que se le solicita, etc. De allí que muchas de las conductas que cataloga la doctrina comparada como violatorias al deber de negociar de buena fe, no son otra cosa que manifestaciones de la existencia de los costos de transacción dentro de la negociación.

Si aceptamos lo anterior, estaremos más permeables a admitir que una correcta aplicación del Deber de Negociar de Buena Fe puede llegar a reducir la frecuencia de dichos comportamientos (reducir costos), pudiéndose lograr que más negociaciones colectivas -en comparación con las actuales- lleguen a buen término.

En efecto, si la imposición del deber de negociar no es otra cosa que el imperativo de una forma de comportamiento, la norma -y aquí radica el rol que debiera tener el Estado en esta materia- debería definir qué comportamientos son susceptibles de ser considerados contrarios a dicho deber y, como tales, sancionables. Entonces, la finalidad de definir el contenido de dicho deber y las sanciones aplicables radica en que las partes internalicen el costo que obstaculiza el logro de un acuerdo óptimo. De esta manera, tanto empleador como trabajador probablemente evitarían conductas desleales debido a que comportarse de esa manera dejaría de ser "rentable y barato".

<sup>54</sup> Algunos sostienen que el problema de no encontrar trabajo se debe a la poca calificación del trabajador. Sostienen además que, el trabajador bien calificado sí está en condiciones de negociar individualmente y no necesita apoyo sindical. Este tema es discutible y no es objeto del presente trabajo.

<sup>55</sup> Puede verse con mayor claridad el costo por divergencia de intereses entre trabajador y empleador cuando los primeros también participan en la gestión de la empresa. Es lo que Salinas denomina el costo político dentro de las Relaciones de Propiedad que se establecen dentro de las organizaciones económicas. Salinas Rivas, Sergio. La participación de los trabajadores en el proceso de privatización de las empresas públicas: un breve ensayo sobre teoría de las organizaciones económicas. En THEMIS-Revista de Derecho. Segunda Epoca, N° 34, página 131.