

ARBITRAJE COLECTIVO LABORAL DE TIPO POTESTATIVO EN EL PERÚ: UNA DEFINICIÓN A PARTIR DE PRONUNCIAMIENTOS JURISDICCIONALES Y ADMINISTRATIVOS

Luis Mendoza Legoas⁽¹⁾

I. INTRODUCCIÓN: NOTAS SOBRE EL GÉNERO (EL ARBITRAJE COLECTIVO LABORAL)

Una tipología de conflictos laborales muy reiterada en la doctrina distingue aquellos de carácter económico (o *de interés*) y otros, de tipo jurídico. Dentro de los ordenamientos laborales latinoamericanos (es el caso del Perú) los conflictos económicos de interés se caracterizan por la pretensión de una de las partes de regular o modificar las condiciones de empleo y/o las relaciones sindicales. Durante las tratativas en que ambas partes se involucran o una vez fracasado el intento de lograrse tales resultados por la vía autónoma, suelen concurrir mecanismos de auxilio o de canalización del conflicto, cuyo objeto no es otro que el evitar la exteriorización del mismo mediante los mecanismos de fuerza que el Derecho reconoce. Además, estos conflictos se caracterizan por activar la competencia de instituciones administrativas y arbitrales, con mayor o menor intensidad según cada legislación nacional.

En contraposición a los conflictos económicos, los conflictos jurídicos (o de derecho) tienen que ver con reclamos por la inaplicación de normas existentes

(1) Abogado laboralista por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado senior del área laboral de Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uría. Ex Director de Promoción y Protección de Derechos Fundamentales Laborales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Las opiniones señaladas en esta monografía no comprometen a ninguna de las instituciones mencionadas.

(o por la discrepancia en los alcances de su interpretación)⁽²⁾ y en torno a ellos se han diseñado generalmente los procesos jurisdiccionales, generales o de carácter colectivo.

En el ámbito de las relaciones colectivas coexisten, por un lado, *mecanismos autocompositivos* de solución de conflictos –por los cuales las partes solucionan directamente las desavenencias existentes– y, por otro lado, *mecanismos heterocompositivos*, que se caracterizan por la intervención decisoria de un tercero, ajeno a las partes. La forma de autocomposición por excelencia es, en dicho escenario, la negociación colectiva –cuyo fomento es un deber que la Constitución peruana impone al Estado–⁽³⁾ lo que da cuenta de su protagonismo central en las relaciones democráticas, pues configura un procedimiento institucional que tiende a producir una regulación al que la norma constitucional le reconoce una particular eficacia jurídica⁽⁴⁾. Así, al más alto nivel normativo, se cierra el círculo de reconocimiento del *procedimiento* forjador de acuerdos que regulan condiciones de empleo o las relaciones sindicales y del *producto* en sí mismo.

Por motivos económicos, sociales e históricos la negociación colectiva es el mecanismo que estadísticamente se muestra como el más utilizado para la solución de conflictos colectivos en el Perú. De acuerdo con la información publicada en los anuarios estadísticos del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo⁽⁵⁾, puede observarse el papel residual que en un plano general tiene el arbitraje en las negociaciones colectivas peruanas:

- El año 2014, en todo el Perú, se tuvo **cuatrocientos cuarenta y tres (443)** convenios colectivos registrados (incluyendo a acuerdos celebrados autónomamente y a laudos arbitrales). Entre ellos, trescientos cincuenta (350) se resolvieron por acuerdo directo, mientras que sesenta y seis (66) se acordaron con auxilio de la conciliación, mediación o la figura del *extraproceso*⁽⁶⁾. Mientras tanto, veintisiete (27) convenios colectivos registrados tuvieron solución por la vía arbitral, siendo tan

(2) Vid. SAPPÍA, Jorge. Justicia Laboral y medios alternativos de solución de conflictos colectivos e individuales del trabajo. Lima: OIT, 2002, pp. 5-7.

(3) Deber de fomento que, contemplado en el primer párrafo del inciso 2 del artículo 28 de la Constitución, presupone ontológicamente al deber de garantía de la libertad sindical, referida en el inciso inmediatamente anterior del mismo artículo constitucional.

(4) Nos referimos a la “fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado”, según el segundo párrafo del inciso 2 del artículo 28 de la Constitución.

(5) Consúltese en la página institucional de la entidad: <<http://www.trabajo.gob.pe>>. Página consultada en abril de 2016.

(6) El “extraproceso” es una figura que podría definirse como una mixtura de la conciliación y de la mediación y que se ha creado en la práctica de la intervención de la Autoridad de Trabajo en las relaciones colectivas del Perú.

solo **nueve (9) solucionados por un laudo emitido dentro de un arbitraje potestativo.**

- En 2013, a nivel nacional, se registraron **cuatrocientos cincuenta y cinco (455) convenios colectivos** de trabajo. De ellos, trescientos cincuenta y nueve (359) fueron resueltos mediante negociación directa; mientras que otros sesenta y cuatro (64) conflictos se solucionaron mediante la conciliación, mediación o extraprocesos. Adicionalmente, treinta y dos (32) conflictos fueron resueltos mediante arbitraje, contándose dentro de dicho número a **diez (10) laudos emitidos en procedimientos de arbitraje potestativo.**

En el año 2012, en todo el Perú, existieron **cuatrocientos treinta y cinco (435) convenios colectivos.** De todos ellos, trescientos cincuenta y tres (353) se resolvieron mediante negociación directa, cincuenta y dos (52) mediante acuerdos en conciliación, mediación o extraprocesos y treinta (30) mediante arbitraje.

- Asimismo, durante el año 2011, en todo el Perú se registraron **quinientos cincuenta (550) convenios colectivos**, de los cuales solamente quince (15) se debieron al arbitraje.

Varias observaciones pueden plantearse a la estadística que se acaba de reseñar: desde la existencia de un posible *sub-registro*, el que únicamente se cuenta con data sobre el arbitraje potestativo desde el año 2013 e inclusive el hecho de que a la fecha no se estaría registrando la figura del arbitraje para definir el nivel o contenido de la primera negociación. Sin embargo, estas observaciones no afectan la clara evidencia del carácter residual que tiene el procedimiento arbitral dentro de los mecanismos de solución de conflictos laborales. No ha eclipsado ni mucho menos ha sustituido a la negociación colectiva.

Como se ve, los hechos apuntalan el aserto de que la negociación colectiva es, efectivamente, complementada por otras “formas de solución de conflictos laborales” –en términos usados por la propia Constitución de 1993– que no son otras que la conciliación, la mediación, el extraproceso y el arbitraje. Es este último mecanismo el que ocupa el centro de esta investigación, con especial atención en una de sus modalidades dentro del ordenamiento jurídico peruano: el arbitraje potestativo. Es importante subrayar la proporción real existente entre los conflictos colectivos solucionados mediante arbitraje potestativo y aquellos que se solucionan por acuerdos directos u otros mecanismos, a fin de dimensionar adecuadamente este tema.

En el Derecho comparado, las tipologías con las cuales se definen modalidades de arbitraje son variadas: arbitraje de derecho y arbitraje de equidad o conciencia (según si el tribunal arbitral resuelve con sujeción al derecho vigente o si, bajo parámetros más flexibles, resuelve según su leal saber y entender); arbitraje institucional y arbitraje *ad hoc* (según si es que las partes encargan a una institución la conformación del árbitro y administración del procedimiento, o bien, sea que las propias partes designen en forma directa o indirecta a los árbitros, sin que hayan reglas predeterminadas). También es posible que, en atención a la forma en que las partes de un conflicto se ven involucradas en un arbitraje, se distinga entre tres modalidades de arbitraje: voluntario, unilateral (o potestativo) y obligatorio.

Tomando en cuenta las modalidades expuestas, podemos afirmar que al arbitraje colectivo laboral en el Perú la doctrina general le atribuye como característica el ser un arbitraje de equidad. La razón sería que, de acuerdo con el artículo 65° del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante: LRCT), el legislador habría determinado que en el modelo de arbitraje laboral peruano “los árbitros no deciden que norma aplicar, sino más bien resultan “creando derecho” con su laudo”.⁽⁷⁾

Por otro lado, encontramos que en rigor, el arbitraje colectivo laboral adopta la forma de arbitraje *ad hoc* pues el procedimiento arbitral se verá configurado en cada caso por el acuerdo de las partes –si ello es previsto en el compromiso arbitral– o por las normas legales que sean supletoriamente aplicables (como suele ocurrir en los arbitrajes potestativos). Sin embargo, esta última afirmación debe ser matizada pues el arbitraje colectivo laboral en Perú también contempla algunos elementos de la modalidad de arbitraje de tipo institucional, pues ciertas funciones de institución arbitral recaen en la Autoridad Administrativa de Trabajo (señaladamente: aquellas que tienen que ver con la designación de árbitros).⁽⁸⁾

En cuanto al hecho de que la LRCT contemple una modalidad potestativa

(7) CARRILLO, Martín. Elementos para un primer balance del arbitraje laboral en el Perú. Lima: ADEC-ATC, 1994, p. 5. Más adelante señalaremos porqué creemos que aunque es correcto que se trata de un arbitraje de equidad, ello no impide reconocer que, al menos en la etapa en la que el tribunal arbitral evalúa su propia competencia, existe una jurisdicción autónoma en los términos de la Constitución (segundo párrafo del inciso 1 del artículo 139).

(8) Como precisión terminológica, cabe destacar que al referirnos a la designación por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo, nos referimos también a la designación de presidentes de tribunales arbitrales que en arbitrajes del sector público llevó a cabo un Consejo Especial, constituido por el Decreto Supremo N° 009-2012-TR, y que tuvo una composición multisectorial con participación de representantes de la sociedad civil. Actualmente dicho Consejo Especial se encuentra desactivado y el órgano encargado de asumir tales funciones se encuentra pendiente de ser constituido.

Conviene que más adelante retomemos este punto cuando, hacia el final de este trabajo, analicemos la forma de intervención que existe desde la Administración Pública en la conformación de los tribunales arbitrales de los arbitrajes potestativos.

de arbitraje, se ha cuestionado ello principalmente desde visiones contractualistas del arbitraje (tesis que, por cierto, han sido totalmente superadas por la jurisprudencia constitucional) y también desde una lectura parcial de pronunciamientos de la Organización Internacional de Trabajo. Sobre esto último, la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha señalado que:

“[...] el arbitraje impuesto a solicitud de una sola de las partes es contrario al principio de negociación voluntaria de los convenios colectivos establecido en el Convenio núm, 98 y, por consiguiente, a la autonomía de las partes en la negociación. No obstante, puede admitirse una excepción en aquellos casos en que existan disposiciones que, por ejemplo, permitan a las organizaciones de trabajadores iniciar este procedimiento para la firma del primer convenio colectivo; como la experiencia demuestra que el acuerdo del primer convenio colectivo es frecuentemente uno de los pasos más difíciles en el establecimiento de sanas relaciones profesionales, este tipo de disposiciones puede considerarse como mecanismos y procedimientos que facilitan la negociación colectiva»⁽⁹⁾.

Obsérvese que desde la perspectiva del órgano de control de OIT, la excepción se justifica a partir de las dificultades que pueden existir para que en un país determinado se desarrollen relaciones sindicales con negociaciones colectivas de buena fe, por lo que creemos que ello en nada impide que, atendiendo a una realidad nacional particularmente desfavorable para la negociación colectiva (como todavía ocurre legislativa e institucionalmente en el Perú), se planteen soluciones particularmente adecuadas a tal realidad. Ese es el caso del arbitraje potestativo, que, con base constitucional, tendría que ser apreciado desde el punto de vista del incentivo al desarrollo de negociaciones colectivas en términos de buena fe. (o “sanas relaciones profesionales” como afirma la propia OIT).

Si, dentro del ordenamiento jurídico peruano, solamente existieran el arbitraje colectivo laboral de tipo voluntario y de tipo obligatorio (de naturaleza excepcionalísima), sería posible que cuando una organización sindical enfrente la disyuntiva de iniciar un arbitraje o una huelga (opciones alternativas), el primero de esos caminos sea virtualmente inviable pues pudiera verse permanentemente boicoteado por quien, precisamente, se vea beneficiado por el *statu quo* que no se logre superar mediante negociación colectiva. Esto llevaría a que los conflictos colectivos laborales permanezcan irresueltos, configurándose una situación

(9) GERNIGON, Bernard, Alberto ODERO y Horacio GUIDO. Principios de la OIT sobre el derecho de huelga. Ginebra: OIT, 2000, p. 29.

contraria al modelo constitucional de relaciones colectivas de trabajo que perfila el artículo 28 de la Constitución. Frente a ello, desde el punto de vista de la política laboral, el arbitraje potestativo prescinde del concurso de voluntades concurrentes para que, cuando menos a instancia de una de ellas, se inicie el procedimiento arbitral. De esa manera, se ha privilegiado el resultado deseado, que no es otro que una solución definitiva para un conflicto activo entre dos sujetos colectivos laborales.

Queda claro que el arbitraje potestativo es una forma de solución de conflictos cuya raigambre puede encontrarse en principios democráticos que la Constitución Peruana establece. Así, este mecanismo cumple su función dinamizando las relaciones colectivas de trabajo hacia una mayor eficacia del derecho de negociación colectiva, al cumplir un “rol fundamental de ‘depuración’ de las prácticas en la negociación contrarias al principio de buena fe reconocido por el Tribunal Constitucional y el Comité de Libertad Sindical de la OIT”.⁽¹⁰⁾ En ese sentido, importa conceptualizar adecuadamente a esta modalidad de arbitraje, y con ese objetivo postulamos una definición sustentada en elementos que, en distintos momentos, y con ocasión de la solución de diversos casos sometidos a sus respectivas competencias, han merecido pronunciamientos del Tribunal Constitucional, del Poder Judicial y de la Autoridad Administrativa del Trabajo.

II. DEFINICIÓN DE LA ESPECIE: ARBITRAJE POTESTATIVO

A partir de la reciente pragmática del arbitraje potestativo en el Perú, podemos ensayar una definición integradora de los elementos que lo perfilan, tanto como forma de arbitraje en general y como forma específica de arbitraje colectivo laboral. Tras una primera recopilación de pronunciamientos jurisdiccionales y administrativos, se evidencia que el tema que nos ocupa posee una importancia indiscutible en nuestro sistema de relaciones colectivas de trabajo, encontrando rápidamente un lugar propio entre las instituciones de Derecho del Trabajo en el Perú.

En la opción metodológica que nos hemos propuesto, definimos al arbitraje potestativo no a partir de elementos comunes del arbitraje —aunque en algún caso estos elementos transversales estarán presentes— sino de sus elementos esenciales, resaltando sus atribuciones y características que lo diferencian del arbitraje voluntario. De la práctica arbitral, judicial y administrativa hemos identificado siete elementos que componen la definición del arbitraje potestativo que

(10) SÁNCHEZ, Christian. *El arbitraje potestativo en las relaciones colectivas de trabajo: un balance inicial*. Lima: documento inédito, 2013.

proponemos⁽¹¹⁾, los mismos que se interrelacionan dinámicamente para explicar los caracteres diferenciales del arbitraje potestativo con respecto al resto de mecanismos con los cuales comparte similar función instrumental.

1. Es un mecanismo de solución heterónoma de conflictos

En el Derecho del Trabajo peruano, cuando los esfuerzos en la negociación colectiva resultan insuficientes para lograr acuerdos –por no mencionar aquellos casos patológicos donde exista mala fe en la negociación– podrá hacerse intervenir a un tercero ajeno e imparcial al conflicto para que dé una solución vinculante para las partes. Al recurrir a esta forma institucional de solución del conflicto, una de las partes del mismo declina de lograr un determinado acuerdo mediante la autonomía colectiva, para iniciar el procedimiento arbitral.

El hecho de que la interposición del arbitraje se dé solamente por la voluntad de una de las partes no significa –desde nuestra perspectiva– que deba entenderse que se trata de una figura excepcional, como podría llegar a desprenderse de una lectura descuidada de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional⁽¹²⁾ y la Corte Superior de Justicia de Lima⁽¹³⁾. A partir de la propia posición del Alto Tribunal, expresada en su Resolución de fecha 10 de junio de 2010⁽¹⁴⁾, es posible entender que el uso del término excepcional en este caso se refiere a que la opción unilateral por el arbitraje supone el “apartamiento a la regla general” querida por la norma, que es la negociación libre y voluntaria.

Esta supuesta excepcionalidad no ha sido reiterada en la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, sino que al contrario, se ha validado la naturaleza del arbitraje potestativo como una modalidad entre los mecanismos heterocompositivos disponibles para los sujetos colectivos.⁽¹⁵⁾ Además, la tesis de la excepcionalidad del arbitraje potestativo ha quedado totalmente descartada por una

(11) Cabe advertir que algunos de los elementos que componen esta definición no son privativos del arbitraje potestativo, y perfectamente son predicables con respecto al arbitraje voluntario. En consecuencia, las referencias jurisprudenciales que utilizaremos no necesariamente se referirán al arbitraje potestativo.

(12) En la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de agosto de 2009, recaída en el expediente número 03561-2009-PA/TC, fundamento 15, se refiere que “No obstante, por excepción, cabe la posibilidad de que el nivel de la negociación colectiva pueda ser determinada por vía heterónoma (arbitraje) ante un organismo independiente a las partes [...]”.

(13) “[...] Resulta obvio que la solución de la contro versia mediante arbitraje constituye la última ratio, de una apuesta por la solución pacífica del conflicto”. Sentencia de la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha 1 de julio de 2013, recaída en el expediente número 00062-2012, fundamento 11.

(14) Recaída en el expediente número 03561-2009-PA/TC, fundamento 8.

(15) Nos referimos a la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 16 de julio de 2013, recaída en el expediente número 02566-2012-PA/TC y a la del 21 de mayo de 2014, recaída en el expediente 3243-2012-PA/TC.

reciente sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República⁽¹⁶⁾, la misma que hace eco de la tesis que entiende al arbitraje potestativo como un mecanismo válido de solución de conflictos colectivos laborales⁽¹⁷⁾.

Es indiscutible que el arbitraje potestativo que fundamenta en el inciso 2 del artículo 28 de la Constitución de 1993, por lo que –en el marco de un sistema democrático de relaciones laborales– resultará siempre un mecanismo preferente a las formas excepcionales de intervención resolutoria en los conflictos laborales, tales como el arbitraje obligatorio (figura de *ultima ratio* en el Perú). En efecto, su vinculación con el principio de autonomía colectiva confiere al arbitraje potestativo preferencia si, llegado el caso, se interpone el arbitraje potestativo en forma simultánea o (inclusive) con posterioridad a una intervención resolutoria de la Administración Pública sobre un conflicto. De esa manera, un importante pronunciamiento administrativo indica que una forma de culminación de un arbitraje obligatorio es precisamente, la interposición del arbitraje potestativo por cualquiera de las partes involucradas en la controversia. En esa línea, la Autoridad Administrativa de Trabajo ha resuelto que, ante la concurrencia de su avocación como árbitro obligatorio –supuesto del artículo 68 de la LRCT– y la interposición de una de las partes del arbitraje potestativo, este último resulta preferible, pues “se debe privilegiar la potestad de las partes de someter el conflicto a un tribunal arbitral tomando en cuenta la naturaleza excepcional de la competencia asumida [por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo] como árbitro obligatorio”⁽¹⁸⁾.

Desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional, todo tipo de arbitraje debe ser concebido desde un enfoque *iuspublicista* pues ellos “forma[n] parte esencial del orden público constitucional”⁽¹⁹⁾. De hecho, el arbitraje es genéricamente definido como un *mecanismo alternativo de resolución de conflictos* y por tanto “se explica no como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustituto, sino como una alternativa que complementa el sistema

(16) Sentencia de fecha 13 de agosto de 2015, recaída en el proceso de acción popular número 5132-2014-LIMA, considerando vigésimo cuarto.

(17) En ese sentido, la sentencia anteriormente citada se apoya en doctrina que señala que “[...] lo que termina siendo controvertido es que el arbitraje potestativo se circunscriba únicamente a los supuestos de determinación del nivel de negociación o a las negociaciones realizadas en contravención al principio de buena fe, porque a la luz de lo expresado en el presente trabajo resulta inconsistente considerar al arbitraje potestativo como una figura excepcional” (AGUINAGA MEZA, Ernesto y Guillermo BOZA PRÓ. “El deber de negociar y el arbitraje potestativo como parte del derecho constitucional a la negociación colectiva”. Revista Derecho PUCP, 2014, número 71, pp. 307, Lima).

(18) Auto Directoral General de fecha 25 de octubre de 2011, número 010-2011-MTPE/2/14, parte considerativa.

(19) Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 28 de febrero de 2006, recaída en el expediente número 6167-2015-HC/TC, fundamento 11.

judicial, puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias, básicamente de orden patrimonial de libre disposición”⁽²⁰⁾.

De esa manera, se reconoce en el arbitraje potestativo la naturaleza del arbitraje colectivo laboral, que es diferente a la de los procedimientos administrativos o procesos judiciales que pueden utilizarse para fines similares. Pero también es cierto que, a partir del enfoque iuspublicista del arbitraje, su naturaleza jurídica heterocompositiva debe diferenciarse nítidamente de los otros llamados mecanismos alternativos de composición de conflictos colectivos. Así, arbitraje potestativo y voluntario comparten el hecho de tener en la figura del árbitro a un tercero decisor, pero difieren en que el primero es utilizado a partir de un acuerdo de partes, mientras que en el segundo la delegación a un tercero para que resuelva el conflicto se fundamenta en la invocación, por una de ellas, de normas heterónomas que le permiten activar el arbitraje (tal y como ocurre con quien activa al aparato judicial).

2. Un mecanismo de naturaleza colectiva y con sub modalidades

Tiene *naturaleza colectiva* y, específicamente, una *función bivalente* con respecto a la negociación colectiva. Con respecto a lo primero, es un tipo de procedimiento que vincula a los sujetos colectivos del Derecho Laboral (sindicato o grupo de ellos y empleador o grupo de ellos) para la generación de un producto: un laudo arbitral que resuelve un conflicto económico.

La relación del arbitraje potestativo con el Derecho Colectivo del Trabajo puede advertirse nítidamente en el “carácter imperativo para ambas partes” que tiene el laudo arbitral, según el artículo 66 de la LRCT. El laudo arbitral es un producto que, dado el procedimiento que lo genera y por sus características propias, resulta un sucedáneo del convenio colectivo de trabajo, según se reconoce en el artículo 70 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Por ello, esa imperatividad del laudo arbitral remite al contenido de la “fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado”, que el artículo 28.2 de la Constitución otorga a los convenios colectivos.

Muy a pesar de que existen opiniones que ven en el arbitraje potestativo un peligro para la negociación colectiva –por el que las organizaciones sindicales podrían verse incentivadas a preferir siempre la solución heterónoma de sus

(20) Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 21 de setiembre de 2011, recaída en el expediente número 00142-2011-PA/TC, fundamento 22. Como salvedad aquí, debe decirse que, si bien es cierto que en el ámbito laboral el componente patrimonial no agota el contenido de las propuestas en negociación colectiva (o en arbitraje), también lo es que los derechos e intereses patrimoniales sí ocupan un espacio importante dentro de la lógica de la negociación colectiva y de los conflictos colectivos laborales.

reclamos en vez de intentar el trato directo con el empleador—⁽²¹⁾ la jurisprudencia constitucional viene apuntalando al arbitraje potestativo como un “mecanismo de auxilio” de la negociación colectiva⁽²²⁾, pues favorece la solución de conflictos laborales de carácter económico⁽²³⁾. Por ello, puede considerársele como un remedio para supuestos en donde el derecho de negociación colectiva eficaz — es decir, llevada a cabo en términos de buena fe recíproca— se vea vulnerado en dos momentos señalados:

- a) Al momento de determinarse los presupuestos objetivos para que se lleve a cabo la negociación (su ámbito o su contenido). El caso paradigmático es, sin duda, la controversia sobre la determinación del nivel de negociación en el sector portuario, el mismo que fue resuelto por la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de agosto de 2009 (ya citada), donde se precisó que la falta de acuerdo sobre las partes sobre el nivel de negociación “deberá ser determinado por arbitraje, sin que exista previa declaración de huelga” (artículo 3 de la parte resolutive) sin que se aplique el precepto del artículo 45 de la LRCT que reconducía el desacuerdo en ese extremo al nivel “de empresa” por resultar contrario a la Constitución.
- b) Cuando la negociación colectiva iniciada entre dos sujetos colectivos sea infructífera, siendo necesario que se resuelva el fondo de la controversia, sobre la base de la elección de una de las dos propuestas de convenio colectivo que presenten las partes del arbitraje, pudiendo matizar algún extremo de ellas (artículo 65 de la LRCT).

En ese sentido frente a la alegación de que en una negociación colectiva una entidad empleadora estatal había cometido actos de mala fe, el Comité de Libertad Sindical de la OIT aprobó la siguiente recomendación: “el Comité invita al sindicato querellante a que, si

(21) Por tordos: FERRO, Víctor. Crónica de una muerte anunciada. En: <<http://www.aperhu.com>>, página visitada en julio de 2013.

(22) Sentencia de fecha Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de agosto de 2009, recaída en el expediente número 03561-2009-PA/TC, fundamento 13.

(23) En ese sentido, se estaría promoviendo a la negociación colectiva, tal y como ordena la Constitución y en el mismo sentido que las normas internacionales preceptúan. Así, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha señalado, en su observación referida al Convenio sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva, 1949 (num. 98) - Perú (102° Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, de 2013), que en general los procedimientos regulados “deben promover en la mayor medida posible las negociaciones entre los interlocutores sociales sobre los problemas de determinación del nivel de la negociación y contar con la confianza de las partes”.

lo desea, recurra al arbitraje previsto en la resolución ministerial de 2011 para que se solucione el pliego de reclamos 2011-2012”⁽²⁴⁾.

Similar proceder ha adoptado la Autoridad Administrativa de Trabajo, que al resolver un procedimiento en particular, recomendó que “[...] cualquiera de las partes tiene reconocido el derecho a interponer el arbitraje potestativo –bajo la modalidad de desacuerdo en la primera negociación, en el nivel o en su contenido– obligando así a aquella parte contra la que se interpone este mecanismo a dar solución al desacuerdo sobre el nivel de negociación aplicable”⁽²⁵⁾.

Aquí se abren dos posibilidades:

- b.1 Que el arbitraje potestativo sea interpuesto por cualquiera de las partes bajo la invocación de la causal de mala fe en la negociación colectiva entablada (alegada como causal de su infructuosidad). Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional Peruano estableció, en el fundamento 22 de la sentencia de 17 de agosto de 2009, que algunos supuestos en los que puede considerarse afectado el derecho de negociación colectiva serían los siguientes:

«[...]»

- b. El empleador se niega a recibir a los representantes de los trabajadores o a negociar con ellos en los plazos y condiciones que establece la ley.
- c. El empleador ejerce presiones para obtener el reemplazo de los representantes de los trabajadores.
- d. El empleador ejecuta durante el proceso de la negociación colectiva acciones que revelen una manifiesta mala fe que impida el normal desarrollo de la negociación.
- e. El empleador ejerce fuerza física en las cosas, o física o moral en las personas, durante el procedimiento de negociación colectiva.

(24) 367° Informe del Comité de Libertad Sindical, de marzo de 2013. Caso número 2816 (Perú): Quejas contra el gobierno del Perú presentadas por el Sindicato Nacional de Unidad de Trabajadores de SUNAT (SINAUT SUNAT) y la Central Autónoma de Trabajadores del Perú (CATP).

(25) Resolución Directoral General de fecha 13 de noviembre de 2012, número 14-2012/MTPE/2/14, considerando 12.5.

- f. El empleador realice cualquier práctica arbitraria o abusiva con el objeto de dificultar o hacer imposible la negociación colectiva”.
- b.2 Que los trabajadores interpongan el arbitraje potestativo tras superarse la negociación directa o conciliación, al amparo del artículo 61 de la LRCT. En este punto, debe destacarse que las normas de la LRCT nada dicen sobre la mala fe como causal para la interposición del arbitraje potestativo. En el fundamento 5 de su sentencia de 17 de agosto de 2009, el Tribunal Constitucional convalidó e hizo suya la interpretación de que la LRCT contempla una regulación que prescinde de la alegación de una causa por la parte trabajadora, basando en dicho supuesto que las partes no lleguen a un acuerdo en negociación directa (tal y como refiere el artículo 61 de la LRCT).

Pues bien, en el nivel reglamentario, el artículo 61-A del Decreto Supremo N° 011-92-TR contiene una regulación que, en principio, recoge solamente a algunas de las especies dentro del género de vulneraciones al derecho a la negociación colectiva (entendido este derecho dentro de los términos de la buena fe que ha reconocido abiertamente el Tribunal Constitucional). Pero debe decirse que resulta evidente que el artículo 61-A del Decreto Supremo N° 011-92-TR no restringe al arbitraje potestativo a esos dos únicos supuestos (pues por jerarquía normativa no tiene aptitud para hacerlo). Tan solo procedimentaliza la interposición en dos supuestos (quizá los más comunes), sin que por ello sea posible argumentar que se trate de una regulación que deje sin lugar al arbitraje potestativo que la Ley prevé desde 1992 para los supuestos de negociación infructuosa⁽²⁶⁾.

Entonces, la norma reglamentaria se ocupa de *procedimentalizar* la etapa prearbitral de dos especies de éstas vulneraciones:

- El desacuerdo⁽²⁷⁾ entre las partes sobre el nivel o el contenido *en la primera negociación*. El contraste aquí radica en que, en su sentencia

(26) Esta relación de complementariedad entre el arbitraje potestativo regulado en el artículo 61 de la LRCT y el añadido por el DS 014-2011-TR es interpretado en forma distinta por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, la misma que, en la Sentencia emitida en la Acción popular del expediente 5132-2014-LIMA sostuvo que la norma reglamentaria “[...] ha procedido a precisar, desarrollar y asegurar la efectividad y/u operatividad de la ley”. De esa manera, para la Corte Suprema la relación entre ambas regulaciones es suplementaria, posición de la que nos permitimos discrepar pues, como hemos explicado, nos encontramos ante sub modalidades de arbitraje potestativo de función distinta.

(27) La modificación del inciso a) del artículo 61-A del Reglamento de la LRCT (efectuado por el Decreto Supremo 013-2014-TR) fijó un plazo forzoso de tres meses, dentro de los cuales la “negociación” (o tratativa para negociar) resulte infructuosa.

de 17 de agosto de 2009, el Tribunal Constitucional dejó a entrever que el arbitraje potestativo para la dilucidación del nivel de negociación no solamente puede ser interpuesto en la primera de las negociaciones: “[...] Corresponde precisar que el arbitraje a través del cual deberá decidirse el nivel de negociación ante la falta de acuerdo entre trabajadores y empleador [...] es de carácter potestativo” (fundamento 8). Esto es reiterado en la parte resolutive de la misma sentencia.

- La realización –en el marco de una negociación colectiva– de actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo. En este supuesto, por la vía de la interpretación, sí existe correspondencia entre el criterio del Tribunal Constitucional y la norma reglamentaria. Cabe destacar aquí que los supuestos de mala fe en la negociación enunciados por el Tribunal Constitucional en la sentencia de 17 de agosto de 2009 fueron recogidos y ampliados en el artículo 1 de la Resolución Ministerial N° 284-2011-TR, en un listado que tampoco tiene carácter taxativo⁽²⁸⁾.

Todo esto implica que el arbitraje potestativo es una modalidad de arbitraje colectivo laboral que admite sub modalidades para fines específicos, todos ellos relacionados con el auxilio al derecho constitucional de negociación colectiva.

Teóricamente, bien podría ocurrir que en un caso se sucedan dos de estas sub modalidades de arbitraje potestativo –es decir, dos arbitrajes distintos– dada

(28) Entre los actos de mala fe tipificados con carácter ejemplificativo, se tiene a los siguientes tipos: a) la negativa de recibir el pliego que contiene el proyecto de convenio colectivo de la contraparte, salvo causa legal o convencional objetivamente demostrable. Asimismo, La negativa a recibir el pliego de reclamos a través de la Autoridad Administrativa de Trabajo; b) negarse a proporcionar la información necesaria sobre la situación económica, financiera, social y demás pertinentes de la empresa, en la medida en que la entrega de tal información no sea perjudicial para ésta; c) negarse a entregar la información acordada por las partes o precisada por la Autoridad Administrativa de Trabajo; d) no guardar reserva absoluta sobre la información recibida siempre que la misma no sea de carácter dores o a negociar en los plazos y oportunidades establecidas en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su Reglamento; f) ejercer presión para obtener el reemplazo de los integrantes de la representación de los trabajadores o del empleador; g) ejercer fuerza física en las cosas, o física o moral en las personas, durante el procedimiento de negociación colectiva; h) los actos de hostilidad ejercidos contra los representantes de los trabajadores o los trabajadores afiliados al sindicato; i) el incumplimiento injustificado de las condiciones acordadas por las partes para facilitar la negociación; j) cualquier práctica arbitraria o abusiva con el objeto de dificultar, dilatar, entorpecer o hacer imposible la negociación colectiva; k) ejecutar actos de injerencia sindical, tales como, intervenir activamente en la organización de un sindicato; ejercer presiones conducentes a que los trabajadores ingresen a un sindicato determinado; discriminar entre los diversos sindicatos existentes otorgando a unos y no a otros, injusta y arbitrariamente, facilidades o concesiones extracontractuales; o condicionar la contratación de un trabajador a la firma de una solicitud de afiliación a un sindicato o de una autorización de descuento de cuotas sindicales por planillas de remuneraciones; y, l) discriminar entre trabajadores con el fin exclusivo de incentivar o desestimular la afiliación o desafilación sindical.

la naturaleza flexible y no preclusiva de las etapas de la negociación colectiva. El primero de dichos arbitrajes podría ser invocado para establecer el nivel de la negociación; mientras que el segundo de ellos podría ser invocado por una de las partes para resolver la negociación que, llevándose a cabo bajo los parámetros de lo laudado en la primera (en cuanto al contenido o nivel aplicables), hubiera devenido en infructuosa.

3. Un mecanismo alternativo al ejercicio del derecho de huelga que se ejecute en el marco de una negociación colectiva

En el supuesto típico quien suele interponer el arbitraje potestativo es la parte trabajadora, que tiene, en el contexto de la negociación colectiva, la opción de elegir si utiliza la medida de fuerza o el mecanismo arbitral para solucionar el conflicto colectivo. Dentro del marco de promoción de formas de solución de conflictos laborales (artículo 28 de la Constitución peruana), se ofrecen mayores opciones para la solución de las negociaciones de sus pliegos de reclamos, pues gracias a esta relación de *alternatividad* las organizaciones de trabajadores “[...] cuentan con el incentivo de poder optar por el arbitraje como medio de solución, sin requerir de la aquiescencia del empleador”.⁽²⁹⁾

El que el arbitraje potestativo sea alternativo con respecto al derecho de huelga explica que se caracterice por su interposición unilateral, pues si los empleadores no estuvieran sujetos a la opción de los trabajadores de acudir al arbitraje solamente quedaría la huelga como única posibilidad, lo que –en los términos del Tribunal Constitucional– vaciaría de contenido a dicho derecho fundamental⁽³⁰⁾. La Corte Suprema de Justicia de la República ha explicado la relación alternativa en forma correcta, al explicar que “si bien el derecho de huelga está reconocido y debe ser protegido por el ordenamiento jurídico, el Estado no lo promueve; obliga más bien, a promover los mecanismos de solución de conflictos y que estos lleguen a buen término”⁽³¹⁾.

Como consecuencia de la relación alternativa entre uno y otro mecanismo se tiene que, si la representación de los trabajadores hubiera decidido utilizar la huelga en el contexto de la negociación colectiva, luego ellos solamente podrían proponer a la parte empleadora el arbitraje voluntario, pues “dicha variación sucesiva

(29) Sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 9 de mayo de 2012, fundamento 8.

(30) Vid. Resolución del Tribunal Constitucional de 10 de junio de 2010, recaída en el expediente número 03561-2009-PA/TC, fundamento 8.

(31) Sentencia emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, en el proceso de acción popular del 13 de agosto de 2015, recaída en el expediente 5132-2014-LIMA, considerando 28.

en la elección del medio supondrá inexorablemente la modificación del tipo de arbitraje laboral al cual se halle sujeto en el futuro el empleador [...]”⁽³²⁾. Lamentablemente, esa misma congruencia no se advierte en la modificación de la norma reglamentaria del arbitraje potestativo causalizado por el artículo 61-A –operada por el DS 013-2014-TR– la misma que añadió a la modalidad de arbitraje potestativo por desacuerdo en el nivel o contenido de la primera negociación el que se deban contar tres meses forzosos de tratativas. Analizada esta adición normativa desde sus efectos, se advierte que en los hechos limitaría también el ejercicio del derecho de huelga por un trimestre, pues su ejercicio viciaría la posibilidad de que el sindicato actuante pudiese optar por el arbitraje potestativo. Consideramos que ese plazo adicional no protege un bien jurídico o derecho tutelable que, al menos en la generalidad de casos, sustente una limitación temporal como la expuesta.

Por otro lado, bajo la óptica del Tribunal Constitucional, la relación de *alternatividad* entre ambos medios evita que el empleador se vea sometido a lo que se consideraría “una imposición extremadamente gravosa, y por ende, irracional y desproporcionada, consistente en mantener dos medidas, una pacífica y una de fuerza, para lograr un mismo objetivo en la vía de la negociación colectiva, lo que sería inconstitucional”⁽³³⁾. Deben distinguirse tres supuestos aquí:

- i) La coexistencia de una medida de fuerza y la interposición del arbitraje potestativo;
- ii) La interposición de un arbitraje potestativo tras la adopción de una medida de fuerza, en el marco de una negociación colectiva; y
- iii) La interposición de un arbitraje potestativo tras la adopción de una medida de fuerza fuera del marco de una negociación colectiva.

A nuestro entender, solamente el primer y segundo supuestos estarían vedados y requieren de la voluntad del empleador de acudir a un procedimiento arbitral. El tercer supuesto no necesariamente estaría sujeto a la regla del artículo 63 de la LRCT, pues bien podría ocurrir que por una huelga se hubiera logrado resolver alguna cuestión incidental o inclusive previa a la negociación, y recién ante la mala fe dentro del proceso de negociación colectiva se interponga un arbitraje potestativo para la solución definitiva del conflicto.

De otro lado, el que huelga y arbitraje potestativo sean *medios* alternativos

(32) Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 16 de julio de 2013, recaída en el expediente número 02566-2012-PA/TC, fundamento 18.

(33) *Ibid.*

entre sí determina necesariamente que la interposición del arbitraje potestativo por el empleador, cuando la organización de trabajadores ejecuta una medida de fuerza, sea improcedente. Esto es así debido a que “[...] acudir a un arbitraje durante una huelga constituye una decisión que únicamente corresponde a los trabajadores que la vengán ejecutando”⁽³⁴⁾. En última instancia, cuando no sea tan clara la relación entre una huelga y la interposición de arbitraje potestativo por la parte empleadora, el tribunal arbitral que pudiera conformarse tendrá la obligación de controlar que, en un caso concreto, el arbitraje potestativo no sea utilizado para enervar el ejercicio legítimo del derecho de huelga.

Como es sabido, el artículo 73 de la LRCT impone un control administrativo de carácter formal *ex ante* para la procedencia de las huelgas. Si la pretendida medida de fuerza no fuera convalidada por la autoridad administrativa de trabajo, surge la interrogante acerca de si podría existir un conflicto entre el pretendido ejercicio del derecho constitucional de huelga y la simultánea activación de la jurisdicción arbitral, por la parte empleadora. En un caso de ese tipo, la Autoridad Administrativa de Trabajo resolvió que con la interposición del arbitraje por la parte empleadora “[...] no se lesiona el derecho de huelga, pues las sucesivas declaratorias de huelga efectuadas por el sindicato han sido calificadas como “improcedente” e “ilegal” [...]”⁽³⁵⁾.

4. Un mecanismo bilateral de interposición unilateral

Como primera consecuencia de que el arbitraje potestativo tenga fuente heterónoma, cabe señalar su *unilateralidad en cuanto a su interposición*: puede hacerlo la representación de los trabajadores o la parte empleadora. Sin embargo, cabe diferenciar los supuestos de arbitraje potestativo interpuestos al amparo del artículo 61 de la LRCT (al fracaso de la negociación directa o la conciliación) de los interpuestos al amparo de las causales del artículo 61-A del Decreto Supremo N° 011-92-TR. En los primeros, basta la voluntad de una de las partes para que la contraria se vea vinculada a acudir al arbitraje.⁽³⁶⁾ En el segundo caso, la pro-

(34) Auto Directoral General de fecha 11 de noviembre de 2011, número 014-2011-MTPE/2/14, considerando 8.

(35) Auto Directoral General de fecha 31 de octubre de 2012, número 31-2012-MTPE/2/14.

(36) Este es el aspecto más resaltado por la doctrina nacional, al momento de definir al arbitraje potestativo. “El entender del arbitraje laboral como una solución potestativa de las partes o incluso ejercida conjuntamente por ambas, resuelve, a nuestro juicio, de mejor manera el sentido constitucional de fomentar soluciones pacíficas al conflicto colectivo”. DE LOS HEROS, Alfonso. “El arbitraje en la relación laboral privada y en la relación colectiva de trabajo”. En Arbitraje. Ponencias del segundo Congreso Internacional de Arbitraje. Lima: Palestra Editores S.A.C., 2009, p. 132. En sentido similar, consúltese en: BLANCAS, Carlos. «La naturaleza del arbitraje en la negociación colectiva». En Soluciones Laborales. Número 46. Octubre, 2011. Lima. pp. 14-15. También: BOZA, Guillermo. Lecciones de Derecho del Trabajo. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011. p. 83.

cedencia del arbitraje deberá ser evaluada por el tribunal arbitral que se conforme, el mismo que determinará su propia competencia en el procedimiento arbitral.

La unilateralidad de la interposición del arbitraje potestativo es la característica más resistida por sus críticos, que suelen argumentar que el Decreto Supremo N° 014-2011-TR habría “introducido” esta figura en el ordenamiento. Sin embargo, la lectura atenta de los artículos 61 y 63 de la LRCT solamente lleva a la conclusión de que la legislación peruana ha contemplado –nada menos que desde 1992– la figura del arbitraje potestativo. A ese marco normativo cabe añadir las normas contenidas en su Reglamento, Decreto Supremo N° 011-92-TR, y fundamentalmente el artículo 61-A, que fue incorporado por el mencionado Decreto Supremo N° 014-2011-TR⁽³⁷⁾.

El Tribunal Constitucional ha interpretado que “[...] el arbitraje al que hace alusión el artículo 61 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, y que es el llamado a determinar el nivel de negociación ante la falta de acuerdo, es potestativo, y no voluntario. Es decir, ante la falta de acuerdo, y manifestada la voluntad de una de las partes de acudir al arbitraje, la otra tiene la obligación de aceptar esta fórmula de solución del conflicto”.⁽³⁸⁾ En otras palabras, así como el legítimo ejercicio del derecho de huelga prescinde de la voluntad del empleador, tampoco se requiere que acepte acudir al arbitraje potestativo interpuesto por la parte trabajadora, pues “[...] el empleador no necesita aceptar voluntariamente el arbitraje sino que está obligado a someterse al mismo; en armonía con lo dispuesto por el artículo 28 inciso 2 de la Constitución”.⁽³⁹⁾ Todo lo señá-

(37) Debe destacarse que, contrariamente a un error muy difundido en el mundo empresarial, el Decreto Supremo N° 014-2011-TR “no crea ningún marco normativo nuevo, sino que ha tenido por objeto desarrollar y precisar obligaciones existentes en la Ley”. Sentencia de la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha 1 de julio de 2013, recaída en el expediente número 00062-2012, fundamento 18.

En ese sentido, BOZA, Guillermo y Miguel CANESSA refieren que, desde la vigencia de la LRCT, inicialmente el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo entendió que el arbitraje allí regulado era el potestativo, criterio que desde 1995 fue dejado de lado a favor del arbitraje voluntario. “Relaciones colectivas de trabajo: entre la flexibilidad y el intervencionismo estatal”. En Estudios sobre la flexibilidad en el Perú. Lima: OIT, 2000, p. 222.

La importancia que tiene el Decreto Supremo N° 014-2011-TR, junto con los pronunciamientos del TC sobre arbitraje potestativo, radica en que permitió superar un momento en el que “[...] la posibilidad del arbitraje había quedado vedada; reviviendo a partir de los instrumentos jurisprudenciales y reglamentarios mencionados para los supuestos en que no exista acuerdo sobre el nivel o contenido negocial y para cuando se corroboren actos de mala fe en el proceso de negociación colectiva”. MELÉNDEZ, Willman. Los procedimientos arbitrales en el marco de la intervención administrativa en las relaciones colectivas de trabajo. Lima: documento inédito, 2012.

(38) Resolución del Tribunal Constitucional de 10 de junio de 2010, recaída en el expediente número 03561-2009-PA/TC, fundamento 8. Este mismo criterio fue reiterado en el fundamento 10 de la Sentencia del 21 de mayo de 2014, recaída en el expediente número 3242-2012-PA/TC.

(39) Sentencia de la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha 1 de julio de 2013, recaída en el expediente número 00062-2012, fundamento 15.

lado apunala el carácter bilateral del mecanismo del arbitraje potestativo, por más que su acto de inicio sea unilateral.

5. Un mecanismo con reglamentación supletoria

Una segunda consecuencia de que la fuente del arbitraje potestativo sea heterónoma es el hecho de que la legislación laboral y arbitral ofrezca a las partes una *reglamentación supletoria heterónoma* (que bien puede sustituir al convenio arbitral que en el arbitraje voluntario constituye al procedimiento y lo reglamenta). En caso de que las partes del arbitraje potestativo no acuerden algo distinto, resultará aplicable el procedimiento reglado en la LRCT y su Reglamento, normas donde se regulan aspectos fundamentales como la forma en que se compondrá el órgano arbitral –que estará compuesto por tres árbitros–⁽⁴⁰⁾ hasta aspectos accesorios como la forma en que se pagarían los honorarios de los árbitros si tampoco se lograra un acuerdo en dicho extremo. En caso de cualquier vacío, resulta aplicable como norma supletoria el Decreto Legislativo N° 1071, “Decreto Legislativo que norma el arbitraje”, donde se contemplan aspectos importantes como el procedimiento de recusación de árbitros, por ejemplo.

Un aspecto importante para el inicio del procedimiento, teniendo en cuenta que el arbitraje potestativo es de interposición unilateral, radica en que esta modalidad arbitral prescinde de la exigencia de que en su origen provenga de un acuerdo privado denominado “convenio arbitral” o “compromiso arbitral” (según la terminología empleada por el Decreto Legislativo N° 1071, y por el Reglamento de la LRCT)⁽⁴¹⁾, pudiendo incluso prescindirse de dicho acuerdo en todo el procedimiento arbitral. Por eso, la reglamentación supletoria cobra mucha importancia para la efectividad del arbitraje potestativo, pues por la propia naturaleza de este mecanismo, no será infrecuente que entre las partes exista un alto nivel de conflictividad.

Si no existiera una reglamentación supletoriamente aplicable, de nada serviría que una de las partes tenga la prerrogativa de atraer a su contraparte a la instancia arbitral, pues el procedimiento se entraparía en una anomia que convertiría

(40) A diferencia de los arbitrajes voluntarios, donde es posible que el compromiso arbitral establezca a un árbitro unipersonal, en los arbitrajes potestativos se exige que haya un tribunal conformado por tres árbitros.

(41) Ya que hemos definido al arbitraje potestativo a raíz de la unilateralidad en su interposición, si aconteciera que el convenio arbitral fuera suscrito con posterioridad a su interposición por una de las partes, tal hecho no permitiría entender que se habría cambiado a una modalidad de arbitraje voluntario. En ese sentido, se ha sostenido que “[...] la suscripción del compromiso arbitral se ajusta tanto al arbitraje voluntario como potestativo, con la diferencia que en este caso, proviene de una fuente autónoma, a diferencia del arbitraje por el Decreto Supremo [014-2011-TR] que proviene de fuente heterónoma”. Sentencia de la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha 1 de julio de 2013, recaída en el expediente número 00062-2012, fundamento 17.

al arbitraje potestativo en inútil. De hecho, la doctrina ha dado cuenta ya de que a mediados de los años noventa del siglo pasado, el arbitraje potestativo perdió eficacia en el Perú (requisito indispensable para la validez de cualquier mecanismo procesal) debido a que “[...] un importante número de solicitudes de arbitraje presentados por los trabajadores no [lograban] arribar a la suscripción del compromiso arbitral [...]”.⁽⁴²⁾

6. Un mecanismo con autonomía jurisdiccional, en los términos de la Constitución peruana

Otra característica que puede atribuirse al arbitraje potestativo es la *jurisdiccionalidad* de la resolución de su procedencia, cuando se trata de una interposición diferente de la reglada en el artículo 61 de la LRCT, vale decir, cuando se alegan las causales establecidas en el artículo 61 del Decreto Supremo N° 011-92-TR.

Desde su raíz etimológica, la jurisdicción es entendida como “declarar el derecho” (lo que no correspondería con la solución de conflictos de orden económico, donde se crea “crea el derecho”). Por ello, al identificarse al arbitraje colectivo laboral como un tipo de arbitraje de equidad (tal y como hemos señalado al inicio) podría parecer polémico atribuirle precisamente la *jurisdiccionalidad* al menos a una de sus etapas. Y es que, como forma de arbitraje de equidad, se concibe al arbitraje colectivo laboral no como un sucedáneo de la jurisdicción, sino de la negociación entre las propias partes⁽⁴³⁾.

A pesar de la validez de esta observación, hay que notar que en el Perú al arbitraje potestativo se le aplican ciertos principios y derechos de la función jurisdiccional –artículo 139 de la Constitución– atribuyéndosele al procedimiento arbitral la independencia y la observancia del debido proceso (tercer inciso) y la motivación de sus resoluciones (quinto inciso). Esto diferencia al sistema de solución extrajudicial de conflictos laborales peruano de otros ordenamientos, que se sujetan a sus marcos constitucionales. Por ejemplo, en el caso el español, el árbitro “no despliega en su función un mandato jurisdiccional sino que el laudo dictado por él produce un efecto de equivalencia jurisdiccional”⁽⁴⁴⁾. Otro tanto ocurre en Italia, donde se reserva el “carácter jurisdiccional” al llamado *arbitrato rituale* –donde las partes deciden que el laudo tenga el valor de una sentencia judicial– en desmedro del *arbitrato irrituale*, que, también siendo voluntario, se

(42) BOZA, Guillermo y Miguel CANESSA. Op. cit.

(43) Vid. PASCO, Mario. “El arbitraje en materia laboral y el amparo constitucional”. En Revista Peruana de Derecho Constitucional, número 4, 2011, p. 134, Lima.

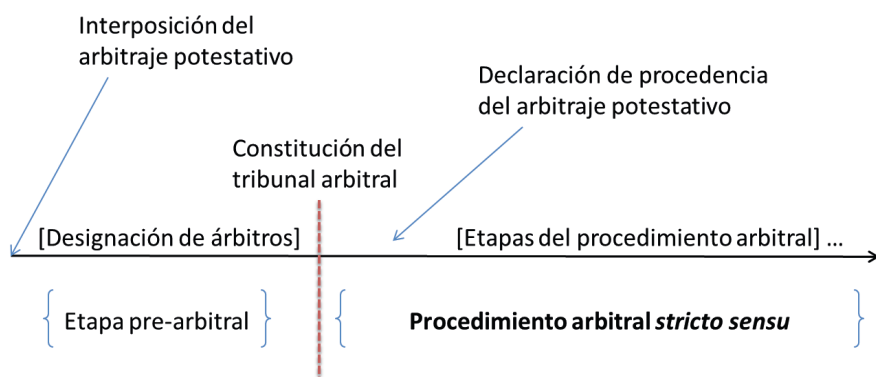
(44) MERCADER, Jesús. “Relaciones laborales y solución extrajudicial de controversias”. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, N° 11, pp. 92-93.

asemeja más a un contrato de mandato por el cual los árbitros otorgan una solución a las partes con el mismo valor contractual que un acuerdo entre ellas hubiera tenido⁽⁴⁵⁾. Como vemos, desde la política legislativa, existe multiplicidad de opciones por las cuales el arbitraje laboral podría articularse dentro del sistema de justicia.

Creemos que la legislación peruana de Derecho Colectivo del Trabajo no contempla una forma pura de arbitraje de equidad. Esto es evidente en el caso de los arbitrajes potestativos donde la competencia arbitral puede presentarse como una cuestión jurídicamente controvertida. Recuérdese que, según la definición que postulamos, el arbitraje potestativo previsto en el artículo 61-A del Decreto Supremo N° 011-92-TR no es, en rigor, un arbitraje unilateral en cuanto al procedimiento (no se llega al arbitraje por la sola voluntad de una de las partes) sino que lo es en cuanto a la interposición del mismo, pues un tribunal arbitral resolverá, en definitiva, la procedencia del arbitraje propuesto por una de las partes, tal y como se puede apreciar a continuación:

Gráfico único

Etapa prearbitral y procedimiento arbitral en arbitraje potestativo interpuesto al amparo del artículo 61-A del Decreto Supremo N° 011-92-TR



Elaboración: Luis Mendoza Legoas, 2013

Entonces, la resolución inicial del arbitraje potestativo –que declara su procedencia o improcedencia, con arreglo a la causal alegada del 61-A del Decreto Supremo N° 011-92-TR– tiene naturaleza jurisdiccional y se le reconocen las atribuciones de la jurisdicción.

(45) GONZALEZ, Francisco. “La naturaleza jurídica del arbitraje: un ejercicio de balanceo químico”. Lima Arbitration, N° 2, pp. 211-212.

El órgano colegiado resuelve su competencia para conocer un caso concreto, basándose en normas jurídicas que son interpretadas con ocasión de un conflicto de carácter económico. Por ejemplo, el tribunal arbitral de un arbitraje potestativo por causal de mala fe en la negociación se hará las siguientes preguntas: ¿existió disposición de la parte llevada al arbitraje para entablar trato directo? ¿Se entregó información económica y financiera oportunamente? La respuesta que esas interrogantes reportarán un razonamiento muy distinto del propio del arbitraje de equidad. El tribunal arbitral determinará si hubo o no vulneración al derecho de negociación colectiva en términos de buena fe, lo que permitirá que dicho órgano colegiado atribuya como consecuencia jurídica la procedencia o la improcedencia del arbitraje potestativo interpuesto de acuerdo con el artículo 61-A del Decreto Supremo N° 011-92-TR.

Tal y como se desprende del primer inciso del artículo 139 de la Constitución, la jurisdicción arbitral se define por su independencia y su enfoque publicista. Entonces, la resolución arbitral que se pronuncia sobre la procedencia del arbitraje potestativo conforma al *orden público constitucional* –como ha referido la jurisprudencia constitucional– de tal forma que sus fines son tanto subjetivos (busca proteger intereses de las partes) como objetivos (aseguran la supremacía normativa de la Constitución y, por lo tanto, de los derechos fundamentales)⁽⁴⁶⁾.

De otro lado, más allá de los supuestos de evaluación de la competencia por el propio tribunal arbitral, creemos que nuestro planteamiento sobre la jurisdiccionalidad puede llegar aún más allá en el marco de los arbitrajes colectivos laborales.

El atributo de la jurisdiccionalidad tiene importantes consecuencias en el orden de las decisiones que puede adoptar el árbitro o tribunal arbitral. En primer lugar, los árbitros pueden ejercer el control difuso de constitucionalidad sobre las normas que son aplicables al caso, “[...] siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes”⁽⁴⁷⁾. Otra de las consecuencias del carácter jurisdiccional del arbitraje colectivo laboral –que, dadas las características de *unilateralidad* y *alternatividad con respecto a la huelga*, resulta muy importante dentro del procedimiento del arbitraje potestativo– radica en que el análisis preliminar sobre su procedencia será evaluada y

(46) Este enfoque de las teorías subjetiva y objetiva de la función jurisdiccional como fundamento del principio de *kompetenz-kompetenz* es desarrollado por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de fecha 28 de febrero de 2006, recaída en el expediente número 6167-2015-HC/TC, fundamentos 11 a 14, inclusive.

(47) Fundamento 26 de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 21 de setiembre de 2011, recaída en el expediente número 00142-2011-PA/TC.

resuelta por el tribunal arbitral que en cada caso se constituya, en forma definitiva, y sin interferencia de cualquier otra autoridad, sea jurisdiccional, o administrativa.

El Tribunal Constitucional ha dejado claro que la jurisdicción del arbitraje otorga a los tribunales arbitrales “plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral [...] con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria. El control judicial, conforme a ley, debe ser ejercido *ex post*, es decir, *a posteriori*”.⁽⁴⁸⁾ En sentido concurrente, en sede judicial se ha sostenido que “[...] la imposición del arbitraje como vía de solución de conflictos, no debe nacer [...] de la voluntad del juzgador, sino de la voluntad de la ley (arbitraje potestativo), la cual es la única capaz de imponer el arbitraje como vía de solución a los sujetos. Además, una imposición de esa naturaleza vulneraría el principio *kompetenz-kompetenz*, según el cual la determinación de la competencia de los árbitros para resolver un conflicto corresponde inicialmente a ellos”.⁽⁴⁹⁾

Como se ve, el intervencionismo jurisdiccional sobre las materias del arbitraje colectivo laboral en el Perú encuentra límites que están contruidos nada menos que desde la propia Constitución. Así, la impugnación judicial de cuanto quiera cuestionarse en el procedimiento arbitral únicamente puede hacerse con respecto a su producto final: el laudo arbitral. Así, se descarta la posibilidad de que se pueda cuestionar en vía judicial o administrativa la resolución que declara la procedencia o improcedencia de un arbitraje potestativo. En forma referencial, cabe indicar que en la vía ordinaria, de acuerdo con el artículo 66 de la LRCT, lo decidido en el laudo arbitral es inapelable y su impugnación solamente es procedente por nulidad, ante la Sala Laboral de la Corte Superior.

Con respecto a la jurisdicción constitucional, el Tribunal Constitucional estableció, en el fundamento 21 de su Sentencia de fecha 21 de setiembre de 2011 (citada extensamente en este trabajo) que son supuestos de procedencia del amparo arbitral: la vulneración directa de precedentes establecidos por el propio Tribunal

(48) Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 28 de febrero de 2006, recaída en el expediente número 6167-2005-PHC/TC, fundamento 14.

De otro lado, en sede administrativa, una empresa pretendió que la Autoridad Administrativa de Trabajo suspenda la designación de un árbitro (en el marco de un arbitraje potestativo interpuesto bajo la causal de mala fe en la negociación colectiva) “[...] por haber recurrido ella al Poder Judicial con el objeto de que se declare ineficaz la interposición del arbitraje potestativo efectuada por el sindicato [...]. [Sin embargo] la mala fe negocial de la contraparte, como elemento que otorga legitimidad para interponer el arbitraje, debe ser analizada por el tribunal arbitral a su instalación. No así por el Poder Judicial [...]”. Auto Directoral General de fecha 11 de junio de 2012, número2012-MTPE/2/14, considerandos 17 a 19.

(49) Sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 9 de mayo de 2012, fundamentos 11 y 12.

o el ejercicio de control difuso sobre una norma cuyo arreglo con la Constitución haya sido declarado a través de un proceso constitucional. En ambos casos, se impone como carga al agraviado el haber presentado un reclamo expreso frente al tribunal arbitral, el mismo tendría que ser desestimado para la procedencia del amparo arbitral. De acuerdo con el citado pronunciamiento del Tribunal Constitucional, un supuesto adicional de procedencia es el de los casos en donde su interposición la haga un tercero que no forme parte de la relación jurídica procesal del arbitraje.

De otro lado, en la vía administrativa se ha afirmado que:

“[...] no corresponde a la Autoridad Administrativa del Trabajo determinar la procedencia o improcedencia del arbitraje potestativo, pues de hacerlo estaría contradiciendo el principio de *kompetenz-kompetenz*, según el cual los árbitros son los llamados a determinar su competencia y autoridad hacia el procedimiento arbitral [...] Más aún, un acto de tal naturaleza, por parte de la Autoridad Administrativa del Trabajo, implicaría la posibilidad de acceder a la justicia por parte de los privados, lo que sería un acto inconstitucional, en tanto se estaría afectando directamente el derecho a la tutela jurisdiccional, la cual es desarrollada de modo alternativo por el arbitraje”.⁽⁵⁰⁾

Aún más, debe destacarse que la Autoridad Administrativa de Trabajo ha entendido que la etapa prearbitral (en donde ella puede tener alguna participación mediante la designación de algún árbitro) es diferente de los procedimientos administrativos. Así, se ha afirmado que “[...] la interposición del arbitraje potestativo no se adscribe a un procedimiento administrativo, sino que inicia un mecanismo privado de solución de controversias en donde la administración pública del trabajo no tiene más que un rol subsidiario [...]”.⁽⁵¹⁾

Por último, debe señalarse que en un caso en el que el TC ha resuelto que no procede la interposición de un amparo contra resoluciones arbitrales que decretan la procedencia del arbitraje potestativo, al tener dicho producto jurisdiccional una naturaleza distinta a la del laudo. Por tal motivo, las resoluciones que desestiman el inicio de un arbitraje potestativo solo pueden ser cuestionadas al interior del propio proceso arbitral y ante el Tribunal Arbitral conformado a dicho efecto.⁽⁵²⁾

(50) Resolución Directoral General de fecha 18 de enero de 2012, número 001-2012-MTPE/2/14, considerando 17.

(51) Auto Directoral General de fecha 10 de octubre de 2012, número -2012-MTPE/2/14, considerando 21.

(52) Vid. Sentencia de fecha 20 de noviembre de 2013, recaída en el expediente 06001-2013-PA/TC, funda-

7. Un mecanismo en el que la autoridad administrativa de trabajo cumple un papel supletorio importante

Finalmente, el arbitraje potestativo presenta como característica una importante *intervención de la autoridad administrativa de trabajo en la conformación de los tribunales arbitrales*. Esta característica se deriva de algo que adelantamos al inicio de este trabajo: en el Perú, el arbitraje colectivo laboral –y señaladamente el arbitraje potestativo procedimentalizado a través de la incorporación del artículo 61-A del Decreto Supremo N° 011-92-TR– es un tipo de arbitraje *ad hoc* que incorpora elementos típicos de la modalidad de arbitraje institucional.

Las reglas supletorias de procedimiento, a las que se ha hecho referencia antes, establecen el principio de libertad de reglamentación del arbitraje. Pero como en los arbitrajes potestativos es natural que no exista reglamentación privada del procedimiento, e incluso es posible que ni siquiera exista un compromiso arbitral –ya que una de las partes no accede voluntariamente al procedimiento arbitral– la ley interviene decisivamente en este aspecto. En lo que nos interesa destacar aquí, esta intervención permite asegurar el inicio del arbitraje, mediante la conformación del órgano jurisdiccional arbitral. La designación a cargo de la autoridad administrativa de trabajo, en defecto de aquella que debe realizar una de las partes del arbitraje, “suple la voluntad de la parte omisa en su designación, asumiendo la misma naturaleza y los mismos efectos jurídicos”.⁽⁵³⁾ Si esto no fuera así o si existiera un retraso exagerado de parte de la autoridad administrativa, se perjudicaría el acceso a la justicia de la parte interesada en impulsar el arbitraje, tal y como han expresado el Comité de Libertad Sindical y el Consejo de Administración de OIT⁽⁵⁴⁾.

Originalmente, las normas que regulaban la intervención administrativa en la designación de árbitros eran los artículos 64 de la LRCT y 46 a 52 de su Reglamento. Algunas de estas normas han sido modificadas o derogadas tácitamente por el Decreto Supremo N° 014-2011-TR y otras normas posteriores.

Las disposiciones de intervención administrativa modificadas se refieren a la competencia para designar a presidentes de tribunales arbitrales en conflictos donde el empleador sea una o varias empresas privadas. El artículo 51 de la LRCT originalmente establecía la competencia en función de un criterio territorial

mento número 4.

(53) Resolución Directoral General de fecha 18 de enero de 2012, número 001-2012-MTPE/2/14, considerando 16.

(54) Nos referimos al Informe núm. 370, de octubre de 2013 (caso núm. 2833 - Perú). En dicho documento el Comité de Libertad Sindical hizo constar su pesar por el retraso de un procedimiento arbitral en el que la solicitud de designación de un presidente de tribunal arbitral habría tardado (hasta la fecha de emisión de este llamado de atención) casi cinco meses.

determinado por el lugar con el mayor número de trabajadores. Así, en el sector privado era competente para designar a árbitros:

- La Autoridad de Trabajo del domicilio de la empresa.
- Cuando existían varios centros de trabajo, la competencia correspondía a la Autoridad de Trabajo del lugar donde se encuentre el mayor número de trabajadores comprendidos en el ámbito de negociación colectiva.
- En la negociación colectiva por rama de actividad o gremio, si no hay acuerdo para designar al tercer árbitro, tal competencia correspondía a la Autoridad de Trabajo del lugar donde estén la mayoría de empresas y trabajadores de la actividad o gremio respectivo.

Actualmente, el artículo 2 del Decreto Supremo N° 014-2011-TR ha establecido que “[...] cuando las normas sobre relaciones colectivas dispongan que la Autoridad Administrativa de Trabajo deba designar un árbitro, o lo solicite una o ambas partes, esta competencia se entiende atribuida a la Dirección General de Trabajo”. Esta, que es una norma que se aplica a todo tipo de arbitraje colectivo laboral, contempla el procedimiento de designación de árbitros en suplencia para arbitrajes potestativos interpuestos al amparo del artículo 61 de la LRCT y para aquellos que se interponen al amparo del artículo 61-A del Decreto Supremo N° 011-92-TR⁽⁵⁵⁾.

El segundo grupo de disposiciones, que fueron derogadas, sustrayeron la competencia que tenía el Poder Ejecutivo para designar a presidentes de tribunales arbitrales en casos que involucren a empresas estatales o entidades públicas sujetas al régimen laboral privado, creándose un consejo especial para esos efectos.

A partir de que el artículo 64 de la LRCT efectuó una remisión al Reglamento, en materia de designación de presidentes de tribunales arbitrales del sector público, el literal “a” del artículo 52 del Decreto Supremo N° 011-92-TR establecía que, en arbitrajes colectivos laborales donde el empleador fuera una empresa estatal o entidad pública sujeta al régimen laboral de la actividad privada, «[...] si no hay acuerdo sobre el tercer árbitro, la designación la realizará el Ministerio de la Presidencia mediante resolución ministerial”. Sin embargo, esta norma fue derogada por la quincuagésima cuarta disposición complementaria final de la Ley

(55) Como puede apreciarse, el artículo 51 mantiene su vigencia, aunque modificado, pues ya no resultan aplicables los criterios de territorio y número de trabajadores, que han sido sustituidos por el criterio de atribución de competencia a la autoridad central.

Nº 29812 (“Ley de Presupuesto del Sector Público para el año 2012”), que estableció que “[...] corresponderá a un consejo especial nombrar al presidente del tribunal arbitral en caso de no ponerse de acuerdo las partes en su designación. [...]»». No es este el espacio para ahondar en las críticas a la posición del legislador con respecto a la negociación colectiva en el sector público (las mismas que han sido declaradas inconstitucionales mediante sentencias del Tribunal Constitucional de setiembre de 2015 y abril de 2016, aguardándose aún una nueva regulación sobre la materia). Sin embargo, resaltamos que la referida modificación normativa fue operada por una ley de presupuesto de temporalidad acortada.

Al analizar la intervención de la Autoridad Administrativa de Trabajo en la designación de árbitros debemos recordar los puntos diferenciales entre los arbitrajes *ad hoc* y los arbitrajes institucionales. En los primeros, son las propias partes designan a los árbitros, con márgenes de libertad relativamente amplios; en cambio, en los arbitrajes institucionales, las instituciones arbitrales suelen contemplar listados flexibles o cerrados de árbitros, con el objeto de facilitar su designación por las partes. Aquí se percibe con claridad porque hemos calificado al arbitraje colectivo laboral peruano como una forma de arbitraje *ad hoc* con ciertas notas de arbitraje institucional.

Veamos. Hasta setiembre de 2011 la elección de árbitros dentro de arbitrajes colectivos laborales se efectuaba en forma acorde con el modelo flexible; sin embargo, con la dación del Decreto Supremo Nº 014-2011-TR, se creó (en su artículo 2) el Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas, que está a cargo de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. A pesar de que en la norma dicho registro tenía carácter vinculante y no distinguía entre árbitros que pudieran conocer casos del sector privado y del sector público, en la práctica, la autoridad administrativa de trabajo ha optado por mantener dos registros: uno para el sector público y otro para el sector privado. El primero de los registros mencionados es vinculante para las partes que efectúan la designación de árbitros y para la autoridad administrativa que tuviera que designar en suplencia; mientras que el registro de árbitros del sector privado –al menos provisionalmente– únicamente vincula a la autoridad administrativa que efectúa una designación de árbitro.

Como se ve, el listado es un primer elemento que matiza la identificación del arbitraje colectivo laboral como un arbitraje *ad hoc*. A ello debe agregarse que una vez iniciado el arbitraje es evidente que quien se encarga de organizar y administrar el procedimiento arbitral no es una entidad jurídicamente distinta de los propios árbitros. Son ellos mismos los que administran el procedimiento arbitral, por lo que de ello puede colegirse que la intervención de la autoridad administrativa

únicamente se da en la etapa *prearbitral*, como una suerte de institución arbitral cuyas funciones están acotadas estrictamente a la designación del tercer árbitro o del segundo árbitro faltante, siempre en suplencia del llamado a efectuar dicho nombramiento, cuando ello no se hubiere producido.

Si observamos la conformación del tribunal arbitral (etapa pre arbitral) en forma secuencial, la parte que asume la posición activa (quien interpone el arbitraje potestativo) tiene el deber de designar, en la comunicación de interposición, a un árbitro para la conformación del tribunal arbitral. Aunque esto no esté previsto explícitamente ni en el articulado correspondiente de la LRCT ni de su Reglamento –incluyendo el artículo 61-A del Decreto Supremo N° 011-92-TR, incorporado por el Decreto Supremo N° 014-2011-TR– la interposición del arbitraje potestativo solamente puede entenderse válida cuando quien propone el arbitraje comunique a su contraparte que, al interponer dicho procedimiento, también está designando a un árbitro, que a la postre será el primer árbitro del tribunal arbitral en ser designado.

En esa línea interpretativa, la Autoridad Administrativa de Trabajo ha resuelto que “[...] La interposición del arbitraje potestativo se realiza mediante una comunicación privada por parte de la parte que se acoge a la opción que establece el D.S. N° 014-2011-TR hacia su contraparte, en la cual debe designar a uno de los árbitros”⁽⁵⁶⁾. Por tanto, “[...] No es competencia de la Dirección General del Trabajo establecer el arbitraje potestativo, ni mucho menos, resolver el pliego de reclamos [...]”⁽⁵⁷⁾.

Debe resaltarse que, en la designación del segundo árbitro, no importa si el empleador es una empresa privada o una entidad estatal sujeta al régimen laboral de la actividad privada, pues en ambos casos la competencia le corresponde, como hemos visto, a la Dirección General de Trabajo. Este órgano del Ministerio de Trabajo ha generado su propia normativa, de naturaleza supletoria, que es aplicada a la etapa prearbitral de designación de árbitros, entre la que cabe citar:

- A la Directiva General “Lineamientos para la intervención administrativa en conflictos laborales colectivos: los llamados extraproceso, la preferencia por el arbitraje potestativo y la intervención resolutoria como facultad excepcional”, aprobada por la Resolución Ministerial 076-2012-TR⁽⁵⁸⁾.

(56) Auto Directoral General de fecha 10 de octubre de 2012, número -2012-MTPE/2/14, considerando 20.

(57) Resolución Directoral General de fecha 17 de noviembre de 2011, considerando 10.

(58) Este instrumento incluso ha sido citado por el Tribunal Constitucional como evidencia de que la Autoridad

- A la Directiva General “Lineamientos para la aplicación del principio de publicidad en la designación de árbitros y presidentes de tribunales arbitrales a cargo de la Autoridad Central de Trabajo y del Registro de Laudos Arbitrales correspondientes al sector privado” aprobada por la Resolución Ministerial 004-2012-TR/DVMT.

En cambio, la naturaleza privada o pública de la parte empleadora sí origina atribuciones de competencia distintas cuando se trata de la designación del tercer árbitro y los llamados a designarlo no logran hacerlo. La legislación laboral, en este punto, realiza una distinción polémica, en función de quién sea la entidad empleadora: si el empleador es una empresa privada, la competencia para designar al presidente del tribunal arbitral –ante el desacuerdo entre *los árbitros* designados por ambas partes– le corresponde a la Dirección General de Trabajo; mientras que si el empleador es una entidad pública (con trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada) o si se tratase de una empresa estatal, la competencia para designar al presidente del tribunal arbitral –en caso haya desacuerdo entre *las partes* del arbitraje– le corresponderá a un órgano distinto.

Hasta 2011, la LRCT establecía que el encargo de designar a un presidente de tribunal arbitral en supuestos donde el Estado era la parte empleadora recaía en una “institución independiente elegida por las partes”. Si las partes no acordaban qué institución, ésta era elegida por la Autoridad de Trabajo.

Posteriormente, se creó el *Consejo Especial* (creado por la Quincuagésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29812, Ley de Presupuesto del Sector Público para el año Fiscal 2012 y constituido por el Decreto Supremo N° 009-2012-TR) del cual ya hemos dicho que fue en esencia un órgano multisectorial, aunque con una participación minoritaria de representantes sindicales y de la sociedad civil.

Mientras que el *Consejo Especial* permanece desactivado y la *Comisión de Apoyo al Servicio Civil* (que recibirá el encargo de designar a los presidentes de tribunales arbitrales) aún no ha sido implementada, tal competencia se mantiene, con una precaria provisionalidad, en manos de la Dirección General de Trabajo del Sector Trabajo. Visto este desorden normativo, creemos que en este punto la apuesta por una institucionalización del arbitraje colectivo laboral –en general– y del potestativo –en específico– podría auxiliar a que se tengan reglas claras para los sujetos colectivos, lo que sin duda ayudaría a una mejor predisposición a la solución de los conflictos existentes.

Administrativa no afecta los derechos de negociación colectiva de ninguna de las partes al intervenir en la designación de árbitros. Vid. Fundamento 11 de la Sentencia 3361-2013-PA/TC, del 26 de abril de 2016.

Debe advertirse que, al designar a árbitros en suplencia, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo actúa en forma similar a la acción que llevaría a cabo una institución arbitral, aunque ciertamente con funciones limitadas a la etapa pre-arbitral (la designación), que fundamenta al resto del procedimiento arbitral. Por ello, la Autoridad Administrativa de Trabajo ha entendido que tal designación de árbitros es inimpugnabile, lo que ha sido plasmado normativamente⁽⁵⁹⁾.

Así, ante la pretendida impugnación de una designación de árbitro efectuada por la Dirección General de Trabajo, se reafirmó la vigencia del principio *kompetenz kompetenz* al resolverse que “[...] la referida designación se inserta dentro de la jurisdicción arbitral iniciada en el presente caso [...] admitir recursos impugnatorios contra aquella nos llevaría al absurdo de paralizar el acceso a la justicia [...]. El referido Auto Directoral General, en consecuencia, es inimpugnabile, pues está circunscrito a la jurisdicción arbitral, la cual es una e independiente”⁽⁶⁰⁾.

Otro aspecto saltante sobre la función suplente en la designación de árbitros, tiene que ver con el hecho de que la Autoridad Administrativa tiene que considerar al mencionado Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas. Entendemos que un registro como ese –que, por ejemplo, en el arbitraje en general no deja de generar polémica– se justifica en la necesidad de garantizar la mayor transparencia posible sobre los actos de designación de árbitros. Cuando menos, así lo ha entendido el propio *Comité de Libertad Sindical*, que ha señalado que a su entender, la inscripción de profesionales en el mencionado registro es un requisito razonable en aras de asegurar la independencia e imparcialidad de los mismos al ejercer la función arbitral⁽⁶¹⁾.

Apoya a esta perspectiva el hecho de que las propias entidades que efectúan la designación de árbitros hayan aprobado y publicado instrumentos sobre la forma en la cual cumplen estas funciones: la Dirección General de Trabajo aplica un sorteo simple⁽⁶²⁾, mientras que el Consejo Especial cumplió sus funciones mediante acuerdos unánimes de sus miembros o, cuando ello no era posible, mediante un sorteo entre los candidatos seleccionados del Registro de árbitros por

(59) “Las designaciones de árbitros que efectúan el Consejo Especial y la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, de ser el caso, son inimpugnables, sin perjuicio del derecho de recusación que pueden ejercitar las partes dentro del proceso arbitral, de ser el caso”. Artículo 4° del Decreto Supremo N° 009-2012-TR.

(60) Resolución Directoral General de fecha 18 de enero de 2012, considerando 16.

(61) Vid. 365° Informe definitivo del Comité de Libertad Sindical, de noviembre de 2012. Caso número 2934 (Perú), párrafo 1254. Queja presentada contra el gobierno del Perú por la Federación de Trabajadores de Luz y Fuerza del Perú (FTLFP)

(62) Directiva General N° 006-2012/MTPE/2/14, de fecha 2 de julio de 2014. “Lineamientos para la aplicación del principio de publicidad en la designación de árbitros y presidentes de tribunales arbitrales a cargo de la Autoridad Central de Trabajo y del Registro de Laudos Arbitrales correspondientes al sector privado”.

sus propios miembros⁽⁶³⁾. Creemos que los mecanismos anotados, cuando menos, disminuyen significativamente la posibilidad de que exista discrecionalidad en la designación de árbitros. Sin embargo, y aún más importante, esto no debe hacer perder de vista que, en el mejor de los casos, la designación de árbitros por la Autoridad Administrativa de Trabajo debe ser un eficiente desincentivo a que las partes llevadas a arbitraje potestativo omitan designar a un árbitro.

Finalmente, es importante advertir que la intervención desarrollada en este acápite es una forma de auxilio al inicio del mecanismo arbitral, mas no representa en sí mismo una forma de intervención en las relaciones colectivas cuya intensidad difícilmente podría calificarse como una intromisión en el principio de negociación colectiva libre y voluntaria. Por ello, al contrario de lo señalado por el Comité de Libertad Sindical en un caso⁽⁶⁴⁾, consideramos que el Estado no *tramita* el procedimiento arbitral o –de manera más precisa– que esta fase prearbitral no se ejecuta en ejercicio de competencias administrativas de Derecho Público. Más bien, es una función meramente asistencial que, una vez más, evidencia la pertinencia de evaluar el modelo de arbitraje *ad hoc* y el modelo de arbitraje institucional dentro de la ley peruana.

III. CONCLUSIÓN

Tras la revisión que hemos hecho, podemos definir al arbitraje potestativo como un mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos colectivos de carácter económico, que la legislación laboral pone a disposición de los sujetos colectivos laborales (la representación de trabajadores y el empleador o los empleadores) para darles la oportunidad de interponer unilateralmente el procedimiento arbitral –sin que se recurra a la huelga– donde un tribunal compuesto por tres árbitros (en cuya designación la autoridad administrativa tiene un rol suplente muy importante) tendrá plena capacidad para resolver, con investidura de la jurisdicción arbitral, la procedencia del arbitraje interpuesto y, posteriormente, al cabo de un arbitraje de equidad, decidir el nivel o contenido de una negociación colectiva, o bien, resolver el conflicto en forma definitiva.

(63) Acuerdo del Consejo Especial del día 20 de agosto de 2012: “Metodología para el desarrollo de las funciones del Consejo Especial, constituido por el Decreto Supremo N° 009-2012-TR”.

(64) Nos referimos al Informe definitivo del Comité de Libertad Sindical, de marzo de 2015. Caso número 3009 (Perú), párrafo 765. Queja presentada contra el gobierno del Perú por la Central Unitaria de Trabajadores del Perú (CUT-Perú). En aquel pronunciamiento, a raíz de un arbitraje para determinar el nivel de la primera negociación entre un sindicato constituido en el nivel de rama de actividad y varias empresas que se oponían a entablar tratativas en dicho ámbito de negociación. Ante ello, el Comité consideró que “el arbitraje obligatorio a solicitud de una de las partes (tramitado por el Gobierno) sobre la cuestión del nivel de negociación es incompatible con el principio de negociación libre y voluntaria (...)”.

La polémica jurídica suscitada en el Perú, a propósito de la validez del arbitraje potestativo como instrumento para la solución de conflictos colectivos se produce en un contexto normativo y social particular, marcado por una sucesión importante de años con crecimiento macroeconómico sostenido sin que existan mecanismos políticos suficientes para la redistribución de la riqueza. Con todos esos antecedentes, el debate está instalado en el Derecho peruano, habiendo cada vez mayores evidencias de que existe un respaldo a la validez de esa figura ya no solamente judicial o del propio Tribunal Constitucional, sino también de los órganos de control de la OIT, que ha recomendado a alguna organización sindical peruana utilizar ese mecanismo, de no prosperar la negociación colectiva en términos de buena fe.

Más allá de esa evidencia, el aporte que este caso de estudio puede significar al enfoque jurídico de la teoría de las relaciones colectivas puede ser útil para cuestionar posturas que propugnan que la ley dispense un trato absolutamente simétrico a los sujetos colectivos laborales, sin tomar en cuenta que en muchas realidades (ocurre en Perú) el fenómeno sindical recién acusa una lenta e insegura recuperación.

BIBLIOGRAFÍA

AGUINAGA MEZA, Ernesto y Guillermo BOZA PRÓ

2014 “El deber de negociar y el arbitraje potestativo como parte del derecho constitucional a la negociación colectiva”. *Revista Derecho PUCP*, número 71, pp. 287-308, Lima.

BALBÍN TORRES, Edgardo

2011 “El arbitraje potestativo en el Decreto Supremo 014.2011.TR». Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. <<http://www.trabajo.gob.pe>> (03/02/2012)

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos

2011 “La naturaleza del arbitraje en la negociación colectiva”. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. <<http://www.trabajo.gob.pe>> (03/02/2012).

BOZA PRÓ, Guillermo

2011 *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

BOZA, Guillermo y Miguel CANESSA

2000 “Relaciones colectivas de trabajo: entre la flexibilidad y el intervencionismo estatal». En *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú*. Lima: OIT, pp. 204-239.

BOZA PRÓ, Guillermo *et al.*

1994 *Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo comentada*. Lima: Consultores Jurídicos Asociados S.A.

CARRILLO CALLE, Martín

1994 *Elementos para un primer balance del arbitraje laboral en el Perú (1992-1993)*. Lima: ADEC-ATC.

ERMIDA URIARTE, Óscar

1993 “Origen, características y perspectivas de la intervención administrativa”. En *La negociación colectiva en América Latina*. Antonio Ojeda y Óscar Ermida editores. Madrid: Trotta. pp. 107-118.

FRANCO PÉREZ, Julio

2014 “El arbitraje potestativo en las Sentencias del Tribunal Constitucional”. *Análisis Laboral*, Volumen XL, N° 444, pp. 9-13, Lima.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco

2007 “La naturaleza jurídica del arbitraje: un ejercicio de balanceo químico”. *Lima Arbitration*, N° 2, pp. 200-214, Lima.

LOY, Gianni

2003 “La conciliación y el arbitraje: perfiles generales en materia de derechos”. Centro studi di relazioni industriali. <<http://www.csri.it>> (15/06/2013).

NEVES, Javier.

2012 “Arbitraje potestativo. Entrevista a Javier Neves Mujica” En *Ius et veritas* número 45, Diciembre de 2012, pp. 434-437, Lima.

MACINTYRE, Stuart (editor)

1989 *Foundations of arbitration: the origins of state compulsory arbitration*. Melbourne: Oxford.

MELÉNDEZ TRIGOSO, Willman

2012 *Los procedimientos arbitrales en el marco de la intervención administrativa en las relaciones colectivas de trabajo*. Archivo de Microsoft Word. Lima.

SAPPÍA, Jorge.

2002 *Justicia laboral y medios alternativos de solución de conflictos colectivos e individuales de trabajo*. Lima: Organización Internacional del Trabajo.

VEGA RUIZ, María Luz.

1997 «Los medios de solución o composición de conflictos colectivos en España». En *Derecho & Sociedad*. Año VIII, N° 12, pp. 137-144, Lima.

VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo

2010 *La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*. Lima: Programa Laboral de Desarrollo – OIT.