

LA MEDIACIÓN LABORAL Y SU IMPACTO EN LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO EN PERÚ

LABOUR CONFLICT MEDIATION AND ITS IMPACT IN COLECTIVE RELATIONSHIPS OF WORK IN PERU

Carlos Cadillo Ángeles*
Miranda & Amado

The present article analyzes the impact of labour conflict mediation in work relationships in Peru and how this alternative dispute resolution instrument is an ideal way to solve problems. That is why this article analyze the importance of labour mediation in the conflicts that arise between employers and workers.

The author seeks to explain why it is necessary to revalue labour conflict mediation and return to the original meaning, because it represents a tool through which parties may resolve problems in a peaceful way.

KEY WORDS: labor mediation; alternative dispute resolution instruments; conciliation; strike; collective negotiation.

En el presente artículo se analiza el impacto de la mediación laboral en las relaciones de trabajo en el Perú y cómo ese mecanismo alternativo de solución supone una manera idónea de resolver conflictos. Para ese fin se analiza la importancia de la mediación laboral en los conflictos que surgen entre los empleadores y las organizaciones sindicales.

El autor busca explicar por qué resulta necesario revalorar la mediación laboral y devolverle el significado, ya que supone un ambiente en el cual las partes podrán resolver los conflictos de manera pacífica.

PALABRAS CLAVE: mediación laboral; mecanismos alternativos de solución de conflictos; conciliación; huelga; negociación colectiva.

* Abogado. Magister en Mediación, Negociación y Resolución de Conflictos por la Universidad Carlos III de Madrid. Ex profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad del Pacífico y Universidad ESAN. Árbitro en negociaciones colectivas. Miembro del Registro de Árbitros del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Asociado de Miranda & Amado Abogados. Contacto: ccadillo@mafirma.com.pe

I. INTRODUCCIÓN

La mediación es un mecanismo que permite a las partes llegar a la solución de los conflictos que afrontan; tan igual como podrían llegar a través de la negociación directa, la conciliación, el arbitraje o el proceso judicial.

La mediación se caracteriza por buscar una comunicación efectiva entre las partes con la ayuda del mediador, a partir de las técnicas especiales con las que cuenta; con la finalidad de que se restablezca la relación entre las partes y, de ser el caso, que lleguen a acuerdos de solución por sí solas. En ese sentido, la mediación puede servir como mecanismo de solución para las relaciones laborales a corto o largo plazo, teniendo mayor relevancia evaluar su aplicación para este último caso.

Generalmente las relaciones colectivas de trabajo son a largo plazo, ya que las organizaciones sindicales se constituyen a tiempo indefinido y, en la práctica, así se mantienen. Por ello, la mediación resulta una alternativa adecuada para la solución de los conflictos entre las organizaciones sindicales y los empleadores. Sin embargo, la utilización de la mediación en las relaciones colectivas de trabajo está en desuso; a nuestro parecer, producto de una regulación que le ha dado un alcance muy limitado y que le impone ofrecer soluciones, lo que no es propio de la naturaleza misma de la mediación

II. LA MEDIACIÓN LABORAL CONTEMPLADA EN EL ORDENAMIENTO LABORAL PERUANO

La mediación laboral en las relaciones colectivas de trabajo en el Perú se encuentra regulada por el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo 010-2003-TR (en adelante, LRCT) y por el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo 011-92-TR (en adelante, Reglamento LRCT). Dicha normativa señala que i) la mediación es aplicable en la etapa de conciliación o durante la huelga; ii) la misión principal del mediador es proponer soluciones; y, iii) si alguna de estas fuera aceptada por las partes, tendrá la misma naturaleza que un convenio colectivo.

A. La mediación en la etapa de conciliación¹

Con la presentación del pliego de reclamos por parte de las organizaciones sindicales al empleador, se inicia la negociación colectiva mediante un proceso que podría llegar a pasar por cinco etapas. En primer lugar, **la instalación**, en la cual las partes acreditan su representación y acuerdan las reglas que serán aplicables al proceso de negociación. En segundo lugar, **la negociación directa**, realizada solo entre las partes. En tercer lugar, **la conciliación**, en la que interviene un tercero llamado conciliador que busca acercar a las partes a una solución. En cuarto lugar, **el extra-proceso**, el cual Raúl Saco señala que se comprende como:

[E] ambiente en el que las partes se congregan frente a un tercero (la Autoridad Administrativa de Trabajo) para tratar de entenderse; en tanto que los medios de solución son la conciliación y la mediación que en tal ambiente se aplican. [...] Se las denomina “extra-proceso” porque, en los hechos, aunque citadas durante una negociación colectiva en trámite, son ajenas al proceso (formal) de la negociación colectiva (negociación directa, conciliación o mediación, huelga y no arbitraje); o porque son extrañas al proceso previo al pronunciamiento de la Autoridad Administrativa de Trabajo sobre la procedencia o improcedencia, o legalidad o ilegalidad de otro cualquier preaviso de huelga o de la huelga misma (2017).

Asimismo, acorde al artículo 5 de la Directiva General denominada “Lineamientos para la intervención administrativa en conflictos laborales colectivos: los llamados ‘extra-proceso’, la preferencia por el arbitraje potestativo y la intervención resolutoria como facultad excepcional”, aprobada por la Resolución Ministerial 076-2012-TR, se entiende como extra-proceso:

[E]l mecanismo de solución de controversias que integra elementos de la conciliación y de la mediación, y cuya finalidad consiste en incentivar el diálogo entre los representantes de trabajadores y del empleador o empleadores, para propiciar el acercamiento de sus posiciones en función a intereses comunes que trasciendan al conflicto.

¹ Artículo 59 de la LRCT. - “La función conciliatoria estará a cargo de un cuerpo técnico especializado y calificado del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, pudiendo las partes, sin embargo, si así lo acuerdan, encomendársela a personas privadas, caso en el cual deberán remitir a la Autoridad de Trabajo copia de las actas que se levanten. En uno y otro caso, el procedimiento de conciliación deberá caracterizarse por la flexibilidad y la simplicidad en su desarrollo, debiendo el conciliador desempeñar un papel activo en la promoción del avenimiento entre las partes. Si éstas lo autorizan, el conciliador podrá actuar como mediador, a cuyo efecto, en el momento que lo considere oportuno, presentará una o más propuestas de solución que las partes pueden aceptar o rechazar. Se realizarán tantas reuniones de conciliación como sean necesarias” [El énfasis es nuestro].

En ese sentido, el extra-proceso se inicia luego de acabada la conciliación o con ocasión —de ser el caso— de una huelga², interviniendo un conciliador que busca la solución del conflicto. Es pertinente señalar que, aunque el tema reviste polémica, desde el punto de vista personal, Óscar Ermida y otros señalan que la doctrina califica la huelga tanto como la manifestación del conflicto, así como el medio de solución del mismo (1990, p. 308).

Finalmente, en quinto lugar, **el arbitraje**, el cual se da optativamente a la huelga y puede ser voluntario (por decisión de las partes) o potestativo (de acuerdo a los supuestos regulados por la normativa vigente).

El primer supuesto que se regula para la aplicación de la mediación es la etapa de conciliación. Concluida la etapa de negociación directa, ya sea por una de las partes o decisión de ambas, se podrá iniciar la etapa de conciliación a cargo de la Autoridad de Trabajo ya sea a petición de parte o de oficio en caso esta última lo estimara necesario o conveniente.

Durante la etapa de conciliación, las partes pueden autorizar que el conciliador actúe como mediador, momento desde el cual asumirá el proceso de negociación y tendrá como misión —cuando lo considere oportuno— proponer alternativas de solución no vinculantes para las partes; es decir, estas podrán aceptar o rechazar la(s) propuesta(s) del mediador.

Como se aprecia, la decisión de optar por la figura de un mediador es voluntad de las partes, con el fin de encontrar propuestas de solución al conflicto. Sin embargo, la facultad de ofrecer propuestas es propia de los conciliadores; es decir, sin necesidad de cambiar el nombre a mediador, el conciliador podría realizar propuestas a pedido de las partes, o por decisión propia, si lo encuentra conveniente. Al respecto, Juan García Montufar considera que la proposición de soluciones es propia de la consolidación y no de la mediación:

Desde un punto de vista doctrinario, la conciliación se distingue de la mediación por el hecho que el conciliador debe proponer una fórmula conciliatoria, mientras que el mediador no tiene esa obligación, y por ello puede o no formular una propuesta de solución. Esta distinción no es tan clara en la legislación pe-

ruana, pues, como veremos a continuación, en algunos casos el conciliador está obligado a formular una propuesta conciliatoria y en otros no, e incluso en el ámbito laboral, el conciliador que fórmula propuestas se entiende que actúa como mediador (2001, p. 141).

Desde el punto de vista personal, se tiene a un mismo conciliador, que conoce a las partes y al conflicto, y que podría proponer soluciones, el cual solo cambia de nombre para el ejercicio de esta facultad de proposición. No existe propiamente la utilización del mecanismo de mediación, con un mediador que emplee técnicas particulares, que busque el entendimiento entre las partes y la posibilidad de que ellas mismas construyan y logren un acuerdo de solución.

Consideramos que la mediación es un mecanismo de solución propio y diferenciado de la conciliación puesto que, contrariamente a la regulación vigente, el mediador no cuenta con la facultad de proponer soluciones.

B. La mediación durante la huelga³

Concluida la etapa de negociación directa o de conciliación, las partes podrán (i) someter la solución del conflicto ante un arbitraje, o (ii) los trabajadores podrán declarar la huelga acorde con las causales y los requisitos legales.

En caso la organización sindical opte por la huelga, la normativa establece que las partes o la Autoridad de Trabajo pueden designar a un mediador para que este formule las opciones de solución al conflicto, no vinculantes para las partes; no obstante, también se permite que la Autoridad de Trabajo nombre de oficio al mediador.

De esta manera, se podrían presentar alguno de los siguientes supuestos: (i) las partes están de acuerdo en designar a un mediador y en la elección misma del mediador; (ii) las partes están de acuerdo en designar a un mediador, pero no en la elección del mediador, en cuyo caso este es elegido por la autoridad de trabajo; y, (iii) la autoridad de trabajo decide designar un mediador y lo elige. En este sentido, Guillermo Boza *et al.* señalan lo siguiente:

Durante el desarrollo de la huelga, a su vez, cabe la designación de un mediador. De la confusa regulación del artículo bajo comentario, y

² Medida de fuerza decidida por la organización sindical, que se materializa con la suspensión de la relación laboral de los trabajadores involucrados y el abandono del centro de trabajo.

³ Artículo 62 de la LRCT. - “En el caso del artículo anterior, los trabajadores pueden alternativamente, declarar la huelga conforme a las reglas del artículo 73. Durante el desarrollo de la huelga, las partes o la Autoridad de Trabajo podrán designar un mediador. La propuesta final que éste formule deberá ponerse en conocimiento de las partes. Las fórmulas de mediación, en caso de no ser aceptadas por las partes, no comprometerán las decisiones arbitrales ulteriores” [El énfasis es nuestro].

del artículo 45 del Reglamento se puede dar los siguientes casos:

- i. Acuerdo de las partes en designar un mediador, y acuerdo de ellas en la determinación de la persona que tendrá a su cargo dicha labor.
- ii. Acuerdo de las partes en designar un mediador, pero desacuerdo en la determinación de la persona. En este caso, a falta de acuerdo, la Autoridad de Trabajo podrá nombrar al mediador.
- iii. La Autoridad de Trabajo decide la intervención de un mediador y determina la persona que tendrá a su cargo dicha labor

Se considera que en este caso se establece nuevamente una suerte de omnipresencia estatal como permanente telón de fondo al procedimiento de negociación colectiva, aunque también en este caso, las partes pueden hacer caso omiso a la actuación del mediador (1994, p. 135).

De igual manera, Fernando Elías sostiene que:

La persona que actúe como mediador durante la huelga de acuerdo a lo previsto por el artículo de la Ley, será designada de común acuerdo. Si no existe acuerdo de partes, la Autoridad de Trabajo puede designar al mediador, como también lo puede hacer cuando toma la iniciativa de la designación. Puede darse el caso de que una de las partes no acepte la mediación en cuyo caso no se llevará a cabo, pues el éxito de la gestión del mediador depende de la decisión de las partes, en tanto que la función de éste es proponer fórmulas para su eventual aceptación por ellas (1995, p. 221).

El mediador deberá formar parte del cuerpo técnico calificado del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante, MTPE), pudiendo ser especialistas de diversas áreas, con independencia de que sean nombrados o contratados⁴.

Nuevamente, se reconoce el rol del mediador de proponer soluciones, como se ha señalado ante-

riormente, cuando esta función es propia de los conciliadores y ajena al concepto de mediación.

En este caso, siguiendo la misma **fórmula mencionada para la conciliación**, la norma hubiera podido permitir que las partes en conflicto decidan convocar a un conciliador que proponga una solución y que se llame mediador. No lo hace porque la etapa de conciliación quedó atrás debido a la decisión de los trabajadores de declarar la huelga. En otras palabras, más allá de hablar de una mediación real como mecanismo de solución particular, consideramos que se le asignó el nombre de mediador al tercero que intentará componer el conflicto a través de la proposición de soluciones; lo que, reiteramos, no forma parte de las funciones de un mediador, pero sí de un conciliador.

Ahora bien, al ejecutarse la huelga, la norma da la posibilidad de que el mediador no solo intervenga por decisión de las partes, sino también por decisión de la Autoridad de Trabajo, de entre los funcionarios especializados para los fines de la mediación⁵. El inconveniente práctico es que el MTPE no cuenta con un listado de mediadores (funcionarios especializados en mediación) u oficina, área o equipo de mediación, sino solo con conciliadores que podrían actuar como mediadores en la fase de conciliación. Esto genera que –durante la huelga– las partes y la autoridad no tengan posibilidades reales para evaluar la mediación y optar por la designación de un mediador.

Es por ello que, ante una huelga, por decisión de las partes o de la autoridad de trabajo, se convocará a un extra-proceso, donde un tercero aplicará la conciliación o la mediación para buscar la solución de la huelga o de la negociación colectiva.

C. El proceso de elaboración de propuestas por parte del mediador⁶

Las partes podrán determinar la duración de la gestión del mediador; en su defecto, durará un plazo máximo de 10 días hábiles desde su desig-

⁴ Artículo 44 del Reglamento LRCT. - "El cuerpo técnico calificado del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, que tenga a su cargo la función de conciliación y/o mediación, estará integrado, en función a las necesidades del servicio, por especialistas de diversas áreas, nombrados o contratados de dicho Sector".

⁵ Artículo 45 del Reglamento LRCT. - "La persona que actúe como mediador durante la huelga de acuerdo a lo previsto por el artículo 62 de la Ley, será designado de común acuerdo. A falta de acuerdo, la Autoridad de Trabajo podrá designar a cualquier funcionario especializado del Ministerio de Trabajo y Promoción Social. La mediación se sujetará al procedimiento previsto en el artículo 42, de este Reglamento".

⁶ Artículo 42 del Reglamento LRCT. - "El mediador desarrollará su gestión en el plazo que señalen las partes, o a falta de éste en un plazo máximo de diez (10) días hábiles, contados desde su designación. Al término de dicho plazo, si no se hubiera logrado acuerdo, el mediador convocará a las partes a una audiencia en las que éstas deberán formular su última propuesta en forma de proyecto de convención colectiva. El mediador, presentará una propuesta final de solución, la que de no ser aceptada por escrito por ambas partes dentro de los tres (03) días hábiles siguientes, pondrá fin a su gestión" [El énfasis es nuestro].

nación. Durante el plazo aplicable, el mediador podrá presentar a las partes una o varias propuestas de solución, que ellas tendrán la libertad de aceptar o rechazar de forma total o parcial (Boza *et al.*, 1994, p. 130).

Si llegado el término del plazo de la mediación, la negociación se mantuviera abierta, es decir, sin acuerdo o sin aceptación de alguna de las propuestas presentadas previamente por el mediador, el mediador convocará a las partes a una audiencia para que formulen su última propuesta en forma de proyecto de convención colectiva. Las propuestas que presenten las partes solo podrán ser elaboradas para este momento no pudiendo ser condicionadas para otras posiciones o propuestas que formulen luego de agotada la gestión del mediador. Aunque, la norma no garantiza que otro tercero, que posteriormente sea designado para poner fin al conflicto a través de un mecanismo de solución, tome dicha propuesta —planteada al mediador— como limitante para la parte que la formuló. En relación con ello, para Boza *et al.*, “En dicha oportunidad, las partes deberán presentar una propuesta final en forma de proyecto de convención colectiva (que podría ser diferente a la que podría presentarse a efectos del arbitraje, aunque aquella la condicionaría)” (1994, p. 130).

Recibidas las propuestas de las partes, el mediador elaborará y presentará una propuesta final de solución, aquellas tendrán la libertad de aceptar o no. Para este cometido, el mediador tiene la libertad de: (i) elegir una de las propuestas de las partes, (ii) trabajar sobre la base de una de ellas, (iii) construir con partes de una y de otra propuesta, o (iv) elaborar una propuesta final completamente diferente a las presentadas.

Para el caso de las propuestas que plantee el mediador durante la huelga, la norma señala expresamente que no tendrán vinculación para las decisiones arbitrales en una eventual siguiente etapa arbitral⁷. En este mismo sentido, Boza y otros consideran que:

Se puntualiza, además, que la propuesta del mediador no vinculará la posterior decisión arbitral, lo que resulta explicable si atendemos al hecho de que el mediador tiene una mayor libertad de acción al momento de presentar una propuesta de solución dado que no debe

escoger una de las dos posiciones—como deberá hacerlo el árbitro— sino que puede presentar alternativas intermedias (1994, p. 130).

Las partes podrían aceptar la propuesta conjuntamente o pronunciarse una después de la otra, de acuerdo con la decisión que tomen las mismas. En este segundo escenario, si la parte que responda primero aceptara la propuesta del mediador, existirá la posibilidad de que la otra parte no la acepte, lo que no debería condicionar a la primera para formular su posición o sus propuestas en otras etapas del proceso de negociación colectiva, ya que su aceptación solo fue dada en ese momento. Mientras que, en sentido diferente, Boza y otros consideran que:

Las partes pueden aceptar por escrito dicha propuesta dentro de los 3 días hábiles siguientes. La aceptación debería ser de manera conjunta, en tanto, si fuera individual, podría condicionar a la parte que aceptará la propuesta en la etapa siguiente de la negociación colectiva (1994, p. 130).

Finalmente, la norma señala que, si las partes no aceptaran la propuesta final presentada por el mediador, dentro de los 3 días hábiles siguientes, este último pondrá fin a su gestión.

Como hemos indicado arriba, el inconveniente de la mediación durante la huelga es que no existe un cuerpo de mediadores ni funcionarios especializados en mediación en el MTPE, por lo que las partes, aunque quieran, no tienen posibilidades reales de designar y elegir mediadores. De tal forma que, en la práctica, la facultad del mediador de ofrecer soluciones solo podría ser ejercida por el propio conciliador en la etapa de conciliación. Y es en este momento que este conciliador pasa a llamarse mediador para proponer soluciones, cuya gestión puede no generar incentivos, porque esta función se asocia normalmente al arbitraje, o porque las partes no encuentran adecuado presentar sus propuestas finales a dicho mediador, con el temor de que condicionen su posición negocial; aunque esto no debería ocurrir, tal como hemos indicado. Una norma que garantice la confidencialidad de las propuestas finales y la prohibición de ser utilizada o analizada como la posición final de las partes, podría contribuir al mayor interés de la gestión del mediador en los términos que regula la normativa vigente.

⁷ Artículo 62 de la LRCT. - “(...) Las fórmulas de mediación, en caso de no ser aceptadas por las partes, no comprometerán las decisiones arbitrales ulteriores”.

D. Acuerdo de mediación⁸

La ley precisa que los acuerdos adoptados por las partes en mediación tienen la misma naturaleza y los mismos efectos que los convenios colectivos adoptados de forma directa. De esta manera, los acuerdos de mediación tendrán fuerza vinculante para las partes. En otras palabras, las propuestas de solución del mediador aceptadas por las partes serán considerados como convenios colectivos. Respecto a ello, Boza *et al.* señalan que:

La LRCT les otorga a las soluciones autónomas (conciliación y mediación) y heterónomas (arbitraje) de composición de conflictos la misma naturaleza y efectos que los convenios colectivos de trabajo.

En el caso de los acuerdos alcanzados en conciliación y mediación, no cabe duda que la situación es idéntica a la de una convención colectiva. Ambos supuestos, si bien orientados por un tercero son convenios colectivos, porque son los propios sujetos negociadores los que adoptan el acuerdo. Este ocurre ya sea porque el tercero acercó las posiciones de las partes a ese punto, o porque las partes decidieron adoptar la propuesta de solución presentada. La fuerza normativa de los acuerdos a los que puedan arribarse, no reside en las formulaciones hechas por el tercero sino en la adhesión que a ellas realizan las partes (1994, p. 153).

En el mismo sentido, Elías señala que: “En cuanto a los acuerdos adoptados en conciliación y media-

ción ellos provienen directamente de la voluntad de las partes y en consecuencia tienen exactamente el mismo valor que un convenio colectivo de trabajo” (1995, p. 265).

Rescatamos, además, que la ley establece los acuerdos adoptados “en mediación”, dejando la posibilidad de que las partes puedan acudir a la mediación como mecanismo independiente, más allá de la mera facultad de proposición que se le asigna normativamente al mediador –de acuerdo a lo explicado en los puntos anteriores–, siempre que podamos entenderla bajo la definición y los principios que desarrollamos en los puntos posteriores del presente trabajo “una nueva noción de la mediación laboral” y “principios rectores”

E. La mediación laboral legal en números

En los cuadros que aparecen en este punto, consignamos los datos registrados por el MTPE respecto a la forma en que se han venido solucionando los conflictos laborales colectivos desde el año 1993.

De dicha data podemos concluir que, entre los años 1996 y 2017 –último período publicado por el MTPE a la fecha de elaboración del presente trabajo– no se registran acuerdos de mediación como medios de solución de las negociaciones colectivas. Los únicos acuerdos de mediación se registran durante los años 1993, 1994 y 1995, que alcanzaron cantidades mínimas de 4, 3 y 2 acuerdos, respectivamente.

Pliegos de reclamos solucionados por años y etapas de solución a nivel nacional, periodo 1997-2017

ETAPAS DE SOLUCIÓN	AÑOS																				
	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
PRESENTADOS	846	728	652	576	533	524	535	494	528	541	641	610	639	641	722	804	722	657	658	548	527
SOLUCIONADOS-REGISTRADOS^{1/}	627	564	468	409	418	444	371	384	390	453	478	419	454	502	550	435	455	443	332	352	305
- NEGOCIACIÓN DIRECTA	548	517	436	373	378	419	337	357	357	406	435	364	398	418	440	353	359	350	284	286	261
- CONCILIACIÓN	48	24	14	23	23	14	20	17	23	32	24	26	25	44	37	32	34	32	30	21	16
- EXTRA PROCESO	19	15	13	9	9	4	8	4	4	7	3	24	24	28	58	20	30	34	8	29	21
- HUELGA	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
- AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DE TRABAJO	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	2	-	2	2	-	-	-	-	-	-	-
ARBITRAJE	12	8	5	4	8	7	6	6	5	7	14	5	5	10	15	30	32	27	10	16	7
- (ACUERDO DE PARTES)*	(9)	(6)	(3)	(2)	(3)	(2)	(3)	(2)	(1)	(4)	(6)	(2)	(5)	(6)	(8)	(16)	(7)	(6)	(1)	(3)	(2)
- (RESOL. DIRECTORAL)*	(3)	(2)	(2)	(2)	(4)	(3)	(3)	(4)	(2)	(3)	(8)	(1)	-	(3)	-	(3)	-	-	-	-	-
- (RESOL. MINISTERIAL)*	-	-	-	-	(1)	(2)	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
- (ARBITRAJE UNIPERSONAL)*	-	-	-	-	-	-	-	-	(2)	-	-	(2)	-	(1)	(7)	(8)	(15)	(12)	(2)	(2)	(2)
- (POTESTATIVO)*	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	(3)	(10)	(9)	(7)	(11)	(3)

1/: Pliegos solucionados por año. (): Sumados.

Fuente: MTPE. Anuario Estadístico Sectorial 2017 (cuadro 27, p. 71).

⁸ Artículo 70 de la LRCT. - “Los acuerdos adoptados en conciliación o mediación, los laudos arbitrales y las resoluciones de la Autoridad de Trabajo tienen la misma naturaleza y surten idénticos efectos que las convenciones adoptadas en negociación directa” [El énfasis es nuestro].

Pliegos de reclamos solucionados por años y etapas de solución a nivel nacional, período 1993-1996

ETAPAS DE SOLUCIÓN	AÑOS			
	1993	1994	1995	1996
PRESENTADOS	1,461	1,350	1,271	998
SOLUCIONADOS - REGISTRADOS ^{1/}	1,059	883	803	623
- NEGOCIACIÓN DIRECTA	868	713	667	512
- CONCILIACIÓN	100	82	84	55
- EXTRA PROCESO	-	-	8	19
- HUELGA	15	9	3	9
- MEDIACIÓN	4	3	2	-
- AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DE TRABAJO	2	-	-	-
ARBITRAJE	70	76	39	28
- (ACUERDO DE PARTES) *	(54)	(59)	(34)	(23)
- (RESOL. DIRECTORAL) *	(16)	(14)	(3)	(3)
- (RESOL. MINISTERIAL) *	-	(3)	(2)	(2)
- (ARBITRAJE UNIPERSONAL) *	-	-	-	-
- (POTESTATIVO) *	-	-	-	-

1/: Pliegos solucionados por año. (): Sumados.

Elaboración propia.

Fuente: MTPE. Anuario Estadístico Sectorial de los años 1993 (cuadro 13), 1994 (cuadro 17)⁹ y 1996 (cuadro 21).

Estos datos reflejan que la regulación de la mediación laboral no ha sido interesante para las partes como herramienta de solución de los conflictos laborales colectivos, tanto así que está en desuso (ya ni siquiera aparece en las memorias del MTPE). Y es que, como hemos venido analizando, la normativa vigente tiene una definición particular de la mediación, limitándola a dos momentos específicos (durante la conciliación y ante una huelga), y obligando al mediador a proponer soluciones; a lo cual se añade la falta de funcionarios calificados como mediadores y especializados en las técnicas de mediación.

Por estos motivos, se hace necesario e importante revalorar y replantear la mediación laboral, reconociéndole su real naturaleza de mecanismo independiente y con contenido propio, que puede funcionar como vía adecuada para la solución de conflictos laborales colectivos y, sobre todo, para la recomposición de las relaciones colectivas de trabajo.

III. UNA NUEVA NOCIÓN DE LA MEDIACIÓN LABORAL

A. Reconocimiento constitucional

La mediación laboral es un mecanismo de solución de los conflictos que tiene reconocimiento en el artículo 28 de la Constitución, de la siguiente manera:

“El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: (...) 2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. En relación con dicho artículo constitucional, Guillermo Boza y Ernesto Aguinaga señalan que se refiere “a los medios alternativos de solución de conflictos, tanto autónomos o de negociación asistida (conciliación y mediación) como heterónomos (arbitraje)” (2013, p. 304). Al respecto, por medio del Expediente 008-2005-PI/TC (fundamento 35), el Tribunal Constitucional ha desarrollado la intervención de terceros en la solución de los conflictos laborales por medio de la siguiente manera:

[...] **La intervención del Estado o de entes o personas de la sociedad civil en el régimen privado deben observar** dos aspectos muy concretos, a saber:

- Fomentar el convenio colectivo.
- Promover formas de solución pacífica de los conflictos laborales en caso de existencia de discrepancias entre los agentes negociadores de la convención colectiva.
- En cuanto al primer aspecto, el fomento se viabiliza a través de la expedición de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo para el caso de la actividad privada.
- En cuanto al segundo, la promoción se viabiliza según la norma anotada, a través de los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje.
- Esta promoción se justifica en razón de las dos consideraciones siguientes:
- Asegurar que el desacuerdo entre los agentes negociadores no se prolongue indefinidamente en el tiempo, de modo que se consolide la paz laboral y el normal desarrollo de la actividad económica.
- Otorgar satisfacción mancomunada, por la vía pacífica, a las pretensiones de las partes contendientes en el conflicto laboral [El énfasis es nuestro].

En adición a ello, es necesario recalcar la definición y características que el Tribunal Constitucional le brinda a la figura de la mediación, a partir de la Sentencia 008-2005-PI/TC (fundamento 37), la cual establece que:

La mediación es el acto de interposición de fórmulas de avenimiento a la solución del conflicto. La mediación laboral, en el ámbito privado, se gesta cuando los agentes negociadores solicitan o autorizan específicamente

⁹ Ver http://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/estadisticas/anuario/ANUARIO_ESTADISTICO_1994.pdf

al conciliador la presentación de una o varias propuestas de solución.

El tercero interviniente en la solución del conflicto juega como mediador un rol más activo que como conciliador, en razón de que directamente sugiere las propuestas de solución.

La mediación se produce de una forma interventiva, a través de la cual un tercero neutral propone, a pedido de las partes en conflicto, alternativas de solución. Estas pueden ser aceptadas o desestimadas por los agentes negociadores.

Entre las principales características de la mediación se tiene:

- Propositividad: Dicha actividad no sólo consiste en acercar a las partes en conflicto, sino que a petición de estos se expone, sugiere y formula una vía de solución.
- Solemnidad: Se lleva a cabo de manera formal y ritualista.
- Reserva: Se lleva a cabo con sigilo y discusión, en relación a las personas o entes ajenos al conflicto.
- Decisividad: En caso de alcanzar éxito, la solución aceptada por los agentes negociadores produce efectos homólogos a una sentencia, laudo o resolución

Conforme a esta interpretación constitucional, la mediación se configura como una vía de solución pacífica para los conflictos laborales colectivos. Es un mecanismo que busca afianzar la relación entre las partes, pero de una forma que atienda y trabaje en sus emociones, necesidades e intereses, según se detalla en el punto **concepto de mediación**; de tal forma que el conflicto colectivo no se prolongue, en beneficio de las relaciones colectivas de trabajo, que se integran, de un lado, por la organización sindical y los trabajadores y, de otro lado, por el empleador.

La promoción y la utilización de la mediación laboral dependerán de la decisión del Estado o de las propias partes, tal como señala el Tribunal Constitucional. Así, aunque no exista una regulación particular de la mediación como mecanismo de solución propio, las partes pueden acudir a la misma si la consideran adecuada para la gestión de los conflictos laborales colectivos.

Adicionalmente, el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) también reconoce a la mediación como un mecanismo para facilitar la negociación colectiva, siempre que garantice la autonomía de las partes:

El Comité recuerda que algunas medidas pueden facilitar las negociaciones y contribuir a promover la negociación colectiva. No obstante, la legislación o la práctica por las que se instituyen mecanismos y procedimientos de mediación y conciliación destinados a facilitar la negociación entre los interlocutores sociales de un sector deben salvaguardar la autonomía de las partes implicadas en la negociación colectiva (Oficina Internacional del Trabajo, 2018, p. 251).

B. Concepto de mediación

En virtud al reconocimiento constitucional, la mediación es un mecanismo de solución de conflictos, de igual valor que la negociación colectiva, la conciliación o el arbitraje. Así, la mención y el nombre diferenciados a estos mecanismos, permite vislumbrar que dicha figura posee contenido, características y vida propia.

Regresando a la pacificación de las relaciones colectivas de trabajo, consideramos que la misma no se limita a la celebración de un acuerdo, pues este no necesariamente recogerá y satisfará los intereses de las partes (por ejemplo, en el caso de la organización sindical, de todos los trabajadores representados), o podría no ser cumplido por alguna de ellas. La pacificación apunta a la recomposición de dichas relaciones, para lo cual la mediación representa una alternativa ventajosa, en la medida que aborda y gestiona las emociones de las partes, busca una comunicación efectiva entre las mismas, profundiza en sus reales intereses y crea un espacio que les permita explorar las posibles soluciones. Todo ello hará que las propias partes logren un acuerdo de solución y, si no fuera así, que la relación mejore o se restablezca.

Como estas funciones no son propias de la conciliación ni le han sido asignada a nivel normativo, existe el espacio para que la mediación las preserve y desarrolle, siempre que se pueda desvincular la definición que realiza la normativa vigente, de acuerdo con lo desarrollado en el punto “la mediación laboral contemplada en el ordenamiento laboral peruano”, porque somos de la opinión que el legislador quiso darle una connotación particular al conciliador al momento de proponer soluciones, llamándolo mediador en este caso, sin que exista una razón de fondo que identifiquemos de dicha normativa. De esta manera, se tendrá un mecanismo de solución diferente a la conciliación, con contenido particular y propio, como una alternativa más para las partes.

En efecto, la mediación se enfoca en el proceso mismo de solución y en la gestión misma del conflicto con miras al restablecimiento de la relación.

Para este cometido, utiliza técnicas específicas para la gestión de las emociones de las partes (controlarlas y dejar de lado las amenazas) y para entablar una comunicación efectiva (comunicar, escuchar y entender), de tal forma que construya un espacio adecuado para restablecer su relación y, de ser el caso, que las propias partes lleguen a un acuerdo de solución.

Estas son las características que definen a la mediación y que la hacen diferente de la conciliación, donde el tercero, si bien busca solucionar el conflicto, se enfoca en el acercamiento de las partes para llegar a un acuerdo, pero sin técnicas para la gestión de las emociones ni para la comunicación efectiva, y sin tener como objetivo la recomposición misma de la relación fracturada por el conflicto. En ese sentido, la conciliación, de acuerdo con la Sentencia 008-2005-PI/TC, es definida como:

[E]l acto de ajustar o componer los ánimos de las partes, que tienen posturas opuestas entre sí. La conciliación laboral en el ámbito privado se gesta cuando las partes negociadoras de una convención informan a la Autoridad de Trabajo la terminación de la negociación colectiva, por la existencia de una abierta discrepancia sobre la totalidad o parte de las materias objeto del conflicto. Dentro de ese contexto, solicitan el impulso de dicho procedimiento.

Más aún, la legislación nacional prevé que aun cuando las partes no promovieran el procedimiento de conciliación, la Autoridad de Trabajo tiene facultades para gestarlo de oficio.

Se trata de una forma interventiva de solución pacífica del conflicto laboral –acentuado por el fracaso de la negociación directa entre los representantes de los empleadores y de los trabajadores–, que consiste en que un tercero neutral (el Estado) interpone sus “buenos oficios” induciendo a las partes a zanjar sus diferencias y ayudándolos a encontrar una solución satisfactoria para ambos; vale decir, se propende a que alcancen por sí mismos un acuerdo que ponga fin al conflicto.

La labor conciliadora consiste en apaciguar y frenar la confrontación. Atenuar las diferencias, propiciar un diálogo constructivo y sugerir vías de entendimiento.

Las principales características de la labor conciliadora son:

- Flexibilidad: Se promueve con prescindencia de acciones carentes de complejidad y rigidez a efectos de alcanzar la búsqueda de una solución.
- Rapidez: Se promueve con celeridad y prontitud en aras de evitar la prolongación del conflicto.

- Reserva: Se promueve con sigilo y discreción en relación a las personas o entes ajenos al conflicto.
- Decisividad: Se promueve en aras de alcanzar un acuerdo que suponga la solución encontrada por las partes, produciendo efectos homólogos a una sentencia, laudo o resolución.

El conciliador –que puede ser un particular o un funcionario del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo– desempeña un papel activo en la promoción del avenimiento de las partes.

En puridad, el conciliador interpone sus “buenos oficios” a efectos de que las partes se avengan a encontrar por sí mismas el acuerdo que ponga fin al conflicto.

Así, en la medida en que la conciliación se enfoca en el acuerdo, es el conciliador quien tiene la facultad de proponer soluciones; por el contrario, siguiendo a Moreno, en la mediación son las propias partes quienes llegan a la solución:

La mediación aparece como una forma de resolución alternativa a la jurisdicción, a través de la cual **las partes en conflicto llegan por sí mismas a una solución con la ayuda de un mediador, que con su formación ofrece a las partes nuevas vías de diálogo y entendimiento**. Entre las características principales de la mediación se encuentran la voluntariedad y la igualdad entre las partes, pudiéndose acceder a ella de forma autónoma respecto de la jurisdicción, así como una vez planteado el conflicto ante la jurisdicción y, de parte del mediador, la neutralidad e imparcialidad, así como la confidencialidad de todo el procedimiento.

[...]En todo caso, podemos alcanzar una primera conclusión, advirtiendo que hay determinadas relaciones sociales donde se instala un conflicto que, por su carácter duradero, o tendencialmente duradero, reconocen que una solución obtenida de consenso por las partes es preferible a una solución impuesta. **Para los conflictos que se suscitan en estas relaciones, que tienden a perpetuarse en el tiempo, la única solución que también es duradera es la que obtienen las propias partes** (2017, p. 69) [El énfasis es nuestro].

De esta manera, al deslindar la mediación de la conciliación, se permite a las personas contar con un mecanismo de solución diferente y nuevo para las relaciones colectivas de trabajo, que tienen vocación duradera y, por ende, necesitan soluciones duraderas, conforme ofrece la mediación, pues son exclusivamente las partes quienes decidirán

el momento para abordar las soluciones y, de ser este el caso, se encargarán de diseñar, construir, aprobar, redactar y suscribir el acuerdo.

En este sentido, no compartimos la definición que se hace de la mediación a partir de la regulación contenida en la LRCT y su Reglamento, que la limita a dos etapas del proceso de negociación colectiva: la conciliación y la huelga, y le confiere la facultad de proponer soluciones. Parece ser que la intención del legislador fue darle una connotación singular a dicha facultad, sin referirse propiamente a la mediación como mecanismo particular conforme a lo descrito en los párrafos anteriores.

Por eso, la regulación vigente lleva a llamar mediación a aquella facultad de proponer soluciones (aunque consideramos que podría realizarse una modificación normativa para eliminar la referencia a la mediación en este caso y solo ceñirse a la facultad misma); sin embargo, no limita a entender la mediación como un mecanismo de solución de conflictos, como una alternativa más para las partes, que no depende de una regulación para ser utilizada, y que puede ser aplicada en cualquier momento del proceso de negociación colectiva.

C. Mecanismo independiente

La doctrina nacional encuentra similitudes entre la conciliación y la mediación, encontrando diferencia entre ambas, en cuanto el mediador tiene el deber de proponer soluciones no vinculantes para las partes, mientras que el conciliador no necesariamente propone soluciones, aunque lo puede realizar informal o extraoficialmente (Pasco, 1997, pp. 108, 174-175). Por esta razón, se señala que el mediador:

[Tiene una] actitud más activa, pues no sólo intenta acercar a las partes, sino que el mediador se caracteriza por su capacidad de proposición, y es por ello que algunos autores la consideran como una forma más intensa de conciliación, pues incluye la formulación de una propuesta de arreglo (Ermida *et al.*, 1990, p. 319).

Así, también, se indica que el conciliador proyecta vender a las partes un producto llamado acuerdo, el cual es elaborado por las partes, mientras que el mediador sugiere a las partes fórmulas de arreglo (Saco, 2017). Asimismo, cabe precisar, que, para el cumplimiento de la misión de proponer soluciones, la doctrina nacional señala que el mediador, previamente, tendrá la particularidad de pedir y obtener información de las partes (Pasco, 1997, p. 176).

Consideramos que la definición brindada por la doctrina parte de la normativa vigente, de acuer-

do con lo desarrollado previamente, es decir, se define un mecanismo de solución a partir de una facultad. Nosotros consideramos que la proposición de soluciones es una facultad, a la que se le ha asignado incorrectamente el nombre de mediación, y que este mecanismo no comprende dicha facultad, tal como lo hemos indicado líneas arriba.

Además, si la propia doctrina arriba indicada señala que, en la práctica, el conciliador propone soluciones informal o extraoficialmente, no existirían diferencias con la definición que tienen de la mediación. Este es un reconocimiento de que el conciliador puede tener la facultad de proposición de soluciones y, al mismo tiempo, lleva a pensar que la única razón para tener un mecanismo como la mediación con nombre propio es que tenga contenido particular e independiente a la conciliación.

En este sentido, Zafra reconoce a la mediación como mecanismo propio de la siguiente manera:

La mediación, se sitúa en los medios auto-compositivos, que, junto con la conciliación, supone la **intervención de un tercero, situado entre las partes, que no está llamado a resolver el conflicto sino únicamente, a intentar que las partes, mediante el favorecimiento del diálogo, acerquen posturas para que sean ellas mismas, las que, de una manera pacífica, compongan la solución del mismo**. Con la mediación, no importa quién pierda o quién gane, sino establecer una solución práctica que satisfaga las necesidades de cada participante (2017, p. 389) [El énfasis es nuestro].

Sin duda, la similitud entre la mediación y la conciliación está en la intervención de un tercero, pero en el primer caso la solución no es el fin en sí mismo, sino más bien establecer una comunicación pacífica entre las partes, lo que se consigue a través de la gestión de las emociones y de la comunicación efectiva que mencionamos arriba, y garantizándoles la posibilidad de llegar por sí solas a una solución que satisfaga a sus intereses.

Por su parte, Moreno también establece una diferenciación entre ambos mecanismos de solución y resalta la utilización de técnicas particulares en la mediación:

En principio, la distinción entre la conciliación y mediación no es evidente: ambas figuras se confunden en distintas legislaciones y doctrina, aunque **en los últimos tiempos se observa una mayor definición de la mediación, al identificarse como un tipo de autocomposición en el que el tercero mediador tiene una formación específica y utiliza determinadas técnicas. La conciliación quedaría entonces en el campo**

genérico de la resolución “amigable” o auto-compositiva, así como en aquellos casos en los que la ley prevea el acceso a un acto en el que se procure el acuerdo de las partes.

[...] La mediación es un medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, mediante el cual las dos o más partes de un conflicto intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador (artículo. 1 Ley 5/2012), que con su formación ofrece a las partes nuevas vías de diálogo y entendimiento (2017, p. 67) [El énfasis es nuestro].

Bajo las definiciones citadas, reiteramos nuestra posición de que la mediación es un mecanismo diferente, que ofrece vías de diálogo y entendimiento a través del uso de técnicas específicas, donde son las partes quienes intentan el acuerdo, pero sobre todo con miras a restablecer su relación. Este concepto de mediación no está regulado en el ordenamiento peruano para las relaciones colectivas de trabajo, pero es una alternativa que las partes voluntariamente pueden mirar, analizar y acceder, bajo las reglas que convengan.

Por otro lado, la conciliación regulada en la LRCT y su Reglamento, seguirá siendo un mecanismo de facilitación para las partes enfocado en llegar a un acuerdo de solución; pues, si este no se materializa, terminará la etapa de conciliación. Por eso, Ermida indica que la conciliación intenta acercar las posiciones contrapuestas y que se alcance una solución (1990, p. 319). Es decir, la conciliación está entendida para el conflicto y el acuerdo, mas no para la relación misma y su restablecimiento como sí sucede en la mediación.

Por lo explicado, proponemos replantear la mediación entendida a partir de la normativa y devolverle o darle el contenido particular que le corresponde, con la finalidad que las partes puedan contar con un mecanismo de solución adicional para la solución de los conflictos laborales colectivos; siendo ellas quienes evaluarán la conveniencia de optar o no por la mediación como vía más adecuada para su conflicto específico.

Al respecto, como señala Moreno, la tendencia actual es ofrecer a las partes la variedad de los mecanismos y sean ellos quienes elijan aquel que consideren más conveniente para la solución del conflicto que afrontan:

Las ADR (*Alternative Dispute Resolution*), engloban formas de resolución de conflictos auto-compositivas y heterocompositivas, entre las que el arbitraje subsiste. Como sostiene BARONA hay en la actualidad un nuevo concepto de *Access to Justice* en el siglo XXI que se caracteriza por lo que se ha venido considerando como “The Multi-rooms Justice System”, un modelo que permite trabajar con un diagnóstico para determinar qué tipo de conflicto existe, y cuál es el mejor de los medios para tratarlo, pudiendo existir no solamente una vía como la más adecuada para gestionar y solventar el conflicto, sino varias (2017, p. 65).

IV. LA REFORMULACIÓN DE LA MEDIACIÓN LABORAL

Como se ha desarrollado en el punto anterior, la mediación laboral tiene un reconocimiento constitucional en el ordenamiento jurídico laboral peruano. Además, es un mecanismo con identidad y funcionamiento propio, por lo que no puede estar limitado a los términos planteados por la LRCT y su Reglamento. No obstante, dejando de lado dicha normativa, la mediación tiene como premisa la voluntad de las partes, y como principal finalidad ser una vía útil para la solución de los conflictos laborales colectivos. En tal sentido, las partes pueden acudir a ella en cualquier etapa de la negociación colectiva, e incluso utilizarla tantas veces sea conveniente dentro del mismo proceso de negociación.

En ese sentido, dependerá del compromiso de las partes utilizar la mediación de buena fe, es decir, como un mecanismo de solución real al que acuden con el compromiso de poner fin al conflicto existente, mas no como una medida dilatoria. Para controlar que la mediación se lleve de esta forma, el mediador debe reservarse el derecho de aceptar o dar por terminada la mediación, si las partes no actúan de buena fe o no ponen su disposición para comunicarse efectivamente ni para la solución al conflicto laboral colectivo.

Lo indicado tiene respaldo en el artículo 60 de la LRCT¹⁰, en el cual de acuerdo con la opinión de Boza y otros:

Se precisa la primacía de la libertad de las partes para recurrir, en cualquier estado del procedimiento, a cualquier medio de solución pacífica de controversia. Consideramos positiva tal posibilidad en la medida que abre nuevas

¹⁰ Artículo 60 de la LRCT. - “Las partes conservan en el curso de todo el procedimiento el derecho de reunirse, por propia iniciativa, o a indicación de la Autoridad de Trabajo, y de acordar lo que estimen adecuado. Asimismo, podrán recurrir a cualquier medio válido para la solución pacífica de la controversia” [El énfasis es nuestro].

alternativas para el ejercicio de la autonomía negociada utilizándose otros medios a los de la conciliación, mediación o arbitraje como, por ejemplo, las comisiones paritarias, los buenos oficios, etc (1994, p. 130).

Asimismo, lo expuesto se respalda en el artículo 61 del Reglamento LRCT¹¹, el cual, en conjunto con el artículo 60 de la LRCT, privilegia otras fórmulas de solución en cualquier etapa del proceso de negociación, tales como la mediación laboral. En concordancia con estas normas, el artículo 70 de la LRCT reconoce que los acuerdos celebrados por las partes en mediación —en cualquier de sus formas, es decir, más allá de la regulada actualmente— tendrán la misma naturaleza y efectos que un convenio colectivo. Estas normas reconocen el principio de libertad y voluntariedad de las partes para establecer, entre otros aspectos, la forma de solución del conflicto laboral colectivo. En relación al artículo 60 de la LRCT, Elías, haciendo referencia al principio de libertad y voluntariedad, señala que:

Este principio constituye el reconocimiento del derecho de las partes de celebrar un convenio colectivo de trabajo que es el fin del procedimiento de negociación colectiva. A pesar de que se trata de un principio universalmente reconocido se hacía necesaria su inclusión en la norma a fin de que las partes pudieran invocar mutuamente su aplicación (1995, p. 211).

A. Tipos de mediación

En los términos que hemos redefinido a la mediación laboral, esta puede ser privada o pública. Por un lado, para la mediación privada no es necesaria una regulación específica, sino solo la decisión de las partes, pues se trata de una vía o mecanismo de solución independiente con reconocimiento constitucional. Así, la mediación privada es aquella que está a cargo de mediadores privados, elegidos por las partes, y bajo las reglas que éstas decidan, siempre que estén acordes con los principios que se detallan más adelante en el punto “principios rectores”. Por otro lado, la mediación pública es la que existe actualmente en la LRCT y el Reglamento LRCT, pero no se aplica en la práctica, tal como se señaló en el punto “la mediación laboral legal en números”. Para su utilización, proponemos modificar la normativa y reconocer a la mediación su espacio propio, eliminar el deber del mediador de proponer soluciones, y que el MTPE cuente con mediadores o funcionarios especializados en las técnicas de mediación.

La mediación privada supondrá un costo para las partes, que será determinado por las reglas de mercado. No consideramos que este costo represente un impedimento o barrera para el acceso de las partes, ya que estas definirán si les conviene o no solventar dicho costo. Además, por ejemplo, los gastos arbitrales son altos y existen partes que acuden al arbitraje laboral como vía de solución. Asimismo, cabe destacar que, respecto a la conciliación privada, Elías señalaba que los gastos del servicio privado habían impedido su uso:

Bajo la legislación anterior la etapa conciliatoria corría bajo exclusiva responsabilidad de la Autoridad de Trabajo, no existiendo la posibilidad como se contempla ahora que particulares desarrollaran la función conciliadora, cuando las partes lo acuerden expresamente. Esta posibilidad originará la necesidad de discutir la forma cómo se sufragarán los gastos que demande dicha mediación privada que obviamente tendrá que ser remunerada. Durante la vigencia de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo no se conoce de casos de mediación privada, lo que permite concluir que este mecanismo no tiene mayor aceptación en el desarrollo de la negociación colectiva (1995, p. 209).

Por el contrario, consideramos que dicho costo obligará a las partes a utilizar la mediación con la seriedad y el compromiso necesarios; y, si llegaran a un acuerdo final, en realidad, será una inversión porque habrán obtenido una solución más efectiva y rápida que en otras vías de solución. No obstante, la reforma normativa que proponemos, la mediación laboral pública podría ofrecer un servicio a un costo menor que el sector privado, que permitirá ampliar la oferta para las partes.

B. Principios rectores

A continuación, desarrollamos los principios básicos que planteamos para la nueva mediación laboral, sea privada o pública.

1. Voluntariedad

La negociación colectiva se rige por el principio de la negociación libre y voluntaria que establece el artículo 4 del Convenio 98 de la OIT, el cual menciona sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva que:

Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para **estimular y fomentar entre los**

¹¹ Artículo 61 del RLRCT. - “En cualquier estado del procedimiento arbitral las partes podrán celebrar una convención colectiva de trabajo, poniéndole fin a la negociación colectiva, sin perjuicio de pagar las costas y honorarios asumidos en el compromiso arbitral” [El énfasis es nuestro].

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 [El énfasis es nuestro]¹².

Asimismo, en concordancia con el Comité de Libertad Sindical de la OIT “El Comité subraya la importancia de que se respete la autonomía de las partes en el proceso de negociación colectiva de manera que ésta revista el carácter libre y voluntario que consagra el artículo 4 del Convenio 98” (2018, p. 249). Respecto a dicho punto, desde la opinión de Gernigon *et al.*:

El carácter voluntario de la negociación colectiva se halla recogido expresamente en el mencionado artículo 4 del Convenio núm. 98 y “constituye un aspecto fundamental de los principios de la libertad sindical” (OIT, 1996, párrafo 844). Así, el deber de fomentar la negociación colectiva excluye el recurso a medidas de coacción: cuando la Conferencia Internacional del Trabajo elaboró el Convenio núm. 154, quedó entendido que no se deberán adoptar medidas coercitivas con este fin (OIT, 1981, p. 22/6) (2000, p. 44).

Adicionalmente, el artículo 6 del Convenio 154 de la OIT, sobre la negociación colectiva (no ratificado por Perú), aunque no menciona expresamente a la mediación, reconoce la posibilidad de establecer mecanismos voluntarios de solución pacífica del conflicto. En ese sentido, el mencionado artículo señala de manera expresa que:

Las disposiciones del presente Convenio no obstaculizarán el funcionamiento de sistemas de relaciones de trabajo en los que la negociación colectiva tenga lugar en el marco de mecanismos o de instituciones de conciliación o de arbitraje, o de ambos a la vez, en los que participen voluntariamente las partes en la negociación colectiva.

Por tanto, son las partes quienes tienen el derecho de acudir a la mediación, elegir al mediador, establecer las reglas de la mediación, decidir su plazo o hasta cuándo debe continuar, y construir el acuerdo de solución. Con relación a los mecanismos voluntarios de solución pacífica, Gernigon y otros indican:

Por lo tanto, de los convenios de la OIT sobre negociación colectiva no se deriva la obligación formal de negociar ni la de alcanzar resultados

(es decir, un acuerdo). No obstante, los órganos de control abogan por que la legislación nacional prevea que las organizaciones más representativas tomen parte en las negociaciones colectivas (OIT, 1994a, párrafo 245), lo cual reclama el deber de reconocimiento de tales organizaciones por la contraparte. La Comisión de Expertos, al examinar la aplicación del Convenio núm. 98, no ha criticado la prohibición de determinadas prácticas desleales tales como el entorpecimiento deliberado de las negociaciones (OIT, 1994a, párrafo 246). Asimismo, los órganos de control insisten en que los mecanismos de auxilio a la negociación (informativos y de conciliación, mediación o arbitraje) tengan carácter voluntario, pese a lo cual numerosas legislaciones nacionales obligan a las partes a seguir un procedimiento fijo que regula todas las etapas e incidentes del proceso y que prevé intervenciones obligatorias y sucesivas de la autoridad administrativa, con arreglo a plazos predeterminados.

En la práctica, los órganos de control han aceptado la imposición de ciertas sanciones en caso de conductas contrarias a la buena fe o de prácticas desleales en la negociación colectiva, siempre y cuando no sean desproporcionadas, y han admitido la conciliación y la mediación impuestas por la legislación si tienen plazos razonables. Para adoptar estos criterios se ha tenido en cuenta la voluntad de fomentar la negociación colectiva en países donde el movimiento sindical no tenía suficiente desarrollo o la preocupación subyacente en muchas legislaciones por evitar huelgas innecesarias o situaciones de precariedad y de tensión derivadas de la falta de renovación de convenios colectivos, particularmente cuando su campo de aplicación personal es muy extenso (2000, p. 45).

2. Buena fe

El Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo reconoce la buena fe como principio rector de la negociación colectiva. Se evidencia, en ese sentido, lo expuesto por el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo respecto a dicho principio:

1327. El Comité recuerda la importancia que concede a la obligación de negociar de buena fe para el mantenimiento de un desarrollo armonioso de las relaciones profesionales.

1328. Es importante que tanto los empleadores como las organizaciones sindicales participen en las negociaciones de buena fe y que hagan todo lo posible por llegar a un acuerdo, y la celebración de negociaciones verdaderas y cons-

¹² Artículo 4 del Convenio 98 de la OIT.

tructivas es necesaria para establecer y mantener una relación de confianza entre las partes. 1329. Tanto los empleadores como las organizaciones sindicales deben negociar de buena fe, realizando esfuerzos para llegar a un acuerdo, y la existencia de relaciones de trabajo satisfactorias depende primordialmente de la actitud recíproca de las partes y de su confianza mutua. (2018, p. 252).

En el campo de la mediación, este principio obliga a las partes, de un lado, a no utilizarla de forma dilatoria, es decir, no puede afectar al proceso de negociación colectiva; y, de otro lado, a poner sus mejores esfuerzos para colaborar con la gestión del mediador, restablecer la relación y, de ser posible, encontrar una solución.

En caso exista una distorsión en la buena fe, el mediador no deberá aceptar la mediación o deberá darla por terminada, de forma motivada.

3. Imparcialidad

Conforme al principio de imparcialidad, los mediadores deben ser imparciales respecto a las partes, de tal forma que no tengan relación ni interés respecto de alguna de ellas. Este principio garantiza que no exista favorecimiento del mediador hacia alguna de las partes.

4. Independencia

El principio de independencia obliga a los mediadores a actuar de forma neutral y objetiva respecto al conflicto colectivo, sin tener interés personal en una solución específica. Así, de acuerdo con el Comité de Libertad Sindical de la OIT:

La intervención de un tercero neutral e independiente, que cuente con la confianza de las partes puede ser suficiente para desbloquear una situación de estancamiento que las partes no pueden resolver por sí solas en el marco de un conflicto colectivo (2018, p. 251).

En ese sentido, este principio garantiza que los mediadores no propongan soluciones a las partes, sino que estas analicen, construyan, redacten y acuerden soluciones por sí mismas; dentro de un espacio de comunicación y entendimiento que logre establecer el mediador.

5. Igualdad

El principio de igualdad obliga al mediador a tratar a las partes de forma igualitaria, garantizándoles la misma oportunidad de expresarse, de reunirse, de asistirse con asesores, entre otros aspectos. Este

principio permite que las partes tengan igualdad de condiciones para gestionar el conflicto y, de ser posible, darle una solución satisfactoria a sus intereses y necesidades.

6. Confidencialidad

El principio de confidencialidad aplica para el mediador y las partes o cualquier participante, impidiéndoles relevar la información que transmitan o traten durante todo el proceso de mediación. De esta forma, las propuestas que construyan y formulen las partes no podrán ser expuestas fuera de la mediación, salvo el acuerdo de mediación al que arriben las partes. Así, este principio permite a las partes presentar propuestas finales, parciales o integrales, sin el riesgo o el temor de que sean utilizadas por alguna de ellas como condicionante de su posición o de la formulación de propuestas en otras etapas del proceso de negociación colectiva o ante cualquier otro mecanismo de solución de conflictos.

C. Acciones de implementación

La reformulación de la mediación o la nueva mediación laboral que buscamos con el presente trabajo requiere de dos aspectos importantes. Por un lado, necesitamos que aparezcan mediadores con especialización en las técnicas de comunicación efectiva y de gestión y control de las emociones. Solo con ellos se podrán implementar la nueva mediación laboral para los conflictos laborales colectivos en el Perú. Por otro lado, se requiere de promoción, a través de información detallada sobre la mediación, la cual debe ser accesible para las organizaciones sindicales y los empleadores; sea por iniciativa privada o pública. Solo de esta forma las partes podrán evaluar la mediación laboral como una alternativa más que tienen a su disposición para la solución de los conflictos laborales colectivos.

V. COMENTARIOS FINALES

El principal propósito del presente trabajo es evaluar una nueva alternativa de mejora en las relaciones colectivas laborales, como es el caso de la mediación laboral; así como su importancia como mecanismo de solución en los conflictos laborales colectivos.

No es necesario imponerla a las partes, sino ofrecerla como una vía de solución adicional, con las ventajas que trae. Serán las propias partes quienes evaluarán y encontrarán la conveniencia o no de aplicarla al conflicto específico.

Sin ofrecerla —en los términos que proponeremos— no habrá posibilidad de que sea evaluada por las

partes, lo que afecta a la sociedad en general, pues se limita a los mismos mecanismos, y no a otros, como la mediación, que busca el protagonismo de las partes en la solución del conflicto, la gestión de la comunicación y las emociones, y la recomposición de las relaciones. Es momento de buscar los espacios y generar incentivos para darle una oportunidad a la mediación laboral. ¶

REFERENCIAS

- Boza Pró, G; Carrillo Calle, M.; Ciudad Reynauld, A.; Cortés Carcelén, J.C.; Ermida Uriarte, Ó.; Godoy Palomino, Y.; Gonzales Hunt, C.; Súmar Gilt, P.; y A. Villavicencio Ríos (1994). *Ley de relaciones colectivas de trabajo comentada*. Lima: Consultores Jurídicos Asociados.
- Boza Pró, G. y E. Aguinaga Meza (2013). El deber de negociar y el arbitraje potestativo como parte del contenido del derecho constitucional de negociación colectiva. En: *Derecho PUCP 71*, pp. 281-307.
- Elías Mantero, F. (1995). *Derecho Laboral. Relaciones Colectivas de Trabajo*. Lima: Jus Editores.
- Ermida Uriarte, O. (1990). *Derecho Colectivo del Trabajo*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- García-Montúfar Sarmiento, J.G. (2001). Los Medios Alternativos de Solución de Conflictos. En: *Derecho & Sociedad 16*.
- Gernigon, B; Odero, A.; y H. Guido (2000). Principios de la OIT sobre la negociación colectiva. En: *Revista internacional del Trabajo 119*, pp. 44-45.
- Moreno Catena, V. (2017). *La resolución jurídica de los conflictos. Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*. Tercera edición. Madrid: Tecnos.
- Oficina Internacional del Trabajo (2018). *La libertad Sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical*. Sexta Edición. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- Pasco Cosmópolis, M. (1997). *Fundamentos del Derecho Procesal del Trabajo*. Lima: AeLe.
- Saco Barrios, R. (2017). Los medios de solución de conflictos colectivos de trabajo en el Perú. En: *Revista Laborem 20*.
- Zafra Espinoza, R. (2017). *La mediación: el acuerdo y su ejecución. Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*. Madrid: Tecnos.