

Moderadora : Dra. Beatriz Alva Hart

Panelistas : Dr. Martín Carrillo Calle, Dr. Ignacio Castro Otero, Dr. Germán Ramírez Gastón Ballón, Dr. Alfredo Villavicencio Ríos

INTRODUCCIÓN

Dra. Beatriz Alva Hart

Continuando con el programa del VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, tenemos el tema de cierre antes de la Conferencia Magistral del profesor Carlos Palomeque, sobre un tema que seguro a muchos de nosotros nos ha tocado vivir en la práctica profesional, que es el tema del Arbitraje.

Justo conversaba con colegas y decíamos, finalmente, ¿el arbitraje funciona en negociación colectiva?, es decir, puede funcionar para un litigio civil, comercial, pero en el Derecho Laboral, ¿funciona el arbitraje?

Como le decía al Dr. Jaime Zavala, me ha puesto de Moderadora de temática cuando muchas veces me echan la culpa del arbitraje potestativo, porque fue a mí a quien le tocó librar en batalla legal el tema de los puertos y fue a partir de la otra batalla que tuvimos con Sutransport en el puerto del Callao que en primer lugar se determinó la negociación por rama y en segundo lugar el famoso arbitraje potestativo, porque Sutransport nos obligó a resolver el conflicto por la vía arbitral.

Entonces, estos temas en verdad nos llaman a reflexión y el título de esta Mesa Redonda viene a pelo, “luces y sombras”. No estoy segura si leyeron el famoso fallo del Tribunal Arbitral y luego el laudo, porque en el fallo hacen nuevamente toda una disquisición jurídica del por qué sí correspondería el arbitraje

potestativo y el laudo –no sé si alguien lo ha leído a profundidad– dice “rama de actividad puerto del Callao Enapu” (...) el puerto del Callao es el puerto del Callao, APM Terminal sería DP World, sin embargo, ese laudo va solamente para Enapu, ¿es un contrasentido, no?, pero bueno, la historia es que hoy por hoy DP y APM están negociando por rama de actividad también porque tienen trabajadores contratados de manera directa, no usan la bolsa de trabajo.

Todas estas vicisitudes son las que nos llaman a reflexión sobre el tema del arbitraje y si realmente es un instrumento para resolver conflictos laborales, en este caso en materia de derecho colectivo.

Sin más, estamos en la mesa con colegas de larga trayectoria en materia laboral, con los que nos hemos encontrado, hemos sido miembros de Tribunales Arbitrales en muchos casos, profesores universitarios que definitivamente nos van a ilustrar no solamente con la parte jurídica, sino también con sus vivencias personales en el ejercicio de la profesión.

Hemos decidido de manera un sistema de trabajo. Vamos a otorgar a cada uno de los participantes 15 minutos por orden alfabético para evitar el tema de los sorteos y luego de la primera ronda tendremos 5 minutos adicionales para algunas precisiones finales.

Dr. Martín Carrillo Calle

Haré una presentación muy puntual porque he entendido que el tema del arbitraje, cuya posibilidad de abordaje es múltiple, tenía en esta oportunidad también un elemento de coyuntura, es decir, las últimas tendencias, qué está pasando recientemente, qué elementos son los que, obviamente sin excluir un debate estructural, histórico, jurisprudencial, cuáles son las tendencias y he identificado una que me parece sumamente interesante; hay quienes podrían verla como un ejemplo de “luces” como dice el título de este panel y otros preocupadamente como un riesgo de “sombra”.

El tema en el arbitraje potestativo entendido como un arbitraje de naturaleza incausada, es decir, que no se debe, que no es necesario justificar en los términos del reglamento situaciones que habilitan y que, por lo tanto, deben ser evaluadas por el Tribunal Arbitral respectivo. Son seis los casos que tengo identificados; en el último de ellos he intervenido profesionalmente como asesor legal de una de las partes y entonces voy a dedicar mi intervención a este tema, cuáles son esos casos y luego pasaré a hacer una fundamentación en cada una de las resoluciones que voy a nombrar y obviamente no haré énfasis en la justificación particular de

las resoluciones, sino más bien en una aproximación conceptual, cómo sustentar –esa es mi posición– la validez de un arbitraje potestativo sustentando en su carácter incausado.

El primer caso que tengo identificado es un caso de abril de 2013, el arbitraje en la empresa Celima, ese es diríamos el *leading case*, el primer caso que en Celima se da por mayoría del Tribunal Arbitral en el que dos de sus miembros consideran que el pedido de los trabajadores de someter el conflicto no resuelto a un arbitraje bajo la naturaleza potestativa, queda habilitado además porque no es necesario demostrar o justificar circunstancia.

Los otros cinco casos son de 2014. En febrero se dieron dos casos en la Superintendencia Nacional de Registros Públicos, el primero en la Zona Registral 9 de la sede Lima, allí el Tribunal vota en el sentido ya señalado, por unanimidad; el segundo también, es más bien el caso de la Federación Nacional de Trabajadores, el Tribunal repite el pronunciamiento y vota por unanimidad. Hay dos casos en mayo de este año, los casos de Consorcio Rabrisa –empresa textil–, el Tribunal resuelve por unanimidad; y el caso de Edegel, el Tribunal Arbitral por mayoría asume esta posición. El caso más reciente en el tiempo y que conozco por intervención profesional, es el caso de Telefónica del Perú. En setiembre de 2014 el Tribunal Arbitral por unanimidad acoge la tesis que se sustentó desde el sindicato de que el arbitraje potestativo en el Perú es de naturaleza incausada.

Enunciada esta posición, ejemplificada en seis casos muy recientes, paso a hacer la fundamentación de la tesis, por lo menos desde mi punto de vista, que tienen tres elementos para fundamentar.

El primero es la lectura concordante entre la Ley y el Reglamento, buscando la concordancia o en todo caso la preferencia legal como corresponde. Luego jurisprudencia constitucional, hay dos casos, uno de 2013 y otro de 2014 que se suman al precedente que todos conocemos de 2010 y que ya mencionó la Dra. Alva. Y luego, pues, citaré a colegas, algunos aquí presentes, que han escrito diríamos sin exagerar, pues cuál es el temperamento existente, no unánime pero existente, dentro de la doctrina nacional. Con este esquema anticipado procedo a sustentar el tema desde la aproximación que yo entiendo válida.

Recordemos el artículo 61 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de trabajo. No voy a entrar al debate de si la Ley reconoce al arbitraje potestativo. Estamos asumiendo que hay un arbitraje potestativo pero, claro, ¿hay un paso adelante, ese arbitraje potestativo es, además, incausado.

Leo textualmente el artículo 61 para recordar a todos, “si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, podrán las partes someter el diferendo a arbitraje” ese es el texto de la norma. Leyendo este artículo, sostengo que no existen específicos motivos que deban acreditarse o puntuales causas habilitantes cuyo cumplimiento sea indispensable demostrar para permitir que se pase a la etapa propia del procedimiento arbitral dentro de la negociación colectiva en trámite. Lo único que fija la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo son dos momentos en los que cualquiera de las partes, tanto los trabajadores como el empleador, pueda imponer a la otra el arbitraje potestativo. El primero de esos momentos –recordemos lo que acabamos de leer– se presenta cuando se da por fracasada la etapa de negociación directa, mientras que el segundo momento se presenta cuando se da por fracasada la etapa de conciliación, existiendo en la Ley un requerimiento adicional: siempre que esa etapa se haya iniciado por solicitud de los representantes de los trabajadores, solicitud formulada ante la Autoridad Administrativa de Trabajo. Entonces la Ley lo que fija son dos momentos, no fija requerimientos de justificación de situaciones, las situaciones son el fracaso de la negociación directa o el fracaso de la conciliación.

Pero no solo está la Ley, está el Reglamento, además con su reforma en setiembre de 2011 mediante el Decreto Supremo N° 014. Es por vía reglamentaria, entonces, mediante la reforma dispuesta por el Decreto Supremo N° 014 que aparecen dos supuestos habilitantes cuya ocurrencia facultaría a las partes a interponer el arbitraje potestativo. Estamos leyendo en la Ley que no hay requisitos y encontramos un reglamento que establece requisitos. ¿Cómo superar este antagonismo? ¿Cómo superar esta diferencia de contenido normativo en la Ley y en el Reglamento? Deberíamos interpretar que los supuestos del artículo 61 a) del Reglamento, que es lo que aporta el 014, no son los únicos eventos que permiten interposición del arbitraje potestativo; en tanto que resultaría inaceptable que por vía reglamentaria se limite el acceso a una modalidad de solución pacífica de conflictos colectivos laborales, como es el caso del arbitraje, que en su original formulación por la Ley no admite limitación ni delega en Reglamento que se establezcan requisitos adicionales a las circunstancias que la propia Ley señala: el fracaso de la negociación o el fracaso de la conciliación.

Los supuestos regulados por el artículo 61 a) del Reglamento de la Ley deben ser tomados, entonces, como meramente ejemplificativos o enunciativos del universo de particulares circunstancias y hechos que puedan haber impedido que las partes celebren una convención colectiva en la etapa de negociación directa o en la de conciliación, de ser el caso, y de cuya evaluación de las circunstancias propias de la negociación entre las partes se haya descartado recurrir a la mediación

o a ejercer el derecho de huelga, que es una alternativa de los trabajadores, optando entonces por el arbitraje potestativo.

En los seis casos que he señalado, los seis Tribunales, solo en el primero –Celima– los árbitros en mayoría recurren al control constitucional difuso. En los demás casos no usan esa fórmula, sino pues plantean esta interpretación entre la Ley y el Reglamento prefiriendo entonces el contenido dispuesto por la Ley, interpretando entonces que las del Reglamento son unas opciones pero no es una lista cerrada excluyente.

Dije también que en la jurisprudencia constitucional más reciente encontramos dos casos que se suman a esta posición. Me refiero a la sentencia de julio de 2013, en el caso del Sindicato Nacional Unidad de Trabajadores de la Sunat, en esa sentencia el Tribunal Constitucional se sostiene y reitera que manifestada la voluntad de una de las partes de acudir al arbitraje –en este caso el pedido del sindicato– la otra tiene la obligación de aceptar esta fórmula de solución de conflicto, sin que se exija esta sentencia al Tribunal, no se exige a la parte que formula la manifestación de voluntad, es decir, el sindicato que acredite las razones de su pedido; el pedido es el hecho habilitante suficiente para que genere el sometimiento de la contraparte y se dé paso al procedimiento arbitral.

En mayo de 2014, hace pocos meses, en el caso Fetratel Perú nuevamente, pues, el tema de la negociación colectiva y el arbitraje como mecanismo de solución y el requerimiento de los trabajadores por vía bajo la modalidad potestativa, es objeto de pronunciamiento del Tribunal Constitucional. En este caso el Tribunal recuerda que sometido el diferendo a arbitraje por cualquiera de las partes, la otra tiene el deber de someterse a este, por lo que concluye que en el caso particular de Fetratel con Telefónica, al haber solicitado la Federación recurrente –FwL– someter al arbitraje la negociación colectiva del periodo correspondiente y ante la negativa de la sociedad emplazada –en este caso Telefónica– corresponde que la demanda sea estimada. Entonces, el pedido rechazado, en el rechazo está la lesión al Derecho y no en que en la solicitud no se le exige, ni en el caso de la Sunat ni en el caso de Fetratel-Telefónica; la evaluación del Tribunal no es por la presentación o no, la probanza suficiente de hechos que son los que solo si se cumplieran esos supuestos, resultarían habilitantes.

Interpretación de la Ley, jurisprudencia constitucional, pasemos ahora a recordar algunos autores nacionales que sobre el tema, desde la publicación del 014, han planteado algunas reflexiones. No haré la cita completa, simplemente indico que colegas como Blancas Bustamante, Ugaz Olivares, Morales Corrales, Boza Pró, Aguinaga Meza, Mendoza Legoas, tienen publicaciones sobre este

tema. Voy a citar simplemente con carácter selectivo dos autores de insospechada proclividad sindical y creo que eso permite también entender una aproximación jurídica al tema.

Mauro Ugaz tiene una ponencia presentada en el Congreso anterior al presente, publicada en el libro de anales de ese Congreso, sobre el 014, dice en el artículo 61 a del reglamento, que es lo que suma el 014, se introduce reglamentariamente dos supuestos de arbitraje potestativo con prescindencia de que para el Tribunal Constitucional el arbitraje regulado por la Ley bajo cualquier modalidad es potestativo de manera general. Dice Ugaz, se podría optar por el arbitraje potestativo en cualquier escenario de negociación sin necesidad de una justificación.

En el diario oficial *El Peruano*, en el suplemento de artículos y opiniones, Pedro Morales publicó en su momento un artículo donde sostiene que “no se puede entender que mediante el D.S. N° 014 se regule el arbitraje potestativo solo en dos supuestos, enturbiando y dilatando, increíblemente, el proceso de negociación colectiva y propiciando que alguna de las partes incurra en un acto de mala fe para ser acusado de este y así tener seguridad de poder hacer uso del arbitraje potestativo en caso fuese necesario. Por ello –dice Morales– estimamos que dichas posiciones deben ser derogadas pues el arbitraje potestativo ya se encontraba definido en la Ley y en especial en su Reglamento y en el Tribunal Constitucional.

Por lo tanto, entonces, la posición de sostener que el arbitraje potestativo es incausado, creo que no se puede señalar, en este momento, que sea posición mayoritaria, pero creo que sí tiene elementos suficientes para ser caracterizado como una tendencia. Varios de los casos que se han resuelto asumiendo esta posición son casos ocurridos en sectores o empresas o servicios públicos de importancia y arbitraje potestativo los tribunales arbitrales en cuatro de los seis casos señalados, por unanimidad. No he señalado, no creo que resulte necesario, pero en todo caso en una segunda intervención podré si fuera de interés, identificar los árbitros que han asumido esa posición, en esta sala hay algunos de ellos firmando esta posición que yo comparto y que en todo caso se presenta ante ustedes como una tendencia, no una propuesta ni ideológica ni un ensayo especulativo, una tendencia con ejercicio concreto, reciente, creciente, sostenida, una tendencia que tiene argumentos en la interpretación entre Ley y Reglamento en lo que ha sido, es, en pronunciamientos del Tribunal Constitucional cercanos en el tiempo, en reflexión de colegas autores locales, también esa tesis tiene espacio para desarrollarse.

Dra. Beatriz Alva Hart

Aquí hay un tema importante: incausado o no incausado. Tengo cerca de mí a un colega con el que me he agarrado a cabezazos por el tema de la mala fe negocial, porque normalmente los casos que han sido reportados por Martín Carrillo son casos en los que el trabajador o los representantes de los trabajadores son los que han invocado el arbitraje potestativo pero ¿qué pasa cuando es el empleador? ¿cuál es la medida que en este caso, no necesariamente el Ministerio de Trabajo, sino los árbitros utilizan para poder evaluar si efectivamente el sindicato ha actuado o no con mala fe negocial como causa objetiva para poder invocar el arbitraje potestativo? Entonces, no es la misma vara con la que miden a los empleadores cuando son ellos los que quieren acusar una mala fe negocial y, por ende, someter el conflicto a un arbitraje como medio de solución pacífica. Son, entonces, varios temas que dan vueltas respecto de las luces y sombras del arbitraje.

Dr. Ignacio Castro Otero

En esta primera intervención haré referencia al tema del marco normativo, digamos que es bastante similar a lo que ha expresado Martín, sin embargo, desde una perspectiva contraria.

Creo que el arbitraje contenido en la Ley de Relaciones Colectivas es uno voluntario. Cuando el artículo 61 de la Ley dice que las partes podrían someter el diferendo a arbitraje, yo entiendo que se está refiriendo a ambas partes. Lo que viene a continuación, en el artículo 63 de la Ley, que es digamos el argumento al contrario que se utiliza para indicar que en realidad es potestativo, es cuando el sindicato ha decidido ejercer el derecho de huelga para someter el diferendo a arbitraje, sí requiere la aceptación del empleador.

Hay quienes ven en esta disposición una distancia respecto del arbitraje voluntario, toda vez que expresamente se está diciendo que en este supuesto sí se requiere la aceptación del empleador. Yo más bien lo veo como una reiteración. El arbitraje del artículo 61, si partimos de esa hipótesis de que es voluntario, el artículo 63 no está haciendo sino reforzar ese carácter voluntario en virtud del cual si el sindicato decide ejercer el derecho de huelga, cuando mañana más tarde decida someter el diferendo a arbitraje evidentemente necesitará contar con la aprobación del empleador.

Es más bien el artículo 46 del Reglamento el que de alguna manera genera dudas. Este artículo dice que cualquiera de las partes podrá someter el diferendo a arbitraje. Ciertamente parece desde una perspectiva concluir que el arbitraje de

la Ley es uno potestativo, o de la otra perspectiva, que el del artículo 46 del Reglamento es ilegal: si el arbitraje previsto en la Ley es voluntario, el Reglamento cuando dice que cualquiera de las partes podrá someter el diferendo a arbitraje y no las dos, esto estaría yendo más allá de lo dispuesto por la Ley.

Esto más bien creo que es consecuente con el Convenio 98 de la OIT, que en su artículo 4—dicho sea de paso, es un Convenio ratificado por el Perú— en rigor desde antes de la vigencia de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, establece expresamente el principio de negociación voluntaria. Ciertamente, con posterioridad, tanto la Comisión de Expertos, como el Comité de Libertad Sindical, han indicado que es incompatible con el Convenio 98 cualquier fórmula en virtud de la cual se pretenda obligar a una de las partes a solucionar el conflicto en contra de su voluntad. Por consiguiente, el artículo 61 de la Ley no podría, desde su inicio, haber contemplado un arbitraje potestativo porque estaría yendo en contra del artículo 4 del Convenio 98. Ese, creo yo, debiera ser el punto de partida del análisis.

Tenemos una cuarta disposición final y transitoria en la Constitución, que expresamente establece que las normas relativas a derechos humanos se interpretan de acuerdo a los tratados internacionales. Por consiguiente, el derecho a la negociación colectiva contenido en la Constitución, en el artículo 28, cuando se habla de este fomento a la negociación colectiva y esta promoción de formas de solución pacífica, tienen que estar necesariamente enmarcados dentro de los alcances del Convenio 98. Siguiendo esa línea de razonamiento, el artículo 61 de la Ley solamente podría contener un arbitraje voluntario y el artículo 46 del Reglamento, cuando establece que cualquiera de las partes puede someter el diferendo a arbitraje, tendría que necesariamente devenir en ilegal.

Desde esa perspectiva, digamos, el arbitraje incausado no estaría contemplado en nuestra legislación, no habría una norma en la Ley ni en el Reglamento válida que así lo establezca y más bien la propia OIT reconoce que en determinadas ocasiones excepcionales se pudiera recurrir a esos mecanismos de solución de conflicto obligatorio con intervención del Estado y son de alguna manera los que están recogidos en el D.S. N° 014 del año 2011: casos de primera negociación tanto en cuanto a su nivel como a su contenido, como en cuanto a los actos de mala fe y ahí no hay creo yo una posición unánime que pueda rescatar, sé que hay algunas personas que piensan que los actos de mala fe no van en la línea de las situaciones excepcionales previstas por la OIT y que, por consiguiente, solamente se podría dar arbitrajes potestativos causados, pero solamente en los casos de primera negociación.

Este era un primer punto que quería destacar y, por consiguiente, concluir que el arbitraje potestativo incausado, desde mi perspectiva, no existe en el

ordenamiento, aun cuando, por cierto, sea hoy por hoy la posición minoritaria y no tenga el respaldo de las diversas sentencias del Tribunal Constitucional que se han dado en esa materia.

Respecto del arbitraje en sí mismo, el arbitraje potestativo creo que desincentiva la negociación directa entre las partes. Hoy por hoy, lo que se puede apreciar desde la perspectiva del ejercicio profesional, es una especie de arbitraje especulativo, es decir, no me pongo de acuerdo, el sindicato ya tiene planificado su accionar, sabe que lo que desea realmente es irse al arbitraje y simplemente sigue formalmente las diversas etapas del procedimiento –trato directo y luego conciliación– para posteriormente someter el diferendo a arbitraje potestativo, que es lo que desde un inicio quería.

Creo que más bien un accionar acorde con el mandato constitucional supone fomentar la negociación directa entre las partes y eso supone de parte de la Autoridad de Trabajo una intervención más enfática, más empática, durante los procedimientos de conciliación, sobre todo a nivel de las direcciones regionales, en donde muchas veces es para ellos también un paso más, un trámite más que deben seguir y no están realmente interesados en la solución.

Cosas que debiera hacer la autoridad de Trabajo es recomendar que las partes regresen a trato directo cuando advierte que han llegado a conciliación o a extraproceso sin haber agotado realmente la negociación directa. Eso se aprecia con bastante regularidad en la realidad y, sin embargo, la respuesta que se recibe en el Ministerio de Trabajo es que mientras las partes quieran venir, nosotros seguiremos acá... ¿no es cierto?, pero eso desincentiva, pues, ciertamente, esa negociación directa entre las partes, que es la que realmente debiera privilegiarse.

Por otro lado, en el tema del arbitraje potestativo hay tres aspectos. Bueno, a estos efectos no resulta relevante si es causado o incausado, pero hay tres aspectos que son de particular preocupación. Uno es la facultad de atenuación, que claramente en la Ley está prevista como una situación excepcional y, sin embargo, se aprecia que se utiliza con demasiada regularidad, casi parece necesario que todo laudo tenga una atenuación.

Por otro lado, el tema de la vigencia, hay por ahí opiniones que dicen que a falta de acuerdo, es decir, si las partes no se han puesto de acuerdo respecto a la duración del convenio colectivo, como que de hecho es así porque están sometiendo el diferendo a arbitraje, corresponde aplicar el artículo 43 de la Ley de Relaciones Colectivas, que dice que a falta de acuerdo el convenio tiene como duración un año y, por consiguiente, estarían desestimando las propuestas que tengan un plazo mayor presentadas por las partes. No se da en todos los casos. Conozco

casos de laudos que se han emitido con una vigencia mayor a un año, pero como que existe esa tendencia a pensar que el laudo solamente debería tener un año por disposición del artículo 43 de la Ley y me parece que eso no es así.

Y, por último, el tema de la bonificación por cierre de pliego, que está totalmente desvirtuada cuando se incluye, a mi parecer, en un laudo arbitral. Claramente una bonificación por cierre de pliego es un incentivo que se otorga durante la negociación justamente para motivar el cierre de la misma, pero en esa etapa, ya sea en trato directo o en una negociación asistida, con intervención de la autoridad de Trabajo, de conciliación o en extraproceso, pero ya en un arbitraje, que es un mecanismo de solución a través de terceros con una hetero composición, resulta bastante difícil de aceptar la existencia de un beneficio de esa naturaleza.

Dra. Beatriz Alva Hart

Dos temas puntuales respecto a la intervención del Dr. Castro. El primero es si el arbitraje en verdad funciona para unos temas, como por ejemplo, la revisión de cláusulas permanentes, porque si finalmente, ya sea el sindicato o la empresa deciden optar por el arbitraje potestativo en la medida en la que ya es la tendencia que está generalizada, ¿existe la posibilidad de que en la propuesta integral que presente la empresa se plantee la modificación o la revisión de cláusulas que han sido decretadas con carácter permanente? Porque existe obviamente una tendencia a considerar que estas condiciones permanentes solamente pueden ser revisadas por las partes de manera directa, pero si ya vamos a un tema de arbitraje, ¿el arbitraje lo puede revisar? Si es voluntario, como que habría más opción, ¿y si es potestativo, donde uno obliga al otro? Ese es un tema de interrogante.

Y lo otro, quisiera saludar la participación del Ministerio de Trabajo porque hoy por hoy los abogados que vemos negociación colectiva sí nos sentimos bastante más respaldados en la mayor capacidad que tienen los conciliadores, hay una mayor capacitación, hay un mayor apoyo y personalmente me ha tocado estar con uno de ellos desde las 8 de la mañana hasta las 3 de la madrugada en Cajamarca cerrando un pliego de reclamos muy duro, de una empresa contratista minera importante. Ese apoyo del Ministerio de Trabajo con el que podemos contar en Lima, esperemos que también se replique en las regiones con una mayor capacitación a los conciliadores, es muy importante para lo que es la práctica de las negociaciones colectivas.

Dr. Germán Ramírez Gastón Ballón

Quiero comenzar con lo siguiente. Hace un mes aproximadamente el doctor Jaime Zavala, Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de

la Seguridad Social aquí presente, me regaló un libro, “El arte de callar” escrito por Abate Dinouart en el año 1771. Me preguntaba entonces, ¿cuál será el mensaje oculto que hay detrás de este libro? ¿qué me quiere decir el Dr. Zavala justo cuando voy a participar en este debate de Luces y Sombras del Arbitraje en la Negociación Colectiva? Pues, precisamente en este tema tendré que hacer todo lo contrario, con la venia del Dr. Zavala, no le voy hacer caso ya que no se puede callar cuando se puede decir algo más valioso que el silencio.

Comenzaré entonces haciendo una relación de temas de la experiencia personal, en los cuales he tenido que intervenir y que me han dado una visión sobre los problemas para laudat. Yo iría al sentido práctico de las cosas, por lo tanto, hablaré más de las sombras que de las luces, porque cuando se habla justamente de problemas para laudat, es todo lo que hemos tenido que pasar los árbitros para poder llegar a una solución.

Tengo doce temas apuntados; sé que el tiempo no me va a dar, pero los voy a enunciar y quedarán muchos de ellos en el tintero.

El primero del cual voy hablar es uno que no han tocado todavía mis colegas, que es el problema de la elección del presidente del Tribunal Arbitral.

El segundo tema se va a referir al arbitraje potestativo incausado.

El tercero –si el tiempo me lo permite– el arbitraje de conciencia o económico frente al arbitraje de derecho.

El cuarto –ya se ha hablado algo de él– la atenuación de las propuestas, hacia arriba o hacia abajo y hasta dónde.

El quinto tema, el control difuso en el arbitraje y el control difuso en sede administrativa.

El sexto tema, el desistimiento de algún punto de la propuesta final, ¿es posible? ¿no es posible?

El séptimo punto, la capacidad negocial y la legitimidad negocial en el arbitraje frente al derecho de libertad sindical.

Octavo punto, la huelga como argumento de impedimento del arbitraje

Noveno, la propuesta cero de algunas instituciones, por lo tanto del arbitraje y la normativa presupuestal.

El décimo punto referido a la bonificación por cierre de convenio en el arbitraje, tema que ya alguno de mis colegas ha tratado, por lo que no será necesario volver a incidir en él.

El undécimo, la pluralidad sindical y varios arbitrajes distintos al interior de una misma empresa. Cuando hay pluralidad sindical puede haber dos o más arbitrajes y los árbitros resuelven otorgando aumentos distintos. Entonces nos preguntamos ¿hay paz social o caos?

El décimo segundo tema, es el “transfuguismo sindical” o creación de nuevas organizaciones sindicales. Generalmente se da cuando los dirigentes de una organización sindical no salieron victoriosos en elecciones internas y otra lista asume el control...ante lo cual la lista perdedora decide constituir una nueva organización ¿para qué? para que la procedencia del arbitraje potestativo in-causado funcione bajo la causal de primera negociación.

Finalmente, daré a conocer mi posición y recomendaciones de reforma sobre las normas actualmente existentes.

Difícil abarcar toda esta temática en los pocos minutos que me han otorgado. Comenzaré por el problema de la elección del presidente del Tribunal Arbitral.

Actualmente existen dos listas de árbitros conocidas por todos: la lista de árbitros para el Sector Privado y la lista de árbitros para el Sector Público.

Todos aquellos que son árbitros saben que para cumplir dicha función hay que registrarse en el Ministerio de Trabajo. Para la lista de árbitros del Sector Privado solo hay que llevar el currículum vitae y uno es calificado de manera automática con base en su experiencia profesional, pero en el caso del Sector Público se nos exige asistir a un curso que dura dos mañanas. El primer día, nos hablan representantes del Ministerio de Economía para decir que “no es posible hacer nada, que no es posible dar aumentos”; y al día siguiente, contradictoriamente el Ministerio de Trabajo dice que todo lo dicho el día anterior no funciona, que hay que hacerlo de otra manera.

Vemos, entonces, que este trámite formal no es realmente óptimo para la inscripción y selección de árbitros, pues hay muchos colegas –no necesariamente abogados– los cuales se encuentran plenamente capacitados para intervenir en un arbitraje de equidad, que no necesita ser de derecho.

Un problema adicional relacionado con la elección de los árbitros, es el sorteo. Cuando los árbitros de cada parte no se ponen de acuerdo, en la elección del Presidente del Tribunal se debe ir a un sorteo. En mi opinión, tal proceder es un sistema inadecuado, porque todo depende de la cantidad de árbitros que figuran en la lista sobre los cuales ya se conoce más o menos su tendencia. Entonces, si analizamos la lista de árbitros podemos apreciar –no puedo ser exacto en las

cifras— un 65 a 70 % de árbitros de tendencia prosindical ya conocida y un 30 % a quienes también se les conoce su tendencia propatronal.

Ante esta coyuntura nos preguntamos cuál es el mayor número de probabilidades de salir elegido ... Bajo tal sistema es muy fácil ir a un arbitraje potestativo incausado, e incluso sin dialogar entre las partes, porque no importa el contenido de las propuestas, sino la consigna de llegar al arbitraje manteniendo una pretensión económica muy alta porque a través del sorteo existe un número mayor de probabilidades para elegir al presidente del Tribunal Arbitral que pueda inclinar la balanza hacia un lado.

Por cierto, cuando los árbitros hacemos esfuerzos para encontrar una solución en la elección del Presidente formulando ternas, es posible que no haya acuerdo debiendo recurrir a un arbitraje donde el sorteo favorecerá al que tenga mayores probabilidades.

Sucede a veces, que a una de las partes no le gusta el árbitro elegido por sorteo como presidente, entonces viene un segundo problema, la recusación del árbitro bajo cualquier excusa o el pedido de su remoción. Por eso considero que este tema requiere ser revisado. Sería largo seguir hablando de esto, pero evidentemente dicha elección está basada en un sistema inadecuado.

Me referiré en segundo lugar al arbitraje potestativo incausado. Ya algo se ha dicho de él. No voy a repetir nada, pero evidentemente el arbitraje potestativo incausado nace a la luz de nuevas interpretaciones sobre la materia.

El texto original del Decreto Ley N° 25593 estableció la existencia del arbitraje voluntario como primera posibilidad y el obligatorio para casos excepcionales. Durante 19 años, se mantuvo la interpretación del arbitraje voluntario, sin embargo, de la noche a la mañana, apareció el arbitraje potestativo incausado.

Quisiera con mucho respeto señalar que no comparto esa posición, porque hay convenios internacionales de trabajo que nos señalan cuál es la pauta. En efecto el artículo 4 del Convenio 98 de la OIT señala lo siguiente: “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 los 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 segundo argumento ha sido fijado por la Comisión de Expertos de la OIT: “El arbitraje potestativo impuesto a solicitud de una de las partes contraviene

el principio de negociación voluntaria establecido en el Convenio 98 de la OIT, el que solamente puede darse en situaciones excepcionales y no como una regla general”.

Parece que la nueva interpretación sobre la existencia de un arbitraje potestativo incausado invierte la excepción de la cual queremos hacer la regla general.

Por último, me voy a referir a lo que dice el Comité de Libertad Sindical sobre el particular. Es curioso advertir que se cita esta fuente siempre que establece beneficios para la parte laboral, pero en este caso –precisamente– no lo van a citar quienes sostienen la posición contraria.

Al respecto, el Comité de Libertad Sindical, señala:

1. “La imposición de un procedimiento de arbitraje obligatorio en caso de que las partes no estuvieran de acuerdo sobre el proyecto de contrato colectivo, plantea problemas de aplicación con el Convenio 98 de la OIT”.
2. “Las disposiciones que establecen que a falta de acuerdo de las partes, los puntos en litigio de la negociación colectiva serán decididos por arbitraje de la autoridad, no están en conformidad con el principio de negociación voluntaria contenido en el artículo 4 del Convenio 98 de la OIT”.
3. “Una disposición que permite que una de las partes del conflicto pueda unilateralmente solicitar la intervención de la Autoridad de Trabajo para que se aboque a la solución del mismo, es contraria al fomento de la negociación colectiva”, y
4. El Comité de Libertad Sindical admite el arbitraje obligatorio para casos excepcionales por iniciativa de las autoridades o una sola de las partes o por mandato directo de la legislación, en casos de crisis nacional aguda, en los casos de conflicto dentro de la función pública respecto de funcionarios en la administración del Estado, en consecuencia, en casi todos los casos y además en los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida o la seguridad de la población en todo o en parte, resulta aceptable el arbitraje potestativo incausado.

Sin embargo, a pesar de estas recomendaciones internacionales un grupo de la doctrina se aparta de la aplicación del Convenio 98 de la OIT reconocido por el

Perú pese a que debe ser respetado. La única manera de apartarse sería la denuncia del Convenio, no existe otra posibilidad.

Consecuentemente no se pueden alterar sus alcances, ni apartarse de él, llevando el tema hacia el control difuso o la inaplicación de ciertas normas ni menos dejar de aplicar el principio de la legalidad. Es importante señalarlo, ya que se debe velar por la aplicación de las normas existentes.

Ante esta disyuntiva nos preguntamos ... ¿Es posible aplicar el control difuso? ... Conocemos los alcances de las sentencias pronunciadas por el Tribunal Constitucional que nos dicen que en sede administrativa no es posible aplicarlo, sin embargo, la Constitución no distingue, si debe ser interpretado de igual manera tratándose de cualquier otra sede.

Pero vamos más allá ... ¿Por qué es necesario el control difuso?.. ¿Quiere decir que nuestras normas estuvieron mal dadas? ... ¿Por qué esta necesidad de ir hacia el control difuso y no ir por el procedimiento que corresponde a través de la acción de inconstitucionalidad si la norma estuviera mal dada?

Nos hacemos estas interrogantes al darnos cuenta de que la negociación colectiva esta cambiando de naturaleza. En efecto, cambia de naturaleza porque la negociación colectiva es en esencia un diálogo, un proceso dialéctico que prácticamente resulta negado con la nueva tendencia de un arbitraje potestativo incausado. ¿Dónde queda entonces el proceso dialéctico? Simplemente ya no es necesario ofrecer una propuesta, porque si ya sabemos que existe la posibilidad y la probabilidad de tener una terna de árbitros donde hay dos a uno que van a ser mayoría, no tiene ningún sentido discutir propuestas, simplemente me voy con mi propuesta final ganadora al laudo final.

Evidentemente no encuentro un respaldo normativo en los supuestos genéricos que se plantean como sustento del arbitraje potestativo incausado. Se ha hablado de algunos arbitrajes y casos jurisprudenciales que tratan el tema, evidentemente los hay, pero también se ha omitido decir quiénes eran los miembros integrantes que resolvieron cada caso.

Se ha hablado primero del problema de la designación de los árbitros, no cabe duda de que vamos a encontrar también un problema analizando cuál es la composición arbitral en estos casos.

Insistiré en el tiempo que me queda con este tema y disculpen que no toque los otros, pero creo que este es el más importante.

El artículo 61-A del Decreto Supremo N° 014/2012-TR establece los supuestos del arbitraje potestativo en los siguientes términos:

Las partes tienen la facultad de interponer el arbitraje potestativo en los siguientes supuestos:

inciso a) Cuando las partes no se ponen de acuerdo en la primera negociación en el nivel o en su contenido;

inciso b) cuando durante la negociación del pliego se adviertan actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo.

Quiero hacer una especial diferenciación entre estos dos. En primer lugar, considero que el arbitraje potestativo es el que está previsto en el inciso a), porque refiere a situaciones excepcionales, cuando recién comienza a tener fuerza el sindicato. En cambio cuando hablamos del segundo supuesto, cuando durante la negociación del pliego se advierten actos de mala fe que tengan efectos dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo, estaríamos hablando de un arbitraje con causa, pero no incausado.

Consecuentemente, el inciso a) refiere una causa objetiva por tratarse de un caso excepcional, mientras que el inciso b) requiere de la invocación de causa donde la mala fe debe ser demostrada.

Nos preguntamos, entonces, qué sentido tiene el Reglamento al contemplar estas posibilidades, si existen resoluciones que dicen que basta pedirlo de manera incausada para que funcione el arbitraje. ¿Es que el legislador se equivocó? ¿O que el legislador quiso –como argumentan algunos– que dichas causas solo fueran complementarias?

En mi opinión, no podemos hablar de complementariedad cuando existe un argumento muy fuerte que es el Convenio 98 de la OIT reconocido por el Perú.

Dr. Alfredo Villavicencio Ríos

Cuando se trata de estudiar un fenómeno socioeconómico tan complejo como el trabajo, se invita siempre a hacer un análisis interdisciplinario y habida cuenta de la versación de los miembros de la mesa y de todos ustedes en el tema jurídico, en esta oportunidad les voy a presentar un conjunto de que tratan de dar cuenta del contexto de los indicadores que se pueden extraer de la información del Ministerio

de Trabajo respecto de los años 2011 - 2014 y finalmente de un estudio que estamos elaborando sobre 75 laudos que se ocupan también de ese mismo periodo.

En el primer tema que voy a enfocar está este tema del contexto adverso al ejercicio de los derechos colectivos. Voy a pasar muy rápidamente algunas láminas solo para que recordemos una situación que siempre hay que tener presente. En primer lugar, el Perú en su estructura empresarial, el 95 % de las empresas tienen hasta 20 trabajadores, recuerden que para constituir un sindicato se exige 20, en el Perú el 95 % de las empresas no cumplen con ese volumen de trabajadores y si las vemos no por número de empresas sino por el número de trabajadores, el 72.4 % está en lo que se llama micro y pequeña empresa. Además de esto, no salimos hasta ahora del fenómeno de la informalidad. No me voy a referir a la informalidad respecto de la PEA como en otras oportunidades o en otras ponencias se ha hecho, porque solo tiene sentido hablar de la informalidad respecto del trabajo asalariado; el informal agrícola o el informal independiente que no tiene ni quiere ser asalariado no entra en este cálculo, pero aún así, dentro de los asalariados y con el ciclo de crecimiento que hemos tenido, la informalidad en promedio está en 57.7 %. Se ha repetido muchas veces, la relación, el ratio entre contratos permanentes y trabajo temporal es de 3 a 1. de 10 trabajadores 6 están en la informalidad y de los 4 que quedan 3 son contrato a plazo fijo y 1 es contrato indefinido. Sabemos el impacto que estas cosas tienen en el ejercicio de la sindicación porque los dos ponentes de ayer por la mañana lo dejaron absolutamente claro.

Eso (está refiriéndose a la lámina) no es la montaña rusa de Miami, esos son los salarios en el Perú si es que estiramos la secuencia histórica hasta el año 80, porque si la ponemos solo en el 2000 hay algún efecto distorsionado. Desde el 80 esa es la caída. Un profesor, por ejemplo, ganaba poco más de 5 mil soles de 2009 y ahora gana 1,045, para que tengamos un poco la idea de la pérdida de capacidad adquisitiva que se ha tenido en nuestro país. Otro dato más. El 34.1%, más de un tercio de los peruanos asalariados, gana menos del salario mínimo vital. El promedio de los asalariados en el Perú: 1,500 soles los no sindicalizados, 2,500 soles los sindicalizados. Horas de trabajo: más de 48 horas a la semana, digamos que le queda muy poquito tiempo para intentar hacer valer o ejercer sus derechos colectivos, si tienen jornadas de 60 o 55 horas a la semana.

Esto es lo que he denominado el contexto adverso para el ejercicio de los derechos colectivos. Este contexto tiene ese resultado, esa es la caída de la afiliación sindical, del 21.9 al 4 %, ya dejando arriba el 21.9 del año 90 –ya no es el año 80, donde estábamos encima de 33– fíjense lo que viene sucediendo en los últimos años, de un promedio de 4 en general desde el 2008 hasta el 2012,

el 2013, el primer año de arbitraje laboral colectivo, la tasa de afiliación crece a 6.2 %, pero si lo vemos estadísticamente es un 50. En mis hipótesis está que el arbitraje laboral colectivo es una de las causas que explica este pequeño repunte sindical.

(Hace referencia a otra lámina) Esta es la negociación colectiva, de nuevo desde los 80; del 85 acá esta es la negociación colectiva y quisiera evaluar si es que el arbitraje desincentiva o no la negociación colectiva, porque ese es un tema verdaderamente relevante. Resulta que si evaluamos los convenios colectivos iniciados y los convenios colectivos suscritos, la tendencia es creciente, en ambas variables la negociación colectiva ha empezado a crecer como creció la tasa de afiliación ; es una cosa casi mecánica, a más afiliación, más sindicatos y más negociación colectiva parece ser la indicación.

En arbitrajes, ese es el mapa desde el 93 (otra lámina). Ojo cuando decimos que se ha desincentivado la negociación por el arbitraje; estamos lejos de los arbitrajes de inicios de los 90, lejos, lejos; de más de 80 a los 36 que se han previsto al año 2013.

En la evolución de procedimientos arbitrales ya ahora sí, ciñéndonos a los años exactamente entre octubre de 2010 y setiembre de 2011, teniendo en cuenta que en setiembre de 2011 entra en vigencia el Decreto Supremo N° 014, los tres periodos, 2010-2011, 2011-2012 y 2012-2013 muestran más o menos entre octubre y setiembre ese crecimiento, es cierto, el arbitraje ha crecido casi en un 300 % - 277 % para ser exacto). Pero, ¿qué ha pasado con los convenios colectivos? Porque podría darse el caso que el laudo esté sustituyendo al convenio. Allí están para los mismos periodos los diagramas correspondientes a los convenios colectivos (está refiriéndose a la lámina): el pedazo azul de la torta es el número de convenios y la variación ha sido realmente ínfima, estamos entre el 80 %, luego el 81 % y luego el 79 %.

El porcentaje de convenios suscritos no se ha reducido. ¿Saben qué se ha reducido? El número de convenios en conciliación y en extra proceso. Pero no se ha reducido porque se hayan saltado del trato directo directamente a arbitraje, sino porque transitando todos los caminos, no han conseguido un convenio colectivo. Y claro, el arbitraje está cambiando el modelo de Relaciones Colectivas en el Perú, porque el modelo que parece instaurarse en los 90 es el que deja el conflicto abierto, a falta de acuerdo, arbitraje o huelga, si no había arbitraje voluntario el conflicto quedaba abierto porque el sindicato no tenía mucha fuerza, si recordamos los datos que el propio Carlos Blancas dio en la ponencia anterior respecto del número de la caída de la tasa de afiliación y el número de sindicatos cancelados. Pues ese modelo está empezando a ser sustituido por el modelo en donde el

conflicto no queda abierto, sino que se resuelve, transitadas todas las etapas, por arbitraje. Este es un modelo que históricamente no nos debe llamar a sorpresa; hasta el año 92 la negociación colectiva era trato directo, conciliación y si no había acuerdo, resolución por la Autoridad Administrativa de Trabajo, ¿recuerdan?, eso era arbitraje público obligatorio; de allí hemos pasado al otro modelo, al del conflicto abierto, y ahora parece que estamos regresando no al modelo anterior de solución administrativa, pero sí a un modelo más cerrado que culmina con un laudo arbitral emitido por un tribunal independiente.

Pasaré ahora a ver qué dicen los datos de los 75 laudos que he estudiado. En primer lugar, de qué tratan esos laudos, a quiénes regularon, etc. etc. Si vemos, (otra lámina) de nuevo tomando el lapso 2011-2014, tenemos más o menos ese esquema: 38 laudos emitidos como arbitrajes voluntarios contra 30 potestativos; tenemos 6 incausados y 1 arbitraje obligatorio; esa es la composición general. En estos tres años no es mayor el número de arbitrajes potestativos en el Perú, porque parecería en los últimos años que todos son potestativos, pero son más los arbitrajes voluntarios, incluso si les sumamos los incausados, estaríamos en 36 contra 38. Primera constatación: el arbitraje colectivo en el Perú tiene un peso muy significativo de la voluntad de las partes, el potestativo no es el único arbitraje, inclusive en términos reales el voluntario es mayor.

Si lo vemos año por año, viéndolos entre voluntarios y potestativos, claro, en el año 2011 fundamentalmente están los arbitrajes voluntarios; en 2012 ya vamos que hay 20 voluntarios y 18 potestativos; en 2013 se invierte un poco y son más los potestativos que los voluntarios, 11 contra 7; y en 2014 aparecen los potestativos incausados que los he diferenciado porque creo que ameritan también un tratamiento separado: hay 3 voluntarios, hay un potestativo y hay hasta mayo 6 arbitrajes potestativos incausados, 3 en el Sector Público (los 3 de Sunarp), 3 en el Sector Privado (Edegel, Robrisa y Telefónica), esos son los 6 que hay hasta ahora. ¿Qué encuentro yo en esta lámina que me llama la atención? El arbitraje potestativo ha tenido su mejor año en el 2012; en el 2013 siendo mayor que el voluntario, ya eran 11 frente a 18 del 2012; y en el 2014 el potestativo causal empieza a reducirse a mínimos y su lugar está siendo ocupado por el arbitraje potestativo incausado.

Si vemos por causales de procedencia y por propuesta adoptada en los 75 laudos estudiados, ¿qué tenemos? Que los arbitrajes por mala fe son considerablemente numerosos, son 18 contra los de primera negociación que son 7, la distancia no es tan grande pero ahí está a la vista. Y en el caso del arbitraje por propuesta, hay 18 que acogen la propuesta de los trabajadores y hay 8 que acogen la propuesta de la empresa, tampoco es una cifra desdeñable.

Si vemos por causales de mala fe, la línea que tiene el mayor número es la línea, el cajón de sastre que tiene la norma, es decir, toda aquella conducta que no esté anteriormente tipificada y que tenga por finalidad obstaculizar o impedir la negociación; hay 8 y hay de los más variados, desde el empleador que puso la cámara y no le avisó al sindicato y los filmó y cuando se levantaron de la mesa les dijeron “ah, por si acaso te estuve grabando (...)”; desde los casos en los que no se dejó ingresar al asesor de los trabajadores a la negociación; o cuando se le dejó ingresar y se le puso en un cuarto diferente; o cuando dejándolo ingresar al mismo espacio de la negociación se le sentó en una esquina en una sillita que decía asesor (...); hay muchos casos en este rubro de 8 porque claro, las conductas son muy variadas.

Pero si tuviéramos que pensar en la principal causal es sin duda el incumplimiento del derecho de información, ya sea a la organización o al Ministerio de Trabajo; se ven 5 causales sobre información a los trabajadores y 4 al Ministerio de Trabajo, un tema muy importante porque la información no se daba y la única sanción era económica y esa sanción no era disuasiva; cuando uno monetariza el incumplimiento de un derecho fundamental, el sujeto que está en condiciones de pagar, pues paga; cuando se produce el arbitraje potestativo y tiene como causal este asunto, hemos visto un cambio de comportamiento significativo respecto del derecho de información que ahora tiene una tasa mucho mayor de cumplimiento.

Vayamos entonces a las conclusiones. La primera es que el arbitraje colectivo hasta el 2011 era fundamentalmente voluntario; era voluntario, era exiguo, era marginal, porque no determinaba nada en el sistema de relaciones laborales y estaba en el Sector Público fundamentalmente porque las restricciones presupuestales hacían que los funcionarios estuvieran impedidos de dar un aumento y entonces los tribunales arbitrales lo hacían.

En segundo lugar, en el contexto. El contexto anterior al Decreto Supremo N° 011 era muy adverso y ha mejorado desde que tenemos esta posibilidad de cerrar el conflicto en un país con un movimiento sindical casi diminuto. De nuevo, insisto, ahora que ha crecido 50 %, está en 6 % de tasa de afiliación

En tercer lugar, el arbitraje potestativo causal casi triplica el número de arbitrajes, habían 13, ahora hay 36 arbitrajes según la data del Ministerio de Trabajo, que debo decir es una data un poco subvaluada porque no están todos los arbitrajes que deberían, en los 75 del estudio tengo más que los que el Ministerio de Trabajo tiene.

En cuarto lugar, desde la vigencia del arbitraje potestativo causal, el número de convenios no se ha reducido, sino ha llegado incluso a ampliarse, se ha reducido el número de acuerdos –como les decía– en extra proceso y en conciliación pero porque estas etapas se agotaron sin acuerdo. Este arbitraje potestativo causal además se ha transformado en un instrumento muy importante de fomento de la negociación colectiva, del cumplimiento del mandato constitucional del artículo 28 que dice que el Estado está obligado a fomentar la negociación colectiva y a promover las formas pacíficas de solución de los conflictos, mandato constitucional que ni siquiera debería requerirse, quien se acerca al mundo de los derechos humanos, de los derechos fundamentales, sabe que hay garantías negativas y positivas y que las positivas dicen eso: obligaciones de garantía y de fomento, pero bueno, nuestra Constitución es absolutamente explícita y creo que bajo ese manto se ha aprobado esta regulación, y esta regulación ha demostrado que efectivamente la negociación colectiva y la sindicalización se han visto impulsadas.

Como siguiente conclusión, la afiliación sindical, ya lo dijimos, ha crecido y creo que la negociación se ha fortalecido no solo cuantitativamente, sino cualitativamente. La calidad de la negociación colectiva en el Perú ahora es mucho mejor que antes del 2011, porque se han eliminado una serie de prácticas de mala fe que la desnaturalizaban. En una relación asimétrica de poder, sin capacidad de controlar en muchos casos las prácticas que afectaban el Derecho, este se ha visto reducido a mínimos; ahora esto ha crecido mucho.

Iré terminando con mi conclusión general. El tiempo es tirano y hay que respetarlo. Yo creo realmente que las relaciones colectivas de trabajo peruanas, que funcionan todavía en un contexto laboral muy adverso, se han dinamizado y enriquecido con la llegada del arbitraje potestativo en sus dos versiones, en sus dos manifestaciones o expresiones: causal e incausado. No solo ha crecido la tasa de sindicación y el número de negociaciones, sino que estas se llevan a cabo en un contexto de mucha mayor calidad como consecuencia del respeto más acentuado del deber de negociar de buena fe. Este fortalecimiento de la tutela colectiva conduce, pues, a un mejor reparto de la riqueza y del poder en nuestra sociedad, por lo que contribuye efectivamente a hacer un Perú mucho más justo y democrático. Esa es la boca del cocodrilo de la que muchas veces no queremos escuchar hablar.

En el año noventa la relación de ingresos por capital y de trabajo tenían 22 puntos de diferencia. El año 2012 tiene 41.5 puntos de diferencia, o sea, la distribución de la riqueza en el Perú es muchísimo más injusta que en el año 90. El Perú es más rico por cierto, pero la distribución es mucho más injusta, ¿por qué? Porque

la negociación colectiva sigue alrededor del 5 %. El principal instrumento de distribución de la riqueza en cualquier país civilizado se llama negociación colectiva.

INICIO DE SEGUNDA RONDA

Dr. Martín Carrillo Calle

Sumamente motivadoras las expresiones compartidas por los colegas. Voy a tomar dos o tres temas muy puntuales, obviamente el efecto es polémico pero no por eso resta aprecio y consideración a los colegas que comparten otra posición.

Resulta a veces paradójico que quienes han coincidido con la acción popular contra el D.S. N° 014 ahora se sumen a la lista de sus defensores. Resulta paradójico que quienes en muchos casos han sumado pronunciamientos en contra del Comité de Libertad Sindical o del Comité de Expertos ahora sean los primeros en citar. Pero vamos por partes. No solo hablemos de la OIT, sino más bien dejemos que la OIT diga lo que tiene que decir en referencia al Convenio 98.

Tres cosas muy puntuales. ¿Qué es lo que le pide el artículo 4 del Convenio 98 a los países que han suscrito esta norma internacional, como es el caso del Perú?: que se estimule y fomente el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria. ¿Cuándo deben darse las medidas de estímulo y fomento para ese propósito?: cuando las condiciones existentes en el mercado de trabajo adviertan en su necesidad por lo que no es una obligación exigible en todo tiempo y lugar. ¿Qué características deben tener las medidas de estímulo y fomento que exige el Convenio 98 a los países suscriptores?: deben ser medidas adecuadas a las condiciones nacionales por lo que no existe una receta única que derive de la norma internacional que deba ser seguida por los países obligados a su cumplimiento. Me eximo de hacer más detalles a las condiciones nacionales, la presentación del Dr. Villavicencio ha sumado muchas cosas.

Aquí se ha dicho y basta ingresar a un sitio web, ir a la base de datos que se llama Norlex que está en la página de la OIT y ahí están los pronunciamientos del Comité de Expertos en Convenios y Recomendaciones. Aquí se ha dicho categóricamente que la tesis del arbitraje potestativo y particularmente del incausado es contraria al Convenio 98 y sancionable o perseguida por la Comisión de Expertos. Vamos por puntos. Periodo 1994-2012 (base de datos, acceso abierto, en cualquier momento verificable) “El Comité de Expertos ha formulado observaciones al Perú sobre su cumplimiento a lo dispuesto por el Convenio 98 en trece

oportunidades, habiendo revisado en ocho de estas trece el cumplimiento del Perú sobre el Convenio 98, años 1995, 1999, 2000, 2001, 2004, 2006, 2010 y luego del DS 014, en el 2012. Ocho revisiones puntuales del Convenio 98, obligaciones peruanas; se ha revisado de manera expresa la compatibilidad de nuestra legislación laboral con lo dispuesto en el artículo 4 del referido Convenio y en ninguna de esas ocho revisiones se ha formulado observación alguna sobre el arbitraje potestativo existente en la Ley desde 1992 y ampliado en su Reglamento del 2011. Este tema ha sido revisado por el Comité de Expertos y no hay observación ni en el modelo de la Ley ni en el modelo del Reglamento.

El Comité de Libertad Sindical, cuidado, se citan los casos donde el Comité ha planteado una reserva del arbitraje obligatorio. No estamos hablando de arbitraje obligatorio, hay voluntario, hay obligatorio y hay potestativo, el que tiene mayores previsiones es el obligatorio, pero ahora estamos hablando del arbitraje potestativo y el Comité ha dicho –y hay que leer completas las referencias-: El Comité ha señalado que aquella legislación que imponga un arbitraje con efectos vinculantes por iniciativa de las autoridades –*que no es el caso*– o de una de las partes –*que podría ser el caso en el potestativo*– en sustitución de la huelga, cuando sustituya a la huelga, y aquí sabemos que el modelo es que los trabajadores escogen entre arbitraje y huelga, son ellos los que deciden, no se le impone el arbitraje, por lo tanto, entonces no hay pronunciamiento de expertos sobre el caso peruano, habiendo habido evaluación y las observaciones del Comité de Libertad Sindical, siendo principistas se refieren específicamente a supuestos de arbitraje obligatorio, que no es el caso, no confundamos, y puntualmente a la imposición, cuando esa imposición significa que los trabajadores no pueda ir a la huelga. Quien tenga interés revise el caso 1140, que es un caso de Colombia de noviembre de 1984 como posición del Comité de Libertad Sindical con esos elementos correspondientes.

Se ha señalado, entonces, tengamos presente, lo siguiente. El principio de negociación voluntaria, porque se ha dicho, claro, el Convenio 98 es negociación voluntaria y el Perú niega esa negociación, está en contra del Convenio 98. No es verdad. El principio de negociación voluntaria puede coexistir con determinadas obligaciones que hagan efectivo el derecho a negociar que tienen las partes y en especial los trabajadores. Para el Comité de Libertad Sindical lo dispuesto en el artículo 4 tantas veces mencionado, no significa que los gobiernos deban abstenerse de adoptar medidas encaminadas a establecer mecanismos de negociación directa, por el contrario, los gobiernos son llamados a desempeñar un papel fundamental en la creación de un entorno propicio para fomentar la negociación colectiva. Generar condiciones entonces para superar los elementos adversos acreditados en la presentación que ha hecho el Dr. Villavicencio.

Recordemos que para el Tribunal Constitucional el contenido constitucional del derecho a las negociación colectiva supone que el Estado puede efectuar acciones positivas que tutelen al trabajador atendiendo que en los hechos este no se encuentre en igualdad de condiciones respecto de su empleador a la hora de la negociación, a efectos de llegar a un acuerdo que satisfaga sus intereses. Este es un pronunciamiento del 2002, en el caso del Jockey Club del Perú. Pero en el caso Capeco del año 2003 ya se señalaba la intervención del Estado en acciones positivas en materia de negociación. Y en el caso Sunat del año 2013 ya citado, se vuelve a reiterar esa posición.

Acciones positivas ¿cómo cuáles? ¿son nuevas? No, están presentes, el arbitraje potestativo incausado es una acción positiva que se adopta en cumplimiento del artículo 282 de la Constitución y que resulta ser una –hay más en la misma Ley– de las medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar la negociación colectiva, según lo dispuesto por el artículo 4 del Convenio 98 tantas veces citado.

¿Cuáles son las otras medidas que están en la Ley y que, por lo tanto, tendrían que ser excluidas porque no se condicen con el principio de negociación voluntaria en esta posición tan radical y purista?:

- la obligación de negociar y, por lo tanto, de recibir el pliego petitorio: está en la Ley
- el plazo que se impone para el inicio de la negociación directa: está en la Ley
- la obligación de negociar de buena fe para ambas partes y de proporcionar información tanto del sindicato como de la Autoridad Administrativa de trabajo: artículos 41, 54, 55, 56 y 57 de la Ley

Todos estos son condicionamientos y, por lo tanto, serían contrarios a esta lectura del principio de negociación voluntaria.

Esta mañana se ha hecho un justísimo homenaje a Mario Pasco y yo acabaré mi intervención citándolo, ¿en qué sentido' aquí se intenta oponer al arbitraje a la negociación directa, esa no es la dicotomía, cuando el arbitraje a lo que es alternativo es a la posibilidad de que la negociación colectiva se quede sin resolver, el conflicto irresuelto, que el conflicto se mantenga abierto de manera indefinida o a la opción de recurrir a la huelga en caso los trabajadores opten por ella. ¿A qué escenario nos lleva la lectura extrema del principio de negociación voluntaria que se propone esta tarde? La respuesta a esta interrogante la doy citando a

Mario. Pasco dice “la apertura a un sistema puramente voluntarista tiene el inconveniente de que la parte más fuerte puede frustrar el arbitraje con su sola abstención. Si dicha parte es el empleador, como suele suceder, los trabajadores se ven enfrentados a una disyuntiva penosa, la huelga o la frustración total de sus expectativas y si su propia flaqueza les impide recurrir a vía directa, el patrono terminará imponiendo las reglas de juego”. Contra esa imposición es que se puede y se sostiene y habrá que desarrollar modalidades de arbitraje potestativo encausado.

Dr. Ignacio Castro Otero

Creo que no es casualidad que el incremento de los laudos arbitrales se hayan dado justamente como consecuencia también de un incremento de la mayor sindicalización y de un aumento de la mayor existencia –a manera de registro, digamos– de sindicatos. Ciertamente no tengo los datos que tiene Alfredo, sin embargo, de mi experiencia profesional reafirmo el comentario que hice hace un momento en el sentido que el arbitraje potestativo es un desincentivo no de la negociación colectiva, sino de la negociación directa. Cuando estás en mesa tienes una doble función, convencer al sindicato de resolver en mesa las partes sus propios problemas, no habrá creo yo ninguna mejor solución que la que las partes adopten. Cuando uno se va a un arbitraje definitivamente las dos partes no van a estar contentas con el resultado, ni siquiera la parte que gana –la parte que gana en el sentido de que se escoge su propuesta final– porque con la facultad de atenuación que existe y se utiliza generalmente, ni siquiera la parte que presenta su propuesta termina siendo beneficiada, si queremos decirlo de esa manera, con la propuesta que hizo.

Es decir, creo que la solución por terceros no es la que debiera ser recomendada. Creo que se debería poner énfasis en la que las partes lleguen al acuerdo que ellas crean conveniente. Evidentemente estamos siempre hablando dentro de un contexto de buena fe; si hay actos de mala fe únicos o reiterados, evidentemente hoy existe una regulación para canalizarlos; estamos hablando de situaciones en las que se siente en la mesa una clara desventaja por la existencia de un arbitraje que no necesita ni siquiera estar motivado, ¿no? es como decía, un arbitraje especulativo; eso existe, se siente, los que estamos envueltos profesionalmente en el tema lo hemos notado.

Respecto del tema del marco normativo, ciertamente me reafirmo en mi opinión anterior. Creo que el artículo 4 del Convenio 98 de la OIT debe interpretarse de acuerdo a lo que su letra dice (*comenta dirigiéndose a la mesa: ciertamente no he participado en alguna de esas asesorías que comentabas*) y creo que el arbitraje contenido en la Ley es uno voluntario, el arbitraje potestativo

ha sido establecido a raíz del Decreto Supremo N° 014-2011 y creo que ese arbitraje potestativo es acorde con la posición de la OIT en el primer caso de primera negociación, la propia OIT admite situaciones excepcionales por las cuales eso puede ocurrir, esa es una de ellas. Personalmente creo que los actos de mala fe también porque hay un supuesto de bloqueo de negociación que también atentaría contra la negociación voluntaria, entiendo que Germán no es de la misma opinión, sin embargo tanto en el literal a) como en el literal b) del artículo 61 a caben situaciones excepcionales, autorizadas por la OIT y que serían compatibles con el Convenio 98.

Dra. Beatriz Alva Hart

Solo para precisar, importante la información proporcionada por el Dr. Villavicencio. Qué curioso que los arbitrajes voluntarios son en su mayoría del Sector Público y por la circunstancia señalada por Alfredo, porque el Sector Público no tiene otra forma de sacarle la vuelta al MEF con el tema de los aumentos, a pesar de que nos han cambiado el área presupuestal y simplemente los árbitros nos quieren lapidar, seguramente muchos de nosotros vamos a tener una serie de demandas por la nulidad de laudos, pero ¿dónde está la parte voluntaria del Sector Privado natural por el arbitraje? Ese es otro tema que también nos lleva a repensar que finalmente hemos llevado el tema de la solución del conflicto colectivo de la negociación colectiva a un arbitraje impuesto.

Dr. Germán Ramírez Gastón Ballón

Después de estos comentarios me pregunto, ¿estamos haciendo un arbitraje de derecho o estamos haciendo un arbitraje económico?

La primera respuesta que se me ocurre decir, es que en la práctica, el arbitraje laboral se ha convertido en uno de derecho, desnaturalizando lo que es un arbitraje de conciencia.

No cabe estar discutiendo el derecho aplicable al caso. Los árbitros estamos llamados para escoger la propuesta final, aquella esté acorde a las necesidades y situación económica.

En buena cuenta no se necesita prácticamente ser abogado para ser árbitro; sin embargo, percibimos por esta discusión diferentes puntos de vista, haciendo alusión a pronunciamientos en los cuales no he participado, ni emitido opinión sobre la inconstitucionalidad o no del Decreto Supremo N° 014. Más bien, en respeto de la legalidad lo he aplicado en numerosos casos, pero sí me preocupa que estemos desnaturalizando el verdadero arbitraje. El arbitraje es de propuesta final

y los árbitros estamos llamados a escoger la propuesta final que nos parezca más razonable.

Me preocupa también observar que pareciera que nos hemos quedado en una serie televisiva de los años ochenta, los “Thundercats” ..., ustedes los recordarán, porque en ella se decía una famosa frase, “*espada del augurio, quiero ver más allá de lo evidente*” ¿y qué es lo evidente? ... Lo que está en el Convenio 98 de la OIT. Ver otra interpretación distinta a través de una serie de argumentos es desnaturalizar el arbitraje de conciencia, el arbitraje económico, que es de propuesta final.

Entonces, si nos vamos a distraer en el control difuso, en lo que dice la jurisprudencia o en lo que dicen las opiniones de diversos autores, vamos a encontrar siempre discrepancias.

Lo que sí encontramos –y lo digo bajo mi punto de vista personal– es que ha habido en los últimos años un criterio errático en la aplicación del arbitraje de conciencia con diferentes interpretaciones sobre las cuales todos deberíamos sentirnos culpables porque lo que se trata de cerrar es precisamente un conflicto y no generar nuevos. Incluso se menciona como sustento del arbitraje incausado el evitar la huelga. Sobre el tema también me pregunto, ¿acaso la huelga no tiene como característica ser pacífica?

Otra interrogante que me hago sobre el particular es si pueden ejercitar el derecho de huelga aquellos sindicatos que no son mayoritarios ... La respuesta es negativa, por lo tanto, el argumento de evitar la huelga es artificioso, no debería ser un inconveniente ejercer el derecho de huelga si es un medio pacífico de solución, más aún cuando resultan trasnochadas aquellas teorías que señalan que la huelga es un conflicto social; lo que buscamos y queremos rescatar frente a todo esto es el diálogo de las partes.

Para concluir, quisiera señalar que la constitución y la ley fomentan la negociación colectiva, pero no dicen que debe fomentarse el arbitraje. Bajo dicha perspectiva, lo que hay que fomentar es el diálogo, no precisamente una solución impuesta y por eso me permito en este último minuto –aunque se me quedaron varios puntos en el tintero– presentar una propuesta: considero que las posiciones finales de las partes en la etapa del trato directo, o conciliación deberían constar en un acta y solo sobre esas posiciones finales deberían pronunciarse los árbitros con la finalidad de sincerar el diálogo de las partes.

No cabría, por tanto, cambiar las propuestas fijadas en dicha acta final y con eso nos evitaríamos estar recurriendo a interpretaciones de derecho sobre la

procedencia o no del arbitraje, dejándoles solamente a los árbitros decidir y laudar con base en un arbitraje de conciencia.

Dr. Alfredo Vllavicencio Ríos

Tenía catorce temas puntuales anotados pero voy a seguir el ejemplo de quienes me han precedido y presentaré tan solo una reflexión general, que incluso va mucho más allá de nuestro Derecho del Trabajo.

Creo que estamos en el Perú, en este siglo, muy tarde para lo que ha sucedido en otras naciones, comenzando a vivir lo que se llama el Estado Constitucional de Derecho. Estamos dejando atrás el Estado Legal de Derecho que nos ha regido durante tanto tiempo, donde el legislador hacía lo que quería, la Constitución era una declaración de principios sin eficacia real y, por lo tanto, las leyes eran el instrumento jurídico fundamental.

Desde que se tuvo que vivir la posguerra en la II Guerra Mundial y se encontró con que el criterio de mayoría-minoría era absolutamente insuficiente para manejar el Estado –Hitler tenía una mayoría abrumadora y, sin embargo, hizo lo que hizo– entonces renacieron una serie de teorías, el neo constitucionalismo particularmente, que dijeron no, no es un problema solo de mayorías, no es un problema cuantitativo, aquí, para empezar, hay que respetar los derechos fundamentales y en segundo lugar, el equilibrio de poderes y de fuerzas políticas y sociales y solo a partir de esto tendremos un Estado Constitucional que jurídicamente se tradujo en fuerza normativa de la Constitución, es decir, se aplica directamente y puede ser reclamada ante los jueces y debe ser preferida; y fuerza y eficacia horizontal no solo a las relaciones individuo-Estado, sino entre particulares, y es el Derecho del Trabajo el que funda la sentencia del Constitucional alemán para la eficacia horizontal como muchas otras veces en función de una cláusula que afectaba un derecho fundamental en un contrato de trabajo.

Este Estado Constitucional, además, transforma a la Constitución en una Constitución viva, una Constitución que se interpreta y enriquece permanentemente a partir de las decisiones del Tribunal Constitucional y de los jueces constitucionales y, además, en una constitución dirigente, en una constitución que no es una foto en un estante, sino que es un norte, es un conjunto de valores y principios que marcan claramente cuál es el fin que se persigue con las normas jurídicas.

En ese terreno y con esa lógica queridos amigos, que es lo que ha pasado en el mundo hace 40 o 50 años y está pasando en el Perú desde la recuperación democrática, quiero enfocar las últimas palabras de esta intervención. Nosotros tenemos un principio en la Constitución que es el principio de autonomía colectiva

en sus tres manifestaciones: sindicación, negociación y huelga, que la Constitución ordena garantizar, promover y fomentar. Como si hiciera falta lo anuncia porque sabe cómo ha sido nuestro Estado. Ese principio tiene una finalidad fundamental que es servir de mecanismo de equilibrio de los poderes sociales en la redistribución de la riqueza y del poder. Esa es la finalidad. Ya no busquemos la solución en las normas, por Dios. El fin o el advenimiento del Estado Constitucional trae consigo la crisis de las tesis positivistas. En el año 1965, Dworkin pone en jaque al positivismo de Hart que había llegado pues a niveles estratosféricos con el caso Palmer, nieto que reclama la herencia del abuelo, con una sola peculiaridad: el nieto había matado al abuelo, y claro, en el ordenamiento jurídico estadounidense esa no era una causal para excluir al nieto de la herencia; y la Corte Suprema norteamericana –finales del siglo XIX– dice “esto no lo puedo resolver con las normas, lo tengo que resolver con los principios” y echa mano al principio de que nadie se puede enriquecer de su propio acto delictivo para decirle al nieto “ni un centavo del abuelo al que mataste”.

Lo mismo, el Estado Constitucional trae un reverdecimiento clarísimo de los principios; imagínense ustedes que estuviéramos sin un mandato constitucional de jornada, que no tuviéramos una norma que dijera que la jornada es de 8 horas al día y 48 horas a la semana y que dijera que la jornada se puede pactar libremente entre el empleador y el trabajador ¿no será esa una norma inconstitucional? ¿no sería una norma inaceptable a la luz de los principios del Derecho del Trabajo? Por supuesto que sí.

Entonces mi reflexión final es: en el arbitraje tenemos que fijarnos en la función ¿y saben qué está cambiando? El papel que juega el Estado, aquel Estado que con su abstención no quiso intervenir en la relación fuerte contra débil porque el fuerte iba ganando y era el que le gustaba, ahora dice no, ahora voy a cambiar las reglas y lo que disgusta es que hay un cambio de poder, donde el Estado se ausentaba y se favorecía a la parte fuerte, el Estado dice no; ahora en esa negociación el sindicato tiene a su favor decir “si no me haces una propuesta razonable esto termina en arbitraje”, ese cambio en la distribución del poder, del sindicato pequeño que tiene su primera negociación en este país de 5 % de afiliación sindical, ese cambio en las relaciones de poder es la clave para entender todo esto.

El profesor Palomeque nos enseñó que la negociación colectiva es un proceso político, es un proceso que se funda en una controversia y que da una solución normativa, claro, pero lo que nos enseñaron los ingleses es que la negociación colectiva es el uso diplomático del poder y el arbitraje contribuye sinceramente y sentidamente a cumplir ese fin de uso diplomático de poder.