



EL PROYECTO DE NUEVA LEY DEL TRABAJO PORTUARIO: RAZONES PARA NO INSISTIR EN SU PROMULGACION

Daniel HENOSTROZA DE LA CRUZ^(*) 

SUMARIO

I. Situación actual de la propuesta legislativa; II. Consideraciones generales sobre el régimen laboral especial del trabajo portuario; III. Las características especiales del trabajo portuario como fundamento de su regulación especial; IV. Comentarios a la autografía de nueva ley del trabajo portuario; V. Conclusión

RESEÑA

En junio de este año se aprobó la autografía de la Nueva Ley del Trabajo Portuario, la cual fue remitida al Ejecutivo. Éste observó el proyecto por considerar que el hecho de que los trabajadores portuarios se puedan jubilar con diez o quince años de aportación, así como que se establezca una pensión equivalente a la remuneración mínima vital, generaría una situación de discriminación que, lejos de beneficiarlos podría generarles perjuicios dado que la naturaleza de su trabajo es distinta.

(*) Abogado. Programa de Alta Especialización en Finanzas y Derecho Empresarial - ESAN, Integrante de la Mesa de Diálogo sobre la problemática del Trabajo Portuario, Especialización en Derecho Laboral - PUCP. Consultor de instituciones y empresas del Sistema Portuario Nacional.

COMENTARIO

I. SITUACION ACTUAL DE LA PROPUESTA LEGISLATIVA

1. El 09 de Junio de 2011, el Congreso de la República aprobó la autógrafa de la Nueva Ley del Trabajo Portuario, que debía sustituir a la Ley N° 27866. La autógrafa fue aprobada únicamente con el Dictamen favorable de la Comisión de Seguridad Social del Congreso (ya que la Comisión de Trabajo no tuvo la oportunidad de pronunciarse) y fue remitida a la Presidencia de la República para su promulgación⁽¹⁾.

2. Sin embargo, el 20 de Julio del presente año, el Poder Ejecutivo observó la autógrafa remitida por el Congreso, fundamentalmente porque reducía los años de aportación de los trabajadores portuarios al Sistema Nacional de Pensiones y fijaba una pensión mínima igual a la remuneración mínima vital, sin contar con un estudio actuarial que sustente financieramente estos cambios, por lo que, de haberse promulgado esta norma, “se hubiera generado una discriminación al establecer que en el régimen previsional del mencionado decreto exista un grupo de beneficiarios (trabajadores portuarios) que se pueden jubilar con 15 y diez años de aportación. (...). Y eso también sucede con el establecimiento de una pensión equivalente a la remuneración mínima vital (RMV)”⁽²⁾.

3. En este sentido, a la fecha de elaboración de este artículo, la autógrafa se encuentra nuevamente en el Congreso de la República, para fines de su reconsideración, de acuerdo al trámite previsto en el Art.108° de la Constitución Política del Estado⁽³⁾. Por ello, hemos creído conveniente expresar las razones por las cuales consideramos que el Poder Legislativo no debería insistir en la promulgación de esta norma, pues su entrada en vigencia implicaría graves inconsistencias con nuestro Ordenamiento Constitucional, además de generar la posibilidad de serios perjuicios para los trabajadores a los que pretende defender.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL REGIMEN LABORAL ESPECIAL DEL TRABAJO PORTUARIO

1. De acuerdo con el Estudio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre el Trabajo Portuario, del año 2002, la mayoría de Estados consultados respecto a la definición de Trabajo Portuario, coincidieron en que “la expresión “trabajador portuario” debería extenderse a todo trabajador ocupado en la manipulación de mercancías en un puerto, tanto en tierra como a bordo de los buques”⁽⁴⁾. Sin embargo, la falta de consenso entre los gobiernos respecto a los alcances y delimitación de esta

(1) El texto completo de la autógrafa puede apreciarse en el siguiente enlace: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/RelatAgenda/proapro.nsf/ProyectosAprobadosPortal/4186313E3A8FD962052578C30058DFF9/\\$FILE/347Trabajoportuario.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/RelatAgenda/proapro.nsf/ProyectosAprobadosPortal/4186313E3A8FD962052578C30058DFF9/$FILE/347Trabajoportuario.pdf)

(2) Despacho de la Agencia de Noticias Andina, agencia oficial del Estado Peruano, del 20/07/2011.

(3) Constitución Política del Estado, Artículo 108°.- Promulgación y observación de las leyes.- La ley aprobada según lo previsto por la Constitución, se envía al Presidente de la República para su promulgación dentro de un plazo de quince días. En caso de no promulgación por el Presidente de la República, la promulga el Presidente del Congreso, o el de la Comisión Permanente, según corresponda.

Si el Presidente de la República tiene observaciones que hacer sobre el todo o una parte de la ley aprobada en el Congreso, las presenta a éste en el mencionado término de quince días.

Reconsiderada la ley por el Congreso, su Presidente la promulga, con el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.

(4) ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Conferencia Internacional del Trabajo, 90° Reunión, 2002, Informe III (Parte 1B), p.48.

categoría impidieron que el Convenio N° 137 de la OIT, sobre el Trabajo Portuario (del año 1973) y la Recomendación N° 145 (de 1973), incluyeran una definición específica del mismo. Es por ello que el Convenio 137 sólo señala en su Art.1° que el término “Trabajo Portuario” corresponde “a las personas y a las actividades que la legislación o la práctica nacionales definen como tales”.

2. Es pertinente indicar que el Perú no ha ratificado el Convenio 137 de la OIT. Sin embargo, como lo veremos en los acápites siguientes, algunas de sus disposiciones han inspirado a la normatividad nacional sobre esta materia. En efecto, el Trabajo Portuario en el Perú constituye un Régimen Laboral especial, regulado por la Ley N° 27866 - Ley del Trabajo Portuario (LTP), y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2004-TR (RLTP). El Art.2° de la LTP define al Trabajo Portuario como el “conjunto de labores efectuadas en los puertos privados de uso público y en los puertos públicos de la República, para realizar las faenas de carga, descarga estiba, desestiba, transbordo y/o movilización de mercancías, desde o hacia naves mercantes, entre bodegas de la nave y en bahía, incluyendo el consolidado y desconsolidado de contenedores, efectuados dentro del área operativa de cada puerto”; siendo evidente que la definición contenida en nuestra legislación corresponde al consenso registrado por la OIT.

3. Ahora bien, como veremos seguidamente, el Trabajo Portuario tiene características especiales tanto en lo referido al Empleador como al Trabajador Portuario. En lo referido al **Empleador Portuario**, sólo pueden ostentar esta

calidad las empresas debidamente autorizadas para prestar el servicio de estiba y desestiba en determinado Puerto, en virtud de la Licencia de Operación otorgada por la Autoridad Portuaria Nacional, de acuerdo con las normas del Decreto Supremo N° 010-99-MTC. Efectivamente, el Art.4° de la LTP, precisado por el Art.4° del RLTP, establece que “**El empleador portuario es una persona jurídica con licencia para operar como Empresa de Estiba o Desestiba o Cooperativa de Trabajadores de Estiba o Desestiba, en un puerto determinado, lo que lo faculta a contratar trabajadores portuarios, de conformidad con el D.S. N° 010-99-MTC y normas complementarias y sustitutorias**”. Al respecto es necesario indicar que pertinente indicar que la Ley N° 27943 (modificada por el Decreto Legislativo N° 1022), señala que: “**Los Administradores Portuarios podrán prestar los servicios portuarios básicos definidos en el Reglamento de la presente Ley, en la zona portuaria bajo su administración, sin necesidad de obtener para ello una licencia, autorización o permiso adicional**” (el subrayado es nuestro). Por tanto, siendo Servicios Portuarios Básicos la Estiba y Desestiba, un Administrador Portuario (como sería el caso del Operador o Concesionario de un Puerto) podría prestar dichos servicios, y asumir la calidad de Empleador Portuario.

4. En este sentido, fuera del caso específico de un Administrador Portuario, la calidad de Empleador Portuario es temporal, pues está supeditada a la vigencia de la Licencia de Operación de la Empresa de Estiba y Desestiba, **la cual solo rige hasta el 31 de Diciembre del año en que es otorgada**, conforme lo indican los Art.31° y 33° del Decreto Supremo N° 010-99-MTC⁽⁵⁾.

(5) Decreto Supremo N° 010-99-MTC, Artículo 31°.- Una vez obtenida sus Licencias, las Agencias y Empresas de Estiba interesadas en continuar sus actividades, deberán prorrogarlas al 31 de diciembre de cada año; caso contrario, éstas quedarán automáticamente canceladas.

Artículo 33°.- De resultar procedente las solicitudes de prórroga, la Dirección General autorizará a las Agencias o Empresas de Estiba, mediante oficio, a continuar ejerciendo sus actividades en los puertos que éstos soliciten, por un nuevo período anual que vence el 31 de diciembre del año que se trate.

5. De otro lado, en lo referido al **Trabajador Portuario**, el Art.3° de la LTP establece que “**el trabajador portuario es la persona natural que bajo relación de subordinación al empleador portuario, realiza un servicio específico destinado a la ejecución de labores propias del trabajo portuario**” (el subrayado es nuestro). Por ello, para ser Trabajador Portuario es necesario contar con la “**inscripción en el Registro de Trabajadores Portuarios del mismo puerto en donde va a laborar**”, ya que “**es requisito esencial para poder prestar servicios laborales portuarios, encontrarse inscrito en el registro correspondiente**” (Art.4° y 8° del RLTP). En este sentido, encontramos aquí una semejanza con lo señalado en el Art.3°, inciso 1° del Convenio 137 de la OIT, conforme al cual “**deberán establecerse y llevarse registros para todas las categorías de trabajadores portuarios, en la forma que determinen la legislación o práctica nacionales**”.

6. Bajo estas premisas, para que se concrete una Relación Laboral de Trabajo Portuario, no basta con que el Empleador cuente con la licencia de operación respectiva ni con que el trabajador esté inscrito en el Registro del Puerto respectivo. En adición a ambos requisitos, es necesario además, lo siguiente:

6.1. Que exista una nave mercante que requiera los servicios de la Empresa de Estiba y Desestiba, para desembarcar o embarcar carga en determinado Puerto. Por ello el Art.15°, segundo párrafo del RLTP señala que “**el empleador portuario nombrará al personal que formará parte de la Nombrada, según su especialidad. Asimismo, indicará los períodos de contratación, la conformación y número de las cuadrillas, la cantidad de personal de cada cuadrilla, la jornada, horario y turno de trabajo y las demás condiciones de trabajo necesarias para atender los requerimientos de la nave durante su estadía en el puerto respectivo**” (el

subrayado es nuestro). Por tanto, si no hay naves que requieran los servicios de estiba y desestiba de determinada empresa, sería imposible que esta contrate trabajadores portuarios.

6.2. Que el trabajador portuario ponga a disposición de determinado Empleador Portuario su fuerza de trabajo, ubicándose en el “**Lugar de Nombrada**”; es decir, el lugar en el cual los trabajadores portuarios pueden ser contratados por las Empresas de Estiba y Desestiba que tienen requerimientos de mano de obra para atender a determinada nave. Así lo indica el Art.10° de la LTP, cuando señala que: “**La nombrada o nombramiento de los trabajadores portuarios se efectúa en cada puerto, en el lugar habilitado por la Entidad Administradora del Puerto**”, y el Art.15°, tercer párrafo del RLTP, en el cual se precisa que: “**El nombramiento o nombrada de los trabajadores portuarios se efectúa por cada empleador portuario, a través de personal de su empresa quien actuará en su representación y nombrará a los trabajadores portuarios designados para la respectiva jornada**”. Por tanto, si el trabajador portuario no se encuentra en el lugar de nombrada, sería imposible que la empresa de estiba y desestiba lo contrate, y no existiría relación laboral portuaria. Nuevamente encontramos en la legislación nacional la inspiración del Convenio 137 de la OIT, cuyo Art.3° inciso 3° prescribe que: “**Los trabajadores portuarios registrados deberán manifestar que están disponibles para el trabajo en la forma que determinen la legislación o práctica nacionales**”.

7. En este contexto, teniendo en consideración que cada nave que arriba a un Puerto tiene absoluta libertad para contratar a cualquiera de las múltiples Empresas de Estiba y Desestiba que prestan sus servicios en dicho Puerto, es usual que **un mismo trabajador portuario preste sus servicios a una pluralidad de empresas de estiba y desestiba, cada una de las cuales será su empleadora durante el periodo**

específico para el cual contrató sus servicios, a cuyo término (es decir, cuando culminan las faenas de estiba o desestiba), el vínculo laboral se extingue.

III. LAS CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DEL TRABAJO PORTUARIO COMO FUNDAMENTO DE SU REGULACION ESPECIAL

1. Efectivamente, de acuerdo a lo indicado por el Art.16°, segundo párrafo de la LTP, los rasgos característicos del trabajo portuario son **“LA PLURALIDAD DE EMPLEADORES DEL TRABAJADOR PORTUARIO Y LA NATURALEZA DISCONTINUA DE SUS SERVICIOS”**; lo que significa que, dentro de un mismo periodo mensual, el trabajador portuario presta sus servicios a diversas empresas de estiba y desestiba, las que requieren sus servicios cada vez que ellas, a su vez, son requeridas por una nave mercante para efectuar labores de carga o descarga en un Puerto del Perú.

2. Ello explica porqué la relación laboral del trabajador portuario requiere de una regulación especial, pues mientras una relación laboral convencional se da entre un Empleador y un Trabajador, cuyos servicios son requeridos de manera regular y permanente, el estibador portuario presta sus servicios a una pluralidad de empleadores, que requieren sus servicios temporales en distintos periodos de tiempo. Así lo ratifica GUILLERMO CABANELLAS, cuando indica que: **“la situación típica del trabajo intermitente corresponde al estibador o cargador de puerto. Este trabajador, si bien se encuentra unido a uno o varios patronos durante todo el año, depende de que la llegada o salida de barcos originen las tareas de carga**

o descarga de los mismos. Por lo general no tienen obligación de presentarse al empleo y se les contrata y paga por día”⁽⁶⁾ (el subrayado es nuestro).

3. Por tanto, si bien es cierto que muchos aspectos de la relación laboral portuaria pueden ser regulados por la normativa del Régimen General de la Actividad Privada, existen otros que evidentemente requieren de una regulación especial, como es el pago de las remuneraciones, y la extinción del vínculo laboral. Efectivamente, si un trabajador portuario presta sus servicios de manera discontinua, es lógico que el pago de sus remuneraciones y beneficios sociales se paguen en función del tiempo efectivamente laborado, y por ello, el Art.15° de la LTP señala que las remuneraciones y beneficios sociales de los trabajadores portuarios **“se calculan y abonan por jornada o destajo. los pagos se efectúan semanalmente”**.

4. De la misma forma, si un trabajador presta sus servicios de manera discontinua, y sólo en la medida que una nave (y a la vez, una empresa de estiba) requiera de los mismos, es evidente que la extinción del vínculo laboral se da al término del servicio; es decir, al zarpe de la nave, pues como explica ELMER ARCE ORTIZ, **“cuando llega un buque al Callao, éste contrata una empresa de estiba y desestiba. Esta empresa, a su vez, contrata a sus trabajadores por el lapso que dure la estancia del buque en el Callao. Terminado el servicio, acaba también el contrato”**⁽⁷⁾.

5. En el mismo sentido se expresa GUILLERMO CABANELLAS, cuando indica que **“para los estibadores portuarios no rige el sistema de la Ley N° 11.729 y del Decreto**

(6) CABANELLAS, GUILLERMO, Compendio de Derecho Laboral, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1968, Tomo I, p.484.

(7) ARCE ORTIZ, ELMER, Réquiem al artículo 45° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. En: NEVES MUJICA, JAVIER Y OTROS, Compendio de Derecho Colectivo del Trabajo, Ed. Jurista, Lima, 2010, p.488.

Ley 33.302/45⁽⁸⁾, por el carácter transitorio y ambulante de sus prestaciones, por lo potestativo de su asistencia, por la frecuencia -diaria en ocasiones- con que se varía de patrono y por no existir la garantía de un mínimo de labor⁽⁹⁾ (el subrayado es nuestro).

6. En virtud de lo expuesto, es lógico que el Art.21° del RLTP establezca que “el formato único de nombrada es el documento que acredita la contratación de personal para la prestación de servicios específicos en los turnos expresamente establecidos en la misma” (el subrayado es nuestro), pues al término de las faenas de estiba y desestiba, el vínculo laboral se extingue, por expreso mandato de la Ley, derivado de la naturaleza especial del Trabajo Portuario.

7. En consecuencia, sería absurdo que un Trabajador Portuario demande el pago de la Indemnización por Despido Arbitrario o su reposición, por el simple hecho de que la Empresa de Estiba que lo contrató en alguna oportunidad no volviese a hacerlo, pues las oportunidades en que la Empresa contrató sus servicios como trabajador portuario fue para turnos determinados y para las labores específicas de estiba o desestiba de un buque en particular. En consecuencia, al término de dichas faenas de estiba/desestiba el vínculo laboral concluyó, sin necesidad de comunicación ni de ningún otro procedimiento por parte del Empleador, pues como ejemplifica GUILLERMO CABANELLAS, “el trabajador contratado para construir una casa sabe que al terminar la misma finaliza el contrato”⁽¹⁰⁾.

IV. COMENTARIOS A LA AUTOGRAFA DE NUEVA LEY DEL TRABAJO PORTUARIO

Efectuadas estas precisiones, seguidamente analizaremos los aspectos más relevantes (y controversiales) de la autógrafa de Nueva Ley del Trabajo Portuario (NLTP), recientemente observada por el Ejecutivo.

IV.1. LA CONTRATACION DE LOS TRABAJADORES PORTUARIOS EN FORMA CORRELATIVA (“CONTRATACION POR ROTACION”)

1. El artículo 7.1° de la NLTP señala lo siguiente:

7.1. La contratación de los trabajadores portuarios de estiba es efectuada por los empleadores en cada jornada, por especialidad y correlativamente, según el respectivo registro.

2. Como hemos visto en los acápite anteriores, la LTP vigente establece un equilibrio entre la libertad de contratar del empleador, y el derecho del trabajador a ser contratado, estableciendo que el empleador tiene plena libertad para contratar a los trabajadores portuarios que considere adecuados, siempre que éstos se encuentren inscritos en el Registro respectivo. La NLTP rompe este equilibrio y restablece el Sistema de Contratación por Rotación, en virtud del cual el Empleador Portuario no puede elegir a los trabajadores portuarios con los que conformará las cuadrillas respectivas, sino que éstas serán conformadas con los trabajadores portuarios en función de su número de registro.

(8) La Ley 11.729, de la República Argentina, modificó los artículos 154 a 160 del Código de Comercio de ese país, regulando en los artículos 157 y siguientes, el derecho a la protección contra el despido arbitrario. Esta regulación fue modificada por el Decreto Ley N° 33.302/45.

(9) CABANELLAS, GUILLERMO, Compendio de Derecho Laboral, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1968, Tomo I, p.876.

(10) CABANELLAS, GUILLERMO, Compendio de Derecho Laboral, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1968, Tomo I, p.478.

3. Al respecto, es pertinente indicar que este sistema estuvo vigente hasta el año 1991, y era dirigido por la Comisión Controladora de Trabajo Marítimo, que se disolvió en Mayo de ese año. En este sentido, es pertinente indicar que esta forma de contratación enfrenta objeciones de carácter jurídico y técnico. En lo referido a los cuestionamientos jurídicos, consideramos que el dispositivo colisiona con los artículos 2º, numeral 14º y 62º de la Constitución Política del Estado, que establecen el derecho fundamental “**A contratar con fines lícitos**”, definido por el Tribunal Constitucional como “**la facultad de decidir cómo, cuando y con quien se contrata**”; lo que implica la “**auto-determinación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al cocelebrante**” (Expedientes N° 2185-2002-AA/TC y 7320-2005-AA/TC, el subrayado es nuestro). En consecuencia, de instaurarse mediante norma legal este sistema de contratación forzada de trabajadores, se estaría emitiendo una norma inconstitucional, pues ésta neutralizaría por completo la libertad de contratar de la parte empleadora.

4. Efectivamente, como prueba de lo afirmado, podemos mencionar que mediante Ordenanza Regional N° 031-2009-REGION ANCASH/CR, el Gobierno Regional de Ancash aprobó la contratación por rotación en el Puerto de Chimbote. Sin embargo, esta Ordenanza fue declarada inaplicable por inconstitucional, mediante sentencia del Quinto Juzgado Civil del Callao (Expediente N° 208-2010), la cual quedó consentida, debido a que: “**está forzando a la demandante a contratar determinados trabajadores, prohibiendo de esa manera que la demandante contrate a trabajadores que logren con posterioridad su inscripción en el Registro de Trabajadores Portuarios, es decir la citada Ordenanza elimina a la demandante la posibilidad de elegir, y excluye a los traba-**

jadores de ser contratados, que se inscriban en el Registro de Trabajadores Portuarios posterior la publicación de la Ordenanza, resultando violatoria del derecho a contratar de la demandante” (el resaltado es nuestro).

5. Desde el punto de vista técnico, consideramos que el Congreso de la República no ha tenido en cuenta la continua especialización y sub-especialización que se ha generado en los métodos de estiba y desestiba de la carga portuaria, pues como resultado de la innovación y desarrollo tecnológico, en nuestros días un trabajador portuario con experiencia en la estiba/desestiba de contenedores, no puede desempeñarse adecuadamente en la estiba/desestiba de carga no contenedorizada. Asimismo, un trabajador con experiencia en carga suelta (graneles), no puede desempeñarse de manera idónea en la estiba/desestiba de carga congelada. A guisa de ejemplo, el Estudio de la OIT sobre el Trabajo Portuario, del año 2002, señala que: “**la contenerización - método de manipulación originariamente sólo técnico - ha tenido una incidencia determinante en la concepción del tamaño de los buques, en el acondicionamiento, el equipamiento, las instalaciones, las operaciones y el empleo en los puertos, así como en las calificaciones de la mano de obra**”⁽¹¹⁾ (el subrayado es nuestro); motivo por el cual el Art.6º del Convenio 137 de la OIT, ha señalado que los Estados “**deberán asegurarse de que los trabajadores portuarios están cubiertos por disposiciones adecuadas en materia de seguridad, higiene, bienestar y formación profesional**”.

6. Por estas consideraciones, no es adecuado para la seguridad e integridad personal de los trabajadores portuarios, que el Congreso de la República apruebe la contratación por rotación, sin tener en cuenta la falta de experiencia de algunos traba-

(11) ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Conferencia Internacional del Trabajo, 90ª Reunión, 2002, Informe III (Parte 1B), p.8.

jadores respecto a determinados tipos de carga. La validez de nuestra afirmación se ha comprobado en la práctica, pues al iniciarse de manera efectiva la concesión del Terminal Norte Multipropósito del Puerto del Callao, el Sindicato de Estibadores Portuarios impuso la contratación por rotación tal como era reconocida en la NLTP, generándose graves riesgos para la seguridad de los trabajadores y la ineficiencia en las operaciones portuarias. Como lo señaló la Asociación Peruana de Agentes Marítimos - APAM, mediante Comunicado publicado en el Diario El Comercio, el 20 de Julio del presente año, la aplicación de este sistema generó “niveles de inseguridad en las operaciones de estiba debido a que los nombrados por rotación no tienen el conocimiento ni la experiencia en las cargas que tienen que manejar, generando daños y demoras irracionales”.

7. Por todo lo expuesto, consideramos que la NLTP no debería imponer la contratación por rotación de los trabajadores portuarios.

IV.2. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA POR RAMA DE ACTIVIDAD, POR DECISION UNILATERAL DEL SINDICATO

1. El artículo 14.2° de la NLTP señala lo siguiente:

14.2 La negociación colectiva de los trabajadores portuarios de estiba se realiza, preferentemente, a través de rama de actividad, a solicitud de los trabajadores. Ningún empleador puede imponer el tipo de negociación bajo el cual se realiza la negociación colectiva.

2. Como se puede apreciar, este artículo permite al Sindicato de Trabajadores Portuario imponer el nivel en que se llevará a cabo la negociación colectiva; infringiendo el Principio de Negociación Libre y Voluntaria, establecido en el Art. 4° del Convenio 98 de la OIT⁽¹²⁾. En efecto, como lo ha indicado el Comité de Libertad Sindical de la OIT, “ninguna disposición del Art. 4° del Convenio número 98 obliga a un gobierno a imponer coercitivamente un sistema de negociaciones colectivas a una organización determinada, pues la intervención gubernamental alteraría claramente el carácter de tales negociaciones (OIT, 1996a, párrafos 845 y 846)”⁽¹³⁾.

3. En consecuencia, una Ley no puede imponer el nivel de negociación colectiva a las partes, ni dejar a una de ellas que imponga a la otra el nivel en el que se llevará a cabo la negociación colectiva, pues como lo han indicado los Expertos de la OIT sobre esta materia, “normalmente, la elección del nivel de negociación debería corresponder a los propios interlocutores en la negociación; estos, en inmejorable posición para decidir cuál es el nivel más adecuado para llevarla a cabo”, toda vez que: “En base al principio de negociación colectiva libre y voluntaria, establecido en el artículo 4 del Convenio número 98, la determinación del nivel de negociación colectivo debería depender esencialmente de la voluntad de las partes y, por consiguiente, dicho nivel no debería ser impuesto en virtud de la legislación, de una decisión de la autoridad administrativa o de una jurisprudencia de la autoridad administrativa”⁽¹⁴⁾ (el subrayado es nuestro).

(12) Convenio N° 98 de la OIT, Artículo 4.- Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo (el subrayado es nuestro).

(13) Gernigon, Bernard, Otero, Alberto y Guido, Horacio, “Principios de la OIT sobre la Negociación Colectiva” en Revista Internacional del Trabajo, Vol. 119 (2000), num. 1, pág. 44-45.

(14) Gernigon, Bernard, Otero, Alberto y Guido, Horacio, “Principios de la OIT sobre la Negociación Colectiva” en Revista Internacional del Trabajo, Vol. 119 (2000), num. 1, pág. 46.

4. Es más, para el caso específico de la Negociación Colectiva en el Trabajo Portuario, el Tribunal Constitucional ha señalado, en el Exp. N° 3561-2009-PA/TC, que: “**el Estado no puede ni debe imponer, coercitivamente, un sistema de negociaciones colectivas a una organización determinada, intervención estatal que claramente atentaría no sólo contra el principio de la negociación libre y voluntaria, sino también contra los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva**” (Expediente N° 3561-2009-PA/TC, F.J.13).

5. Por ello, para el Supremo Intérprete de la Constitución, “la elección del nivel de negociación colectiva, normalmente, debe corresponder a los propios interlocutores en la negociación, ya que estos se encuentran en inmejorable posición para decidir cuál es el nivel más adecuado para llevarla a cabo”, por lo que: “la negativa de los empleadores de negociar a un nivel determinado, en principio, no constituiría una violación del derecho de negociación colectiva, pues esta, como se ha señalado, se fundamenta en el principio de la negociación libre y voluntaria y, por ende, en la autonomía de las partes” (Expediente N° 3561-2009-PA/TC, F.J.14 y 15).

6. En este sentido, consideramos que una solución más adecuada para el supuesto de discrepancia entre las partes respecto al nivel en el cual debe llevarse a cabo la negociación colectiva sería el Arbitraje, como ya lo ha señalado el propio Tribunal Constitucional en el mencionado Expediente N° 3561-2009-PA/TC.

7. Al respecto, a pesar de que la citada sentencia no establece las razones por las cuales se estableció la vía arbitral para resolver este tipo de controversias, es evidente que se tuvo en cuenta el antecedente del Caso CAPECO

versus Federación de Trabajadores de Construcción Civil (Expediente N° 261-2003-PA/TC), en el cual el Tribunal Constitucional impuso el nivel de negociación colectiva, y que motivó la interposición de una Queja contra el Gobierno del Perú ante la OIT, por parte de la Organización Internacional de Empleadores (OIE), la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP) y la Cámara Peruana de la Construcción (CAPECO). Esta queja motivó que el Comité de Libertad Sindical de la OIT declarara que “**en caso de desacuerdo entre las partes sobre el nivel de negociación, más que una decisión general de la autoridad judicial en favor de la negociación a nivel de rama de actividad, se ajusta mejor a la letra y al espíritu del Convenio núm. 98 y de la Recomendación núm. 163 un sistema establecido de común acuerdo por las partes en el que en cada nueva negociación colectiva puedan hacer valer de manera concreta sus intereses y puntos de vista. El Comité pide al Gobierno que invite a las organizaciones de trabajadores y de empleadores más representativas a establecer un mecanismo de solución de los conflictos relativos al nivel en que debe realizarse la negociación colectiva” (el subrayado es nuestro).**

8. En este sentido, si la vía de solución de este tipo de conflictos no podía ser la judicial ni la administrativa, el único medio de solución del conflicto al cual podría recurrirse sería el arbitraje, más aún, si en el caso concreto, el propio Tribunal había declarado inaplicable la solución dispuesta por el Art.45° del Texto Unico Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, en cuya virtud a falta de acuerdo respecto al nivel de negociación, el procedimiento de negociación colectiva se seguirá a nivel de empresa.

9. Es pertinente indicar que, para la OIT, lo idóneo sería que las partes recurran al arbitraje de

manera voluntaria⁽¹⁵⁾. Sin embargo, en situaciones excepcionales el Organismo Internacional admite que se establezca el arbitraje de manera obligatoria, como es el caso de “crisis nacional aguda, en los casos de conflicto dentro de la función pública respecto de funcionarios que trabajan en la administración del Estado (ya que pueden ser excluidos del derecho de negociación colectiva en virtud del Convenio núm. 98) o en los servicios esenciales en el sentido estricto del término, o sea, los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida o la seguridad de la persona en toda o parte de la población (OIT, 1996a, párrafos 515 y 860-863). Obviamente, el arbitraje obligatorio es admisible también si está previsto en el convenio colectivo como mecanismo de resolución de conflictos. Asimismo es aceptable - como ha señalado recientemente el Comité siguiendo a la Comisión de Expertos - cuando, tras negociaciones prolongadas e infructuosas, es obvio que las negociaciones no saldrán del estancamiento sin una iniciativa de las autoridades (OIT, 1995c, caso núm. 1768 (Islandia), párrafo 109)”⁽¹⁶⁾.

10. En todo caso, es evidente que bajo ningún supuesto se admite que una norma legal establezca el nivel de negociación colectiva, y tampoco se admite que una de las partes pueda establecer, de manera unilateral, el nivel de negociación, por lo que la NLTP adolece de inconstitucionalidad.

V. CONCLUSION

Como ha quedado demostrado en los acápitales anteriores, la autógrafa de la Nueva Ley del Trabajo Portuario contiene disposiciones que colisionan con nuestro Ordenamiento Constitucional y con los Principios consagrados por la OIT en materia de Trabajo Portuario y Negociación Colectiva, por lo que consideramos que no debería insistirse en la promulgación de esta norma; mucho menos, si en la práctica se han verificado los efectos perjudiciales que ocasionaría en la integridad personal de los trabajadores, y en la eficiencia de las operaciones portuarias.

(15) Efectivamente, los expertos de la OIT han señalado que: “una de las formas más radicales de intervención de las autoridades en la negociación colectiva, sea mediante la legislación, sea a través de una decisión administrativa, es la imposición del arbitraje obligatorio cuando las partes no llegan a un acuerdo o cuando transcurre un cierto número de días de huelga. El arbitraje obligatorio puede provenir también de una sola de las partes; pero siempre se opone al carácter voluntario de la negociación porque la solución que impone no emana de la voluntad de ambas partes, sino de un tercero al que no han recurrido conjuntamente” (Gernigon, Bernard, Odero, Alberto y Guido, Horacio, “Principios de la OIT sobre la Negociación Colectiva” en Revista Internacional del Trabajo, Vol. 119 (2000), num. 1. pág.48).

(16) Gernigon, Bernard, Odero, Alberto y Guido, Horacio, “Principios de la OIT sobre la Negociación Colectiva” en Revista Internacional del Trabajo, Vol. 119 (2000), num. 1. pág.48