

El arbitraje laboral en la negociación colectiva peruana: luces y sombras

Miguel F. Canessa Montejo

Abogado y sociólogo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid.
Contacto: miguelcanessa@hotmail.com.

SUMARIO

1. El arbitraje potestativo en la negociación colectiva. 2. El arbitraje potestativo en la negociación colectiva peruana. 3. La aplicación del arbitraje laboral en la negociación colectiva peruana. 4. Los costos económicos del arbitraje laboral. Reflexión Final.

Hace casi dos décadas abordé una investigación sobre el arbitraje laboral en la negociación colectiva de Lima Metropolitana, concluyendo que este mecanismo de solución de conflictos tenía un escaso peso cuantitativo respecto a las otras modalidades de solución, a pesar que la Ley de Relaciones Colectivas de 1992 (en adelante, LRCT) lo adoptó como sustituto al arbitraje obligatorio del Ministerio de Trabajo que era violatorio del artículo 4 del Convenio N° 98 de la OIT. La mala redacción del artículo 61 del Decreto Ley N° 25593 condujo a interpretaciones contradictorias sobre el arbitraje laboral. Inicialmente se entendió que la norma formulaba el arbitraje potestativo, pero luego se varió por el arbitraje voluntario. Esta modificación socavó su uso, dado que los empleadores peruanos sistemáticamente rechazaron la solicitud de arbitraje. Por ello, el mecanismo de solución fue escasamente usado representando en 1997 el 0,5% de los resultados de la negociación colectiva de la capital¹.

Esto se modificó con la sentencia del 17 de agosto de 2009 y la resolución aclaratoria de 10 de junio de 2010 del Tribunal Constitucional donde reestablece la interpretación del arbitraje potestativo en la LRCT. Este criterio ha sido reiterado por el Alto Tribunal en posteriores sentencias constitucionales.

Ante la nueva situación jurídica se produce un crecimiento de arbitrajes a nivel nacional, especialmente, en la administración pública, a consecuencia de la prohibición dispuesta por las leyes de presupuesto y la Ley del Servicio Civil sobre el otorgamiento de incrementos remunerativos a los servidores públicos. Los tribunales arbitrales dejan de aplicar estas leyes sobre la base de que dicha prohibición viola el contenido esencial del derecho de negociación colectiva establecido en la Constitución peruana (artículos 28 y 42). Si bien el Ministerio de Economía y Finanzas —verdadero gestor de estas prohibiciones— buscó evitar que estos laudos arbitrales tuviesen vigencia y sancionó a los árbitros que lo adoptasen, las recientes sentencias constitucionales de 3 de septiembre de 2015 y de 26 de abril de 2016 declararon inconstitucionales dichas prohibiciones, señalando que solo se puede limitar la negociación colectiva al respeto del equilibrio presupuestal, con lo que se respalda la actuación de los árbitros.

El presente Estudio pretende medir el impacto del arbitraje laboral en la negociación colectiva peruana, planteándose como interrogante principal: ¿si el nuevo escenario jurídico le ha permitido al arbitraje superar su inoperancia? Para responderlo se ha dividido el Estudio en cuatro apartados. En el primero se analiza el marco conceptual del arbitraje potestativo, En el segundo se aborda su incorporación al ordenamiento nacional por medio de la jurisprudencia constitucional y la norma reglamentaria de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. En el tercero se recuperan los resultados estadísticos del arbitraje laboral en los noventa y se examinan los resultados estadísticos del arbitraje laboral entre el 2000 al 2015. En

¹ Cfr. CANESSA MONTEJO, Miguel F. "El arbitraje en la negociación colectiva de Lima Metropolitana". En: *Asesoría Laboral*. Lima: Caballero & Bustamante, Año IX, Enero 1999, N° 97.

el cuarto se analiza la onerosidad del arbitraje laboral y se formula una propuesta. Finalmente, hay una breve reflexión final sobre el Estudio.

1. EL ARBITRAJE POTESTATIVO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El arbitraje es definido como un mecanismo de solución de conflictos —individual o colectivo—, donde las partes designan a un tercero —árbitro o tribunal arbitral— al que someten su conflicto y aceptan que su decisión sea vinculante. Se pueden identificar las tres características del arbitraje: a) un mecanismo de solución de conflictos —individual o colectivo—; b) la solución proviene de un tercero designado —árbitro o tribunal— quien emite una decisión; c) la decisión tiene fuerza vinculante por el compromiso adquirido de las partes.

La doctrina reconoce tres tipos de arbitrajes laborales: *voluntario*, *obligatorio* y *potestativo*. El arbitraje voluntario es aquél en que las partes consensualmente deciden someter su conflicto a un tercero designado por ellos, quien emitirá una decisión —laudo— que será de obligatorio cumplimiento. El arbitraje obligatorio es aquél en que la norma compele a las partes en litigio a someter su conflicto a un tercero. El arbitraje potestativo (también conocido como unilateral o voluntario vinculante) es aquél en que la norma otorga a una de las partes la facultad de someter el conflicto a un tercero, estando obligado la otra parte a ese sometimiento. Estos tres tipos de arbitrajes se definen en función a la existencia o no del consenso en someter el conflicto a un tercero; en el voluntario son ambas partes, en el obligatorio la norma lo impone, y en el unilateral una de las partes tiene esa potestad.

Se suele equiparar el arbitraje unilateral con el obligatorio porque no existe el consenso de las partes sino la decisión de una de ellas al momento de someter el conflicto a un tercero. Pero la diferencia sustancial consiste en que el arbitraje obligatorio es impuesto indefectiblemente a las partes si no se ha resuelto el conflicto, mientras que en el arbitraje potestativo no existe una imposición automática, siempre queda en atribución de la parte facultada la potestad de someter o no su conflicto a un tercero.

Este último tipo de arbitraje suele ser recogido por los ordenamientos laborales como una técnica de promoción a la negociación colectiva ante la debilidad de los trabajadores frente al empleador. En efecto, “parte de la doctrina ha constatado que el empresario actúa con buena fe o mala en la negociación colectiva atendiendo a criterios de coste y beneficio, en relación con la sanción impuesta ante el ilícito. De ahí que la «sanción» del arbitraje sea una buena manera de persuadir a la Patronal de la utilización de prácticas antisindicales”². También se ha argumentado en favor de este arbitraje que siempre está abierta la huelga como medida de los trabajadores antes del sometimiento del conflicto, a diferencia de su prohibición en

² BALLESTER PASTOR, María Amparo. *El arbitraje laboral*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993, p. 74.

el caso del arbitraje obligatorio. Asimismo, la intervención estatal se ve disminuida notablemente. Tampoco debe caerse en un uso indiscriminado porque revelaría la extrema debilidad de los trabajadores en poder llegar a un acuerdo negociado o la imposibilidad de presionar al empleador a través de la huelga³.

Sin embargo, para los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo —la Comisión de Expertos (en adelante, CEACR) y el Comité de Libertad Sindical (en adelante, CLS) no caben este tipo de distingos. Solo existen dos tipos de arbitrajes: el arbitraje voluntario y el arbitraje obligatorio. El arbitraje potestativo es una de las modalidades del arbitraje obligatorio.

La Comisión de Expertos se pronuncia en los siguientes términos al respecto:

La imposición del arbitraje con efectos obligatorios, ya sea en virtud de la ley, por decisión administrativa o *por iniciativa de una de las partes, en el caso de que las partes no hayan llegado a un acuerdo*, o después de cierto número de días de huelga, es una de las formas de intervención más radicales de las autoridades en la negociación colectiva (...). Por otra parte, el término «arbitraje obligatorio» en sí mismo da lugar a cierta confusión. Cuando se refiere a los efectos obligatorios de un procedimiento de arbitraje solicitado voluntariamente por las partes, la Comisión considera que ello no plantea problemas dado que se supone que las partes normalmente deberán acatar la decisión del árbitro o del tribunal arbitral que han elegido libremente. *El verdadero problema se plantea en el caso del arbitraje obligatorio, que las autoridades pueden imponer ante un conflicto de intereses, a solicitud de una de las partes, o por iniciativa propia, y cuyos efectos son obligatorios para las partes (la cursiva es mía)*⁴.

De modo que el arbitraje potestativo resulta siendo identificado por la CEACR como una modalidad contraria a la negociación libre y voluntaria recogida en el artículo 4 del Convenio N.º 98 de la OIT. Se trata de un criterio elaborado por la Comisión desde hace varias décadas en diferentes pronunciamientos y se consolidó con la publicación de su *Estudio General sobre Libertad Sindical y Negociación Colectiva* (1994)⁵.

Desde esa fecha la Comisión de Expertos ha reiterado en diversas ocasiones que la legislación o la autoridad de trabajo no debe imponer el arbitraje a solicitud de una de las partes. A modo de ejemplo, la Comisión de Expertos le señala al gobierno de Moldavia que enmendase el párrafo 1 del artículo 360 de su Código del

³ *Ibidem.*, p. 73-78.

⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Dar un rostro a la globalización. Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, 2008. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2012, párrafo 246.

⁵ Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Libertad Sindical y Negociación Colectiva. Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1994, párrafo 256.

Trabajo, que permite que las autoridades impongan el arbitraje a solicitud de una de las partes a fin de garantizar que el recurso al arbitraje obligatorio sólo resulta posible en el contexto de los servicios esenciales en el estricto sentido del término (es decir, aquellos cuya interrupción pueda poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población), o en el caso de los funcionarios públicos al servicio de la administración del Estado⁶. En el caso de Uganda, la Comisión expresa que las disposiciones que permiten a las autoridades imponer un arbitraje obligatorio o permitir que una parte presente unilateralmente un conflicto a las autoridades para su arbitraje, contravienen el principio de negociación voluntaria de los convenios colectivos consagrados en el *artículo 4* del Convenio⁷. Del mismo modo, la Comisión es rotunda sobre su pronunciamiento hacia Zambia, señalando que el artículo 78, párrafos 1), a) y c) y 4), de la ILRA, en su tenor enmendado, permite, en ciertos casos, a las partes remitir el conflicto a un tribunal o al arbitraje. La Comisión recuerda que el arbitraje impuesto por la legislación o a solicitud de una de las partes en los servicios que no son esenciales en el estricto sentido del término y que no implican a los funcionarios públicos que ejercen su autoridad en nombre del Estado, es contrario al principio de la negociación voluntaria de los convenios colectivos. *Por consiguiente, la Comisión pide al Gobierno que examine la posibilidad de revisar las disposiciones antes mencionadas a fin de garantizar que fuera de los casos mencionados, el arbitraje sólo pueda realizarse a solicitud de ambas partes involucradas en el conflicto*⁸.

En otras palabras, el arbitraje potestativo es equiparado al arbitraje obligatorio y está en contradicción con el principio de negociación libre y voluntaria recogido en el artículo 4 del Convenio N.º. 98 de la OIT. Aunque la CEACR matiza su afirmación al plantear excepciones válidas para la imposición del arbitraje obligatorio.

Estas excepciones planteadas se justifican al comparar el modelo de libertad sindical constituido por las normas internacionales del trabajo —los convenios 87 y 98— y su restrictiva plasmación en los ordenamientos nacionales. La libertad sindical significa el respeto simultáneo de los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cuando se exige el respeto del principio de negociación libre y voluntaria significa también que se complementa con que las organizaciones de trabajadores puedan ejercer la huelga como acción para la defensa de sus intereses. Por ello, el derecho de huelga es una forma de presionar a su empleador para alcanzar un convenio colectivo que está plenamente protegido por el Convenio 87⁹.

⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III, Parte 1a.)* Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2011, p. 129.

⁷ *Ibidem*, p. 206.

⁸ *Ibidem*, p. 226.

⁹ Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 5ª. Edición revisada, 2006, párrafo 531.

Así la acción sindical resulta suficiente sin que se requiera imponer un arbitraje potestativo a favor de los trabajadores en la negociación colectiva. Sin embargo, los órganos de control de la OIT son conscientes que un significativo número de ordenamientos nacionales se caracterizan por condicionar y restringir el derecho de huelga¹⁰, materializando una aplicación incompleta del modelo de libertad sindical de los convenios, y también se presentan situaciones que válidamente pueden restringirse el ejercicio de la huelga. En ambos casos se perjudica a la parte más débil de la relación laboral. Esto conduce a que los órganos de control de la OIT excepcionalmente reconozcan causas válidas para el arbitraje obligatorio.

Inicialmente se consideró admisible el arbitraje obligatorio en el marco de los servicios esenciales y en los casos de conflicto dentro de la función pública respecto de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado¹¹. Dado que el ejercicio de huelga puede ser limitado o restringido en razón a afectar derechos fundamentales de la ciudadanía, se permite que se le sustituya por un arbitraje obligatorio.

Posteriormente, se ampliaron las causales del arbitraje obligatorio. La CEACR admite como 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”¹². También lo admite cuando “existe un momento en la negociación en la cual tras negociaciones prolongadas e infructuosas, puede justificarse la intervención de las autoridades, cuando es obvio que el bloqueo no será superado sin una iniciativa de las mismas”¹³. Igualmente, la CEACR precisa en una Observación a Portugal de 2013 que el arbitraje obligatorio puede ser sometido ante una crisis aguda nacional o local¹⁴.

Finalmente, puede postularse que la mala fe en la negociación colectiva como una excepción válida del arbitraje obligatorio en tanto acarrea que la negociación sea prolongada e infructuosa. Si bien la CEACR no ha sido precisa al respecto, en su Observación a Portugal de 2016 se desprendería que lo acepta en el marco de la primera negociación colectiva. En efecto, al valorar los artículos 508 y 509 del Código de Trabajo luso, que permiten al ministro responsable del área laboral determinar por decisión fundamentada el recurso al arbitraje obligatorio. La Comisión toma nota que en virtud del artículo 508, párrafo 1, inciso c), del Código del Trabajo, el recurso al arbitraje obligatorio es sólo posible en su primer numeral: por requerimiento de una de las partes, tratándose de una primera convención colectiva, cuando “haya habido negociaciones prolongadas e infructíferas, conci-

¹⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Óp. Cit., 2012, párrafo 123.

¹¹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Óp. Cit., 2006, párrafo 564.

¹² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Óp. Cit., 1994, párrafo 257.

¹³ *Ibidem.*, párrafo 258.

¹⁴ Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III, Parte 1a.)* Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2013, p. 163.

liación o mediación frustrada y no haya sido posible dirimir el conflicto mediante el arbitraje voluntario, por mala fe negocial de la otra parte”¹⁵. Posteriormente, mencionamos que esta situación se reproduce en el caso peruano.

La Comisión de Expertos en un largo párrafo recopila parcialmente las causas válidas del arbitraje obligatorio:

De manera general, es contrario al principio de negociación voluntaria el arbitraje obligatorio cuando las partes no llegan a un acuerdo. La Comisión considera que el arbitraje obligatorio solo es aceptable en ciertas circunstancias específicas, a saber: i) en los servicios esenciales en sentido estricto del término (es decir, aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población); ii) en los casos de conflicto en la función pública respecto de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado; iii) cuando, tras negociaciones prolongadas e infructuosas, puede justificarse la intervención de las autoridades, si es obvio que el bloqueo de las mismas no será superado sin una iniciativa de su parte; o iv) en caso de crisis aguda. Sin embargo, el arbitraje aceptado por ambas partes (voluntario) es siempre legítimo. En todos los casos, la Comisión considera que antes de imponer un arbitraje es en grado sumo deseable que las partes dispongan en todo momento de la oportunidad de negociar colectivamente durante un período de tiempo suficiente con la ayuda de una mediación independiente¹⁶.

En resumen, el carácter excepcional del arbitraje obligatorio en el marco de la OIT se produce bajo cinco supuestos: 1) en los servicios esenciales; 2) en la función pública respecto de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado; 3) en negociaciones prologadas e infructuosas, sin que pueda superarse por las propias partes; 4) en la primera negociación colectiva; 5) en una crisis aguda nacional o local. Restando un pronunciamiento expreso sobre el supuesto de la mala fe de una de las partes en la negociación colectiva.

2. EL ARBITRAJE POTESTATIVO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA PERUANA

El tratamiento normativo del sometimiento del arbitraje laboral en la negociación colectiva está regulado en los artículos 61, 62 y 63 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante, TUO-LRCT). Asimismo, el artículo 46 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Supremo N°. 011-92-TR) complementa el marco normativo. El artículo 61 del TUO-LRCT establece: “Si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, podrán las

¹⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III, Parte 1a.)* Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2016, p. 123.

¹⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Óp. Cit., 2012, párrafo 247.

partes someter el diferendo a arbitraje”. A su vez, el artículo 62 establece: “En el caso del artículo anterior, los trabajadores pueden alternativamente, declarar la huelga conforme a las reglas del artículo 73°. Durante el desarrollo de la huelga, las partes o la Autoridad de Trabajo podrán designar un mediador. La propuesta final que éste formule deberá ponerse en conocimiento de las partes. Las fórmulas de mediación, en caso de no ser aceptadas por las partes, no comprometerán las decisiones arbitrales ulteriores”. Asimismo, el artículo 63 establece: “Durante el desarrollo de la huelga los trabajadores podrán, asimismo, proponer el sometimiento del diferendo a arbitraje, en cuyo caso se requerirá de la aceptación del empleador”. Finalmente, el primer párrafo del artículo 46 de su Reglamento señala: “Al término de la negociación directa, o de la conciliación, de ser el caso, según el artículo 61° de la Ley, cualquiera de las partes podrá someter la decisión del diferendo a arbitraje, salvo que los trabajadores opten por ejercer alternativamente el derecho de huelga, de conformidad con el artículo 62 de la Ley”.

Originalmente, la doctrina nacional interpretó estos artículos como el reconocimiento del arbitraje potestativo a favor de los trabajadores, en caso lo solicitasen a su empleador¹⁷. De igual modo, la autoridad administrativa de trabajo (en adelante, AAT) se pronunció por el arbitraje unilateral a favor de los trabajadores en la Resolución del 14 de junio de 1994 (Expediente N°.751-93: Papelera Especiales S.A) y la Resolución del 5 de setiembre de 1994 (Expediente N°.983-93: Editora Perú). De este modo, la AAT interpretaba que la LRCT establecía el arbitraje potestativo a favor de los trabajadores. Sin embargo, dicho criterio fue variado a partir de la Resolución del 6 de febrero de 1995 (Expediente N°.414-94: Avícola Esquivel S.A.), con lo que se modifica el criterio, asentado que en realidad la LRCT erigía el arbitraje voluntario, por lo que es insuficiente la unilateral solicitud de los trabajadores para exigir la suscripción del compromiso arbitral.

Luego de quince años en que el arbitraje voluntario fue la interpretación válida respecto al sometimiento del arbitraje laboral en la negociación colectiva, esta situación jurídica varió con la sentencia de 17 de agosto de 2009 y la resolución aclaratoria de 10 de junio de 2010 del Tribunal Constitucional en el Expediente N°. 03561-2009.

El Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao presentó su pliego de reclamos a la Asociación Peruana de Operadores Portuarios, la Asociación Peruana de Agentes Marítimos y la Asociación Marítima del Perú para iniciar una negociación colectiva a nivel de rama de actividad. Los gremios empresariales rechazaron iniciar la negociación colectiva apoyándose en el primer párrafo del artículo 45 del TUO-LRCT, donde se establece que si no existe previamente una convención colectiva en cualquier nivel, las partes deciden de

¹⁷ Cfr. FERRO DELGADO, Víctor. “El arbitraje en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo”. En: *Asesoría Laboral*. Lima: Estudio Caballero & Bustamante, Año IV, Febrero 1994, N°. 38, p. 12-13. PASCO COSMOPOLIS, Mario. *Fundamentos del Derecho Procesal del Trabajo*. Lima: AELE, 1997, p. 179.

común acuerdo, el nivel en que entablarán la primera convención, si hay falta de acuerdo al respecto, la negociación se llevará a nivel de empresa.

Ante el rechazo del gremio empresarial, el sindicato recurrió a la AAT, obteniendo el Decreto N°. 447 de la División de Negociaciones Colectivas y Registros Generales de la Dirección de Trabajo y Promoción del Empleo del Callao, donde dispone la continuación de la negociación en trato directo, por considerar que su omisión vulnera su derecho de negociación colectiva. A pesar del decreto administrativo, el gremio empresarial se negó a participar en las reuniones de trato directo y las sesiones de conciliación convocadas por la autoridad de trabajo. El sindicato de trabajadores portuarios presentó un recurso de amparo señalando que la inasistencia del gremio empresarial vulnera su derecho de negociación colectiva. Tanto en el juzgado civil de primera instancia como en la Sala Civil de la Corte Superior, se declara improcedente el amparo porque el sindicato demandante no tiene derecho a negociar colectivamente por rama de actividad, sino a nivel de empresa, conforme lo señala el referido artículo 45 del TUO-LRCT y que el amparo no es la vía idónea para la protección del derecho del sindicato demandante. El sindicato presentó un recurso de agravio constitucional.

En su sentencia de 17 de agosto de 2009 el Tribunal Constitucional considera que resulta inaplicable el primer párrafo del artículo 45° del TUO-LRCT y que la falta de acuerdo para decidir el nivel de negociación, deberá ser determinado mediante el arbitraje, sin que exista previa declaración de huelga, ordenando que el gremio empresarial asista a la reuniones convocadas por la AAT, retrotrayendo el procedimiento de negociación colectiva hasta el momento anterior a la emisión del Decreto N°. 447¹⁸. Esto significa que la definición del nivel de negociación a falta de acuerdo entre las partes en la primera negociación sea resuelta por medio de un arbitraje. En otras palabras, la sentencia constitucional establece un arbitraje obligatorio bajo este supuesto.

El Tribunal Constitucional llega a esta conclusión con una serie de argumentos que resultan pertinentes tener presente para nuestro estudio sobre el arbitraje potestativo, en especial con su conexión con los argumentos resaltados en los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT. En primer lugar, el Tribunal subraya que el proceso de amparo constituye la vía idónea, eficaz y satisfactoria para proteger el derecho de negociación colectiva en caso de que su ejercicio sea amenazado de manera cierta e inminente o vulnerando de manera manifiesta, por lo que es un error de las instancias inferiores declarar su improcedencia por este motivo (Fundamento Jurídicos 2° y 3°). En segundo lugar, el principio de la negociación libre y voluntaria incluye la libertad de negociar y la libertad para convenir, sin que esto signifique que el Estado deba abstenerse de adoptar medidas encaminadas a estimular y fomentar el desarrollo y la utilización

¹⁸ La Sentencia de 17 de agosto de 2009 en su parte resolutive (Expediente N°. 03561-2009-PA/TC) del Tribunal Constitucional.

de los mecanismos de la negociación colectiva que hayan establecido (Fundamento Jurídico 13°). En tercer lugar, el principio de negociación libre y voluntaria establecido en el artículo 4 del Convenio 98 de la OIT determina que el nivel de negociación colectiva debe depender esencialmente de la voluntad de las partes y, por consiguiente, no debe ser impuesto por la legislación. Esto último no sólo plantea problemas de incompatibilidad con el Convenio 98, sino también con el derecho de negociación colectiva reconocido en el artículo 28 de la Constitución (Fundamento Jurídico 14°). En cuarto lugar, la negativa de los empleadores a negociar un nivel determinado no constituye una violación del derecho de negociación colectiva porque se fundamenta en el principio de negociación libre y voluntaria. No obstante, cabe la posibilidad de que el nivel de negociación pueda ser determinado por el arbitraje ante un organismo independiente a las partes, en función de la naturaleza promotora de la negociación colectiva, justificándose en que se demuestre plenamente que una de las partes no está cumpliendo con su deber de negociar de buena fe o está realizando prácticas desleales (Fundamento Jurídico 15°). En quinto lugar, los convenios internacionales del trabajo Nos. 98, 151 y 154 forman parte del bloque de constitucionalidad porque desarrollan y complementan el derecho de negociación colectiva para su ejercicio real y efectivo, por lo que pueden ser entendidos como normas interpuestas al momento de evaluar los supuestos vicios de inconstitucionalidad de una ley sometida a control concreto o abstracto¹⁹ (Fundamento Jurídico 18°). En sexto lugar, el Tribunal Constitucional plantea de manera enunciativa algunos supuestos en los que puede considerarse afectado el derecho de negociación colectiva (Fundamento Jurídico 22°). En séptimo lugar, el Tribunal considera que las inasistencias a las reuniones por parte de las asociaciones emplazadas evidencia un acto de mala fe, su rechazo a la negociación colectiva es un abuso de su libertad y esto produce una vulneración de la negociación colectiva (Fundamento Jurídicos 23°, 24° y 25°). En octavo lugar, el Tribunal establece que el primer párrafo del artículo 45 del TUO-LRCT: “A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa” es inconstitucional, no sólo porque contraviene la libertad para decidir el nivel de negociación, sino también porque lesiona el derecho de negociación colectiva al fijar por medio de una ley de manera imperativa el nivel de negociación. Por lo que en virtud del poder-deber del control difuso (artículo 138 de la Constitución y artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional) declara su inaplicabilidad para el caso concreto (Fundamento Jurídico 28°). En noveno lugar, ante la inconstitucionalidad, el Tribunal considera pertinente precisar que a falta

¹⁹ Hay que resaltar que el Tribunal Constitucional peruano incluye dentro del bloque de constitucionalidad al Convenio N° 154 sobre el fomento de la negociación colectiva de la OIT que no se encuentra ratificado por nuestro país. Esto tiene un profundo significado jurídico sobre la inclusión de instrumentos internacionales de derechos humanos no ratificados por el Perú dentro del bloque de constitucionalidad.

de acuerdo para decidir el nivel de negociación, éste se determina mediante el arbitraje, sin que exista previa declaración de huelga (Fundamento Jurídico 29°).

La sentencia constitucional se posiciona en base a los argumentos del Comité de Libertad Sindical en el Caso 2375. En efecto, el CLS recomienda que:

[E]n base al principio de negociación colectiva libre y voluntaria, establecido en el artículo 4 del Convenio núm. 98, *la determinación del nivel de negociación colectiva debería depender esencialmente de la voluntad de las partes y, por consiguiente, dicho nivel no debería ser impuesto en virtud de la legislación, de una decisión de la autoridad administrativa o de una jurisprudencia de la autoridad administrativa de trabajo.* El Comité ha considerado que para proteger la independencia de las partes interesadas, sería más apropiado permitirles que decidan de común acuerdo a qué nivel debe realizarse la negociación; *no obstante, en muchos países, esta cuestión corresponde a un organismo independiente de las partes; el Comité ha estimado que en tales casos dicho organismo debe ser realmente independiente (la cursiva es mía)*²⁰.

El pronunciamiento del CLS señala que no debe ser ni la legislación, ni la autoridad administrativa de trabajo, quienes definan el nivel de negociación colectiva sino los propios actores sociales. A la vez, el Comité considera que si la legislación dispone que un organismo independiente de las partes determine el nivel de la negociación colectiva, esto no sería violatorio del Convenio 98 siempre que sea independiente de las partes. En principio, el organismo judicial o un tribunal arbitral pueden cumplir dicho rol.

Además, el Tribunal Constitucional ubica la fijación del arbitraje obligatorio del nivel de negociación dentro de las excepciones aceptadas por los órganos de control de la OIT. Ya señalamos *supra* que la Comisión de Expertos considera como una excepción válida la conclusión del primer convenio colectivo. De este modo, la sentencia constitucional de 17 de agosto de 2009 (Expediente N°. 03561-2009-PA/TC) es acorde con el artículo 4 del Convenio 98 de la OIT.

Sin embargo, resulta más discutible si la resolución aclaratoria del Tribunal Constitucional de 17 de agosto de 2010 del mismo expediente judicial se ubica dentro de las fronteras del artículo 4 del Convenio 98 de la OIT, en razón que precisa que el arbitraje a través del cual debe decidirse el nivel de negociación ante la falta de acuerdo entre trabajadores y empleador, es aquel que hace alusión el artículo 61 del TUO-LRCT, el cual es de carácter potestativo. En tal sentido, sometido el diferendo a arbitraje por cualquiera de las partes, la otra tiene el deber de someterse a éste²¹. Esto significa que con esta resolución aclaratoria del Tribunal Constitucional se extiende el arbitraje potestativo también respecto a los casos en que las partes no hubiesen llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación.

²⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe N°. 338 del Comité de Libertad Sindical*, Noviembre 2005, Caso 2375, párrafo 1226.

²¹ La Sentencia de 10 de junio de agosto de 2010 en su parte resolutive (Expediente N°. 03561-2009-PA/TC) del Tribunal Constitucional.

Lo que se ha interpretado como la plasmación del arbitraje potestativo sin causa, esta afirmación la analizamos en posteriores párrafos.

Lo concreto es que el Tribunal Constitucional retoma el criterio inicial que la doctrina nacional planteaba sobre la interpretación de los artículos 61, 62 y 63 del TUO-LRCT, es decir, que la ley peruana consagra el arbitraje potestativo ante el fracaso de la negociación directa o la conciliación.

El Alto Tribunal llega a esa conclusión por medio del siguiente razonamiento jurídico. El artículo 61 no se ajusta al arbitraje obligatorio, en razón que su instauración es dependiente de la voluntad de las partes, por lo que sólo resta dilucidar si recoge el arbitraje voluntario o el potestativo (Fundamento Jurídico 6º). A continuación, apoyándose en el artículo 62 donde señala que ante la falta de acuerdo entre las partes, los trabajadores pueden alternativamente al arbitraje, declarar la huelga. Si bien el derecho de huelga es un derecho fundamental (artículo 28 numeral 3 de la Constitución), sostiene el Tribunal que resulta imperativo interpretar las normas laborales de forma tal que, respetando el derecho fundamental a la huelga, se facilite, promueva y garantice métodos alternativos para la solución del conflicto (Fundamento Jurídico 7º).

Así, el Tribunal Constitucional sostiene:

[C]onforme a la voluntad del Constituyente, el derecho a la huelga debe ser reconocido (y en esa medida, respetado y garantizado), pero no promovido o fomentado, mientras sí deben ser promovidas las formas de solución pacífica de los conflictos laborales, resulta evidente que el arbitraje al que hace alusión el artículo 61º del Decreto Supremo N.º 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. Una interpretación contraria llevaría a la inconstitucional conclusión de que en caso de que los trabajadores optaran por acudir al arbitraje, el empleador tendría plena capacidad, con su negativa, de frustrar esta vía heterocompositiva de solución, obligando a los trabajadores a acudir a la huelga. Como es evidente, ello no solo se opondría al deber del Estado de promover y fomentar formas pacíficas de solución del conflicto, sino que además haría de la huelga no un derecho fundamental libremente ejercido por el trabajador, sino una vía obligatoria impuesta indirectamente por el empleador, vaciando de contenido a este derecho fundamental (Fundamento Jurídico 8º).

Concluye el Tribunal Constitucional que el arbitraje a través del cual debe decidirse el nivel de la negociación ante la falta de acuerdo entre trabajadores y empleador, es aquél al que hace alusión el artículo 61, el cual es de carácter potestativo. “En tal sentido, sometido el diferendo a arbitraje por cualquiera de las partes, la otra tiene el deber de someterse a éste” (Fundamento Jurídico 9º).

Blancas comparte la interpretación del Tribunal Constitucional sobre el carácter potestativo del arbitraje diseñado en los artículos 61 al 63 del TUO-LRCT:

Otra característica del arbitraje en la negociación colectiva, es que, como resultado de la interpretación sistemática de las normas de la ley (arts. 61 a 63) especialmente la correlación entre los artículos 61 y 63, aquel se configura como un arbitraje potestativo, en el sentido de que la decisión de someter el conflicto al arbitraje corresponde a los trabajadores, debiendo en tal caso el empleador someterse a dicho procedimiento, sin tener la facultad de oponerse o negarse, salvo en el supuesto contemplado en el artículo 63²².

Efectivamente, una interpretación sistémica de los referidos artículos del TUO-LRCT conduce a sostener que la opción legislativa es el arbitraje potestativo a favor de los trabajadores ante el fracaso de la negociación directa o la conciliación. Así, la resolución del Tribunal Constitucional restablece la primigenia interpretación de los artículos 61 al 63 del TUO-LRCT.

Aunque sea jurídicamente defendible que el arbitraje potestativo es la opción legislativa en el TUO-LRCT y que dicha regulación es acorde con el artículo 28 de la Constitución, esto resulta siendo una conclusión incompleta en razón que *prima facie* el arbitraje potestativo está prohibido por el artículo 4 del Convenio N°. 98 de la OIT, conforme se ha citado en los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT. Si bien no existe un pronunciamiento expreso por la CEACR sobre el arbitraje potestativo peruano del TUO-LRCT a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional, esto no obsta para reconocer que hay una incompatibilidad entre la norma nacional y el convenio internacional del trabajo sino se precisa en el marco de las excepciones consideradas válidas por los organismos de control de la OIT.

Con posterioridad a la resolución del Tribunal Constitucional, el Ministerio de Trabajo promulgó dos normas —el Decreto Supremo N°. 014-2011-TR y la Resolución Ministerial N°. 284-2011-TR— que incorporan a la legislación peruana regulaciones sobre el arbitraje potestativo. En el caso del D.S. 014-2011-TR de 16 de septiembre de 2011 se agrega un artículo 61-A al TUO-LRCT, señalando que las partes tienen la facultad de interponer el arbitraje potestativo bajo dos supuestos: a) Las partes no se ponen de acuerdo en la primera negociación, en el nivel o en su contenido; y b) cuando durante la negociación del pliego se advierten actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo. La Resolución Ministerial N° 284-2011-TR de 23 de septiembre de 2011, establece un listado sobre los actos de mala fe en la negociación colectiva, aunque dicho listado no es taxativo. Asimismo, la valoración de los supuestos de procedencia del arbitraje potestativo establecidos en el artículo 61°-A del Decreto Supremo N° 011-92-TR, es realizada por el Tribunal Arbitral en el proceso arbitral y está sujeta para su comprobación a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, el contexto en el que se producen, el marco de la negociación colectiva y los comportamientos precedentes de las partes en anteriores procesos negociales.

²² BLANCAS BUSTAMENTE, Carlos. “La naturaleza del arbitraje en la negociación colectiva”. En: *Soluciones Laborales*. Lima: Gaceta Jurídica, Año 4, Octubre 2011, p. 17.

Esta regulación ha sido criticada. Blancas resalta que el Decreto Supremo es restrictivo en su regulación respecto al contenido de la sentencia del Tribunal Constitucional, en tanto ésta señala que el arbitraje potestativo resulta posible con el fracaso de la negociación directa o la conciliación y no bajo los dos únicos supuestos planteados por la norma del Ministerio de Trabajo²³. Esto lo lleva a sostener, posteriormente, que: “El intento del Poder Ejecutivo de acantonar el arbitraje potestativo a determinadas causas, negando su carácter incausado, no puede prosperar en vista de la claridad y contundencia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”²⁴. Un amplio sector de la doctrina nacional comparte esta interpretación²⁵. Analicemos los tres principales argumentos que nos plantea esta posición jurídica.

En primer lugar, el arbitraje potestativo sin causa es una de las modalidades que fomenta la negociación colectiva y tiene sustento constitucional en el artículo 28.2 de la Constitución. También se podría agregar como respaldo que el propio artículo 4 del Convenio N°. 98 establece la obligación del Estado en fomentar la negociación colectiva. Sin embargo, sería contradictorio que el fomento a la negociación colectiva signifique socavar el principio de negociación libre y voluntaria. En el primer apartado se resaltó que la prohibición del arbitraje obligatorio tiene por finalidad asegurar la negociación libre y voluntaria, que solo excepcionalmente bajo determinadas causales se puede justificar su implementación. Si desaparecen las causales que lo justifican, el arbitraje obligatorio se transforma en el mecanismo principal para alcanzar un acuerdo para los interlocutores sociales e introduce disimuladamente la obligación de convenir, con lo que termina afectando a dicho principio. De allí la firmeza de los órganos de control de la OIT en rechazar su formulación.

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional ha reiterado en sus sentencias que TUO-LRCT consagra el arbitraje potestativo sin causa. Se refieren a las sentencias de 16 de julio de 2013 (Expediente N°. 02566-2012) y de 21 de mayo de 2014 (Expediente N°. 03243-2012), respectivamente.

²³ BLANCAS, Óp. Cit., p. 20.

²⁴ BLANCAS BUSTAMENTE, Carlos. “Naturaleza, rol y dificultades del arbitraje en la negociación colectiva”. En: *Libro Homenaje a Mario Pasco Cosmópolis*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2015, p. 171.

²⁵ Cfr. BOZA PRÓ, Guillermo y AGUINAGA MEZA, Ernesto. “El deber de negociar y el arbitraje potestativo como parte del contenido del derecho constitucional de negociación colectiva”. En: *Derecho PUCP*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013, N°. 71. MENDOZA LEGOAS, Luis. “Arbitraje colectivo laboral de tipo potestativo en el Perú: una definición a partir de pronunciamientos jurisdiccionales y administrativos”. En: *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madrid: Iustel, Febrero 2014, N°. 36. BOZA PRÓ, Guillermo. “Negociación Colectiva y arbitraje potestativo”. En: *Laborem*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2015, N°. 14. CARRILLO CALLE, Martín. “El arbitraje laboral potestativo incausado”. En: *Libro Homenaje a Mario Pasco Cosmópolis*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2015.

La primera sentencia se produce en el recurso de agravio constitucional que presenta el Sindicato Nacional de Unidad de Trabajadores de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria. En su Fundamento 12 el Alto Tribunal señala: “el arbitraje al cual alude el artículo 61° del referido decreto supremo (alude al TUO-LRCT) es un arbitraje potestativo, y no voluntario, razón por la cual 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 (paréntesis es mío)”. La segunda sentencia se produce en el recurso de agravio constitucional que presenta la Federación de Trabajadores del Sector Telecomunicaciones del Perú. En su Fundamento 10, el Alto Tribunal reafirma que “dentro de un proceso de negociación colectiva el arbitraje tiene carácter potestativo, y por tanto si una de las partes decide someter alguno de los puntos materia de negociación al arbitraje, la otra parte debe aceptarlo”; y en el Fundamento 11 concluye “que el arbitraje al que hace alusión el artículo 61° del Decreto Supremo N.° 010-2003-TR, es de carácter potestativo, conforme también ha sido contemplado en el artículo 1 del Decreto Supremo N.° 014-2011-TR (...), por consiguiente, sometido el diferendo a arbitraje por cualquiera de las partes, la otra tiene el deber de someterse a éste”.

En sentido estricto ambas sentencias constitucionales no se pronuncian expresamente si el arbitraje potestativo es causado o sin causa, aunque resulta más plausible sostener la segunda en tanto el Tribunal señala que con que una de las partes somete el diferendo a arbitraje, la otra tiene el deber de someterse a éste. Sin embargo, esta lectura mecanicista obvia un punto central de la fundamentación jurídica que desarrolla el Tribunal Constitucional al formular el arbitraje potestativo en la sentencia de 17 de agosto de 2009: la mala fe es la causa principal. En el segundo párrafo del mencionado Fundamento 15, el Tribunal Constitucional afirma: “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, en función a la naturaleza promotora de la negociación colectiva. *Ello se justifica plenamente en el caso que se demuestre que una de las partes no está cumpliendo con su deber de negociar de buena fe o está realizando prácticas desleales (la cursiva es mía)*”. Este párrafo conjuga los elementos que exige la CEACR: a) la implementación del arbitraje obligatorio se produce como una excepción; b) la justificación de la excepción reside en un grave incumplimiento del deber de negociar de buena fe, lo que la vuelve prolongada e infructuosa.

En tercer lugar, la formulación del arbitraje potestativo causado del artículo 61-A del Decreto Supremo N.° 014-2011-TR que se agrega al Reglamento del TUO-LRCT no tiene una fundamentación en la propia ley por lo que es artificiosa. Aunque con un razonamiento jurídico distinto pero con similar objetivo, la Sociedad Nacional de Industria presentó una acción popular contra la referida norma señalando que el arbitraje potestativo es una violación al artículo 28.2 de la Constitución y los artículos 61 y 63 del TUO-LRCT, así como los Convenios nos. 98, 151 y 154 de la OIT.

La sentencia de 13 de agosto de 2015 de la Corte Suprema de Justicia (Expediente N° 5132-2014-LIMA) concluye que el Decreto Supremo no viola ninguna de estas normas, sino que “ha procedido a precisar, desarrollar y asegurar la efectividad y/u operatividad de la ley, no habiéndose trasgredido, desnaturalizado, ni corregido o incluido en la Ley (Considerando Trigésimo Primero)”. La Corte Suprema llega a esta conclusión al entender que el Tribunal Constitucional peruano ha establecido una línea interpretativa consolidada, refiriéndose a las tres sentencias constitucionales que abordan la materia —la sentencia de 29 de septiembre del 2009 (Expediente N° 3561-2009), la sentencia de 16 de julio de 2013 (Expediente N° 2566-2012) y la sentencia de 21 de mayo de 2014 (Expediente N° 3243-2012)— donde expresamente el Alto Tribunal interpreta que se encuentra recogido el arbitraje potestativo en el artículo 61 del TUO-LRCT.

Lo resaltante de la sentencia de la Corte Suprema es que en su Considerando Décimo Noveno aprecia que la sentencia de 16 de julio de 2013, el Tribunal Constitucional no alude a una causal de mala fe para justificar el arbitraje potestativo, como si lo señala en la sentencia de 29 de septiembre de 2009:

De lo expuesto en el considerando precedente se puede colegir, que la interpretación del artículo 61° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, adoptada por el Tribunal Constitucional conlleva a establecer, que estamos frente a un arbitraje potestativo, que a diferencia del caso de los trabajadores portuarios, *no requiere una causal de mala fe. Por lo tanto, en base a esta nueva interpretación, los sindicatos y las empresas se encontrarían facultadas para someter cualquier conflicto de negociación colectiva a un arbitraje potestativo, sin requerir ninguna causal previa, en tanto no hayan ejercido su derecho de huelga en el caso de los sindicatos, y la contraparte estaría obligada a aceptarlo.* En este sentido, se aprecia que, el máximo intérprete de nuestra Constitución Política del Estado se ratifica en señalar que la naturaleza del arbitraje contemplado en el artículo 61° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo es de carácter potestativo; y por ende, ante la manifiesta voluntad de alguna de las partes de someterse a esta modalidad arbitral, la otra tiene la obligación de aceptarlo. *Más aún, de la citada resolución se desprende que el Tribunal no exige la afectación del principio de buena fe, tal como si lo hacía en la sentencia de los trabajadores portuarios* (la cursiva es mía).

Bajo la lectura de este Considerando parece que la Corte Suprema entiende que el Tribunal Constitucional modifica su interpretación del arbitraje potestativo causado de la primera sentencia y opta por un arbitraje sin causa en la segunda sentencia. Sin embargo, en el Considerando Trigésimo parece desarrollar una interpretación opuesta:

Al haberse establecido en los considerandos precedentes, que el arbitraje potestativo se encuentra regulado en el artículo 61° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, entonces se puede concluir, que el artículo 61-A de su Reglamento (incorporado por el Decreto Supremo N° 014-2011-TR) solo la desarrolla, no la crea, como mal entiende la parte recurrente; cumpliendo

de esta manera la mencionada norma con viabilizar la concreción del artículo 28 numeral 2 de la Carta Fundamental, constituyéndose así el arbitraje potestativo, en un mecanismo de solución de conflictos, a través del cual el Estado cumple su obligación de fomentar la negociación colectiva y promover formas de solución pacífica de conflictos laborales; *por esta razón, el arbitraje potestativo, sólo procede cuando no se ha llegado a un acuerdo en una primera negociación, lo cual no debe entenderse como una restricción al principio de una negociación libre y voluntaria, sino como una forma de coadyuvar a las partes en el inicio de una negociación, o cuando durante el procedimiento, se haya advertido que una de las partes lo ha dilatado o entorpecido, actuando así de mala fe, con lo cual se busca anular cualquier acto tendiente a entorpecer la negociación, buscando así que permanezca abierto el proceso e inducir a los trabajadores a recurrir a actos de fuerza* (la cursiva es mía).

El razonamiento jurídico de la Corte Suprema es que el Tribunal Constitucional ha establecido sin el menor atisbo de duda de que el artículo 61° del TUO-LRCT plasma el arbitraje potestativo, por lo que no puede haber controversia al respecto. La incorporación del artículo 61-A al Reglamento del TUO-LRCT por medio del Decreto Supremo N° 014-2011-TR es un desarrollo normativo del arbitraje potestativo, no es la creación de la figura por medio del Reglamento. Si bien el Considerando Décimo Noveno resalta que el Tribunal Constitucional no justifica el arbitraje potestativo en la causal de la violación de la buena fe, por lo que podría interpretarse que el arbitraje potestativo no se justifica en una causalidad, esto conduciría a que el artículo 61-A sea violatorio del TUO-LRCT por establecer un listado de causalidades. Pero esta interpretación termina siendo desechada en cuanto que la constitucionalidad y la legalidad del Decreto Supremo N° 014-2011-TR son refrendadas por la Corte Suprema. Para evitar la contradicción se entiende que el Tribunal Constitucional no ha planteado como única causal del arbitraje potestativo la mala fe de una de las partes negociadoras, conforme se desprendería de la sentencia de los trabajadores portuarios, sino que está abierto a más causales como lo plantea el artículo 61-A. Muestra de ello es que la sentencia de la Corte Suprema cita un párrafo del estudio de Boza y Aguinaga en su Considerando Vigésimo Cuarto, donde los autores simultáneamente señalan que el Reglamento del TUO-LRCT es legal y que es controvertido postular que los supuestos del Reglamento sean los únicos supuestos del arbitraje potestativo. Por ello, la Corte Suprema de Justicia afirma que el artículo 61-A que consagra el arbitraje potestativo causado es constitucional y legal²⁶.

En respaldo a esta interpretación que considera el arbitraje potestativo causado como la forma jurídica adoptada por el ordenamiento nacional, se puede recurrir a la Observación del CEACR al Perú de 2013 donde toma nota de la promulgación

²⁶ Se puede criticar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia por no analizar los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT sobre el tema, así como desconocer que desde las normas internacionales del trabajo el arbitraje potestativo es considerado una de las modalidades del arbitraje obligatorio.

del Decreto Supremo N°. 014-2011-TR sin apreciar en su pronunciamiento que lo valore como violatorio del artículo 4 del Convenio N° 98, o que la plasmación de las causales del arbitraje potestativo está en oposición a la norma internacional del trabajo:

La Comisión toma nota además de la adopción del decreto supremo núm. 014-2011-TR cuyo artículo 1.º (que modifica el artículo 61 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo) establece que «las partes tienen la facultad de interponer el arbitraje potestativo en los siguientes supuestos: a) las partes no se ponen de acuerdo en la primera negociación en el nivel o su contenido; y b) cuando durante la negociación del pliego de peticiones se advierten actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo»²⁷.

Tampoco en la Observación al Perú de 2016, la CEACR retoma el tema en su análisis sobre el cumplimiento del Convenio N° 98 de la OIT²⁸. Esto refuerza el argumento de que desde los órganos de control de la OIT aceptan el arbitraje potestativo causado.

Para finalizar este apartado merece mencionarse el pronunciamiento de la Comisión de Expertos donde valora la Ley de Solución de Conflictos Laborales de Indonesia que plasma el arbitraje obligatorio sin causa.

En sus comentarios anteriores, la Comisión había pedido al Gobierno que tomara medidas para enmendar los artículos 5, 14 y 24 de la Ley núm. 2, de 2004, sobre la Solución de Conflictos Laborales, que permite que cada una de las partes pueda presentar un recurso ante el Tribunal de Relaciones Laborales para la resolución definitiva del conflicto si el mismo no se ha resuelto antes mediante un procedimiento de conciliación o mediación. La Comisión toma nota de que el Gobierno indica que la ley núm. 2, de 2004 prevé la solución de conflictos en materia de relaciones laborales mediante el arbitraje, la conciliación o la mediación (en caso de que fracase la conciliación o la mediación, cualquiera de las partes podrá someter el caso al Tribunal de Relaciones Laborales). La Comisión observa que la capacidad de cada una de las partes, tal como se establece en los artículos 5, 14 y 24 de la ley núm. 2, de 2004, de remitir el conflicto a un tribunal si no puede lograrse la solución del mismo mediante la conciliación o la mediación, constituye arbitraje obligatorio. La Comisión subraya que el arbitraje obligatorio a iniciativa de una de las partes en un conflicto no puede considerarse como una promoción del mecanismo de negociación colectiva voluntaria. La Comisión recuerda asimismo que el arbitraje obligatorio sólo es aceptable en relación con funcionarios públicos adscritos a la administración del Estado (*artículo 6 del Convenio*), servicios esenciales en el sentido estricto del término y crisis nacionales agudas. *Por lo tanto, la Comisión pide al Gobierno que adopte medidas para modificar los*

²⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Óp. Cit., 2013, p. 161.

²⁸ Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Óp. Cit., 2016, p. 118-119.

artículos 5, 14 y 24 de la ley núm. 2, de 2004, a fin de garantizar el respeto de estos principios²⁹.

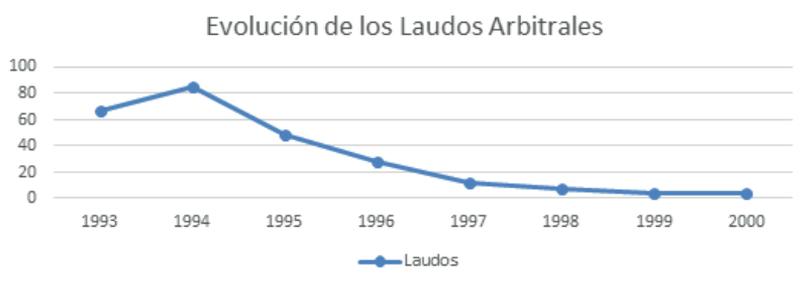
Si la CEACR interpretase que el TUO-LRCT recoge el arbitraje potestativo sin causa, probablemente se pronunciaría en los mismos términos que lo hacen con la Ley de Solución de Conflictos Laborales de Indonesia.

En conclusión, el arbitraje potestativo causado es recogido en el ordenamiento nacional y es el que permite armonizar el fomento a la negociación colectiva y el respeto del principio de negociación libre y voluntaria.

3. LA APLICACIÓN DEL ARBITRAJE LABORAL EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA PERUANA

Mencionamos que a fines de los noventa el arbitraje laboral perdió relevancia como mecanismo de solución pacífica de la negociación colectiva peruana. El Gráfico 1 muestra la profunda caída de los arbitrajes durante este período.

GRÁFICO 1 PERÚ: LAUDOS ARBITRALES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA (1993-2000)



Fuente: Anuario Estadístico del MTPE

Hay una coincidencia entre las resoluciones administrativas de la AAT que interpretaban el arbitraje potestativo a favor de los trabajadores durante los primeros años de vigencia de la LRCT y su profunda caída con la variación del criterio interpretativo por el arbitraje voluntario.

El Cuadro 1 distribuye los resultados de la negociación colectiva en Lima Metropolitana durante la década de los noventa. La mayoría de las negociaciones colectivas que logran un acuerdo se concentran en la negociación directa y representan un promedio del 49,7% durante el período de estudio. El segundo lugar está ocupado por los convenios colectivos en extraproceso con el 7,7%, aunque con una profunda caída desde 1996, explicable por la debilidad sindical que care-

²⁹ *Ibidem.*, p. 88.

ce de volver a restablecer la negociación con su empleador luego de fracasada las diversas etapas. En tercer lugar, se ubican los convenios colectivos alcanzados en una conciliación con el apoyo del Ministerio de Trabajo que representan el 4.1%. Finalmente, apenas el 1.1% fueron resueltos por un laudo arbitral, y evidenciaron el fracaso de esta modalidad de solución en la negociación colectiva en los noventa.

CUADRO 1: LIMA METROPOLITANA: RESULTADOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA SEGÚN ETAPA DE SOLUCIÓN 1993-2000 (EN PORCENTAJES)

Indicador	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000
Convenios colectivos en negociación directa	50.0	50.6	39.8	43.4	43.4	58.0	65.0	47.7
Convenios colectivos en conciliación	6.7	5.5	2.4	2.3	2.8	2.5	5.7	5.2
Convenios colectivos en mediación	0.2	0.6	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
Convenios colectivos en extraproceso	20.6	21.4	12.5	0.9	1.8	1.4	1.7	1.4
Laudos arbitrales	0.9	2.4	1.7	1.7	0.6	0.8	0.6	0.7
Resoluciones administrativas	0.7	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
Expedientes sin solución	20.9	19.5	43.6	51.7	51.4	37.3	26.9	45.0
TOTAL	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0

Fuente: Anuarios Estadísticos del Ministerio de Trabajo 1993-2003.

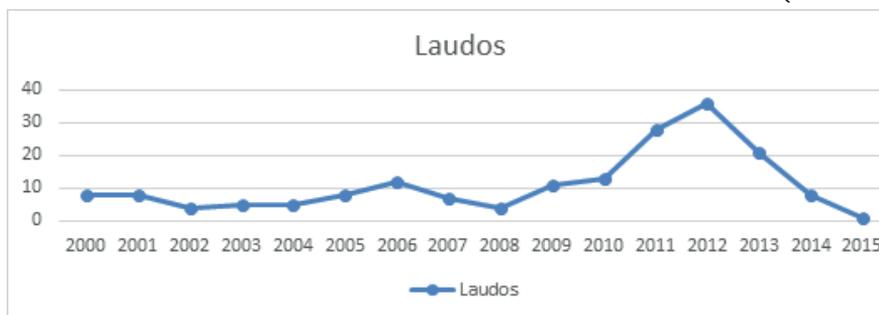
Elaboración propia.

También el Cuadro revela que con la LRCT se abre la posibilidad de que un pliego de reclamos no concluya con la suscripción de un convenio colectivo, sino que simplemente se quede en el limbo, en el rubro de “sin solución”, a diferencia del modelo anterior que, en el peor de los casos, concluía con una resolución administrativa que le ponía fin. Ahora el acuerdo queda en manos de la voluntad de ambas partes—empleador y sindicato o delegados— y su capacidad negociadora, sin que intervenga el Estado. Eso significa que basta que una de las partes entorpezca el proceso negociador o que carezca de interés en lograr un acuerdo para que la negociación concluya en el vacío. Esto es lo que ocurre en un significativo número de negociaciones en los noventa. En 1993 se inicia con el 20% de las negociaciones que no concluyen con ningún tipo de acuerdo, tendencia que se profundiza en 1995, 1996 y 1997, años en los que se superan la mitad de las negociaciones. Cae ligeramente para crecer considerablemente al final del período. El promedio de los expedientes sin solución durante la vigencia de la ley en los noventa es de 37,0%; es decir, más de un tercio de los pliegos de reclamos de los noventa quedan “sin solución”. Esto es una tendencia manifiesta desde 1995 y resulta explicable porque se deroga la estabilidad absoluta en julio de ese año. Al desaparecer la estabilidad,

los trabajadores y los sindicatos pierden su seguridad en el empleo, por lo que cualquier conflicto con su empleador puede significar el despido.

El Gráfico 2 mide la evolución del arbitraje en el país durante el período 2000 al 2015 cuando se producen las sentencias constitucionales que reinstalan la interpretación del arbitraje potestativo causado en el TUO-LRCT. Se le puede dividir en dos períodos. El primero discurre en la primera década del presente siglo donde los arbitrajes laborales se desenvuelven de manera plana con un promedio de 7 laudos arbitrales al año, aunque con un pico en el 2009 de 11 laudos. El segundo período es el último lustro coincidente con el pronunciamiento constitucional donde el promedio anual crece considerablemente para instalarse en 17 laudos aunque una clara tendencia decreciente en los últimos dos años. Hay que tener presente que nuestra medición toma en consideración la fecha de presentación del pliego de reclamos para ubicar el Laudo en ese año, en vez de la medición del Ministerio que solo se limita a registrarlo en el año de emisión del Laudo. Este criterio nos permite comparar técnicamente los resultados de la negociación colectiva.

GRÁFICO 2 PERÚ: LAUDOS ARBITRALES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA (2000-2015)



Fuente: Anuarios Estadísticos del Ministerio de Trabajo (2000-2015)

Elaboración propia

Si bien con las sentencias constitucionales se produce una evolución favorable del arbitraje en las negociación colectiva peruana no recupera las cifras del inicio de la vigencia de la LRCT, esto resulta explicable por la propia caída de los pliegos de reclamos y porque se mantiene, en líneas generales, el diseño normativo de la norma que entorpecía la negociación colectiva permitiendo que un significativo número de pliegos no concluyesen en ningún tipo de acuerdo.

El Gráfico 3 distribuye los resultados de la negociación colectiva peruana a lo largo del presente siglo con resultados no muy distintos a los de la década del noventa. Si bien la negociación directa es el resultado más significativo con cifras alrededor de los 2/3 de los pliegos de reclamos hasta el 2007, desde ese año se inicia una preocupante caída hasta por debajo del 40% en el 2013 y apenas el 24% en el 2015, aunque esta última cifra hay que considerar que un significativo

número de pliegos de reclamos de ese año pueden estar celebrando el convenio en el 2016, aunque esto no resta la inquietud de los resultados. De igual modo, los otros tipos de acuerdo —conciliación, extraproceso y arbitraje— su representación gira alrededor del 7% durante este período. Respecto a los laudos arbitrales, si bien muestra el Gráfico 2 que se produjo un incremento entre el 2010 y el 2013, lo cierto es que su representatividad apenas alcanza el 1,8% respecto al total de pliegos de reclamos presentados durante este período y el 4% respecto al número de acuerdos. En sus mejores años no supera el 7% dentro del total de acuerdos. Si esto lo comparamos con los datos de pliegos de reclamos sin solución, evidencia el fracaso del arbitraje como mecanismo de solución de conflictos de la negociación colectiva peruana. El Gráfico 3 muestra que los pliegos sin solución siempre fueron superiores a la cuarta parte del total de negociaciones, con la tendencia creciente en los últimos años: el 42,1% en el 2011, el 51,8% en el 2013 y el 74,2% en el 2015. Esto significa que no solo disminuyen los pliegos de reclamos que se presentan a nivel nacional, sino que la mitad de los pliegos de reclamos presentados no tienen un acuerdo. Aún con el arbitraje potestativo, la mayoría de los pliegos de reclamos simplemente quedan en el limbo.

GRÁFICO 3 PERÚ: RESULTADOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA SEGÚN ETAPA DE SOLUCIÓN 2000-2015



Fuente: Anuarios Estadísticos del Ministerio de Trabajo (2000-2015)

Elaboración propia

El Cuadro 2 mide los laudos arbitrales en función a distintos indicadores durante el período del 2000 al 2015. En primer lugar, se distribuyen los laudos en función a la actividad económica de la empresa o entidad pública donde se celebra. En segundo lugar, se distribuyen los laudos en función al tipo de organización

sindical que lo celebra. En tercer lugar, se distribuyen los laudos en función a la propuesta por la que se decantan los árbitros. En cuarto lugar, se distribuyen los laudos en función al tipo de decisión tomada.

Hay un considerable cambio de los arbitrajes laborales en función de la actividad económica. Al inicio del período estudiado las empresas eléctricas eran las que ampliamente monopolizaban el arbitraje lo que se modifica en el 2007 donde se reduce de manera significativa, mientras la administración pública ocupa ese lugar desde el 2010 hasta la actualidad. Este dato confirma que la aplicación del control difuso en los laudos arbitrales sobre las inconstitucionales prohibiciones de los incrementos remunerativos de los servidores públicos tuvo un efecto llamada, es decir, dado que la entidad pública se rehusó a negociar con los sindicatos de manera directa o en la conciliación, el arbitraje se volvió en el único mecanismo que les permitió alcanzar algún tipo de beneficio. Otro fenómeno interesante es que la manufactura alcanza a tener una presencia significativa desde el 2011, especialmente en los laudos limeños.

En cuanto a los arbitrajes laborales distribuidos por la organización sindical se produce una tendencia similar respecto al anterior indicador. En los primeros años de la década pasada los sindicatos únicos o mixtos son los protagonistas pero esto disminuye considerablemente conforme nos acercamos a la actualidad, siendo sustituido por el sindicato de empleados y en menor medida por el sindicato de obreros. Este dato cruzando con el anterior indicador muestra que los sindicatos únicos se centran en las grandes empresas eléctricas y los sindicatos de empleados se ubican en la administración pública.

Cuadro 2 Perú: Laudos arbitrales por actividad económica, organización sindical, propuesta final y decisión tomada (2000-2015)

Indicador	2000	2004	2007	2010	2011	2012	2013	2015
Actividad Económica								
Electricidad	7	3	2	1	1	-	1	-
Minas	1	-	2	2	4	-	1	1
Manufactura	-	-	-	-	5	4	4	-
Transporte	-	-	-	1	-	-	-	-
Administración. Pública	-	-	2	8	16	24	15	-
Servicios	-	-	1	-	-	5	1	-
Otros	-	2	-	1	2	3	2	-

Organización sindical								
Obreros	-	1	-	3	7	16	13	1
Empleados	-	1	1	7	15	17	6	-
Mixto	6	3	6	2	6	3	5	-
Otros	2	-	-	1	-	-	-	-
Propuesta final								
Trabajador	8	2	7	12	21	35	22	1
Empresa	-	3	-	1	7	1	2	-
Decisión tomada								
Unanimidad	4	2	6	12	26	35	18	1
Mayoría	4	3	1	1	2	1	6	-
Total	8	5	7	13	28	36	24	1

Fuente: Anuarios Estadísticos del Ministerio de Trabajo (2000-2015)

Elaboración propia

En cuanto a la propuesta final se produce un fenómeno importante, la inmensa mayoría de las propuestas que adoptan los árbitros o los tribunales provienen de los trabajadores. Este resultado se agudiza con el predominio de los arbitrajes de la administración pública que se caracterizan por la ausencia de una propuesta de la entidad pública que incluya incrementos económicos, por lo que los tribunales se decantan por la de los trabajadores. Aunque esto también se reproduce en una menor dimensión con la empresa privada. Lo que no se registra son los casos que los Laudos matizan las propuestas de los trabajadores, por lo que no podemos establecer con certeza que se asume la propuesta completa de estos.

De igual modo se reproduce en la unanimidad de la decisión adoptada por los tribunales, No obstante, se debe tener presente que un significativo número de Laudos fueron emitidos por un arbitraje unilateral, si bien lo predominante son los tribunales arbitrales. Un dato por resaltar es que los arbitrajes de la administración pública concentran la gran mayoría de las decisiones unánimes de los tribunales, explicables bajo el mismo argumento planteado en el anterior indicador.

Otra dato que merece subrayarse es que el crecimiento de los Laudos entre el 2010 y el 2014 se explica por el incremento de los arbitrajes de la administración pública, llegan a representar más del 60% de los Laudos. Si el Estado peruano implementa una política de negociación con sus trabajadores que considere el incremento de remuneraciones siempre en el marco de respeto del equilibrio presupuestal, probablemente disminuyan considerablemente los arbitrajes. Si en nuestro análisis estadístico excluyéramos los arbitrajes de la administración pública podríamos concluir que las cifras de los Laudos serían similares a los que

se materializaron en los años anteriores, es decir, el crecimiento del arbitraje se explica por esta causa.

Un balance de los resultados estadísticos del arbitraje laboral de la negociación colectiva es muy pobre, con excepción de los laudos de la administración pública, por lo que el beneficiario del arbitraje han sido los servidores públicos por la firme decisión de los tribunales arbitrales en aplicar el control difuso sobre las prohibiciones de las leyes de presupuesto. El arbitraje se mantiene en unas cifras muy inferiores al inicio de la vigencia de la LRCT, a pesar que desde el 2010 está asentado el arbitraje potestativo que facilita su implementación. Evidentemente el arbitraje no puede resolver los pliegos de reclamos sin solución porque concurren una serie de factores que entorpecen su materialización: el diseño del TUO-LRCT debilita estructuralmente a las organizaciones de trabajadores, la falta de asesoría legal, la debilidad económica de la organización y de los propios trabajadores, el antisindicalismo empresarial peruano, etc.

A pesar de esto, se puede formular la interrogante ¿por qué se mantiene la inoperancia del arbitraje? Resulta difícil plantear una respuesta contundente porque tanto la normativa como la estructura de las relaciones laborales tienen una serie influencia sobre estos resultados. Sin embargo, hay un factor que podemos medir parcialmente con la información con la que contamos y que puede estar influyendo de manera significativa: los costos del arbitraje laboral.

4. LOS COSTOS ECONÓMICOS DEL ARBITRAJE LABORAL

Los costos económicos del arbitraje laboral —o también denominado “costos de transacción de la negociación colectiva en el arbitraje”— representa el gasto que asumen las partes del arbitraje para lograr un Laudo que ponga fin al conflicto de intereses de la negociación colectiva. Si bien existen diversos gastos, el más importante es el pago de los árbitros y de la secretaria del tribunal.

La normativa peruana lo establece en el artículo 53 del Reglamento del TUO-LRCT donde establece como primera regla que las partes pueden llegar a un acuerdo sobre los montos de los honorarios de los árbitros, en caso que no exista ese acuerdo, la norma señala que será el equivalente al 10% de la remuneración mínima vital por cada trabajador comprendido en el ámbito de la negociación colectiva hasta un límite de 50 trabajadores. En caso supere esta cifra de trabajadores será de 7,5% de la remuneración mínima por cada trabajador entre los 50 y 200 trabajadores. Entre los 200 y 300 trabajadores es el 5% de la remuneración mínima por cada trabajador y el 2,5% de la remuneración mínima por cada trabajador que exceda los 300 trabajadores. La norma establece el tope de 30 remuneraciones mínimas. Asimismo, salvo acuerdo distinto entre las partes, el Presidente del Tribunal percibe un 25% más de honorarios respecto a sus colegas.

Un significativo número de procesos arbitrales se producen con los medianos y grandes sindicatos y la mediana y gran empresa privada, así como las grandes entidades públicas, por lo que si no tienen un acuerdo de honorarios, la mayoría

debería concentrarse en el rubro que se ubica entre supera los 50 y 200 trabajadores, aunque no debe ser extraño arbitraje con más de mil trabajadores, especialmente en la administración pública.

La gran mayoría de las organizaciones sindicales peruanas de la actividad privada se ubican por debajo de los 25 trabajadores afiliados laborando en la mediana empresa. En realidad, la estructura empresarial se concentra en la microempresa y la pequeña empresa. Se podría postular que el perfil de la organización de trabajadores que no concluye con un acuerdo su pliego de reclamos se ubique alrededor del mínimo establecido por el TUO-LRCT: 20 trabajadores. Sobre este supuesto hagamos un cálculo de lo que representa sufragar el costo de los honorarios de los árbitros. Si son 20 trabajadores que laboran en una pequeña empresa y tienen por salario la remuneración mínima vital —que son las condiciones mínimas exigidas por la norma— y el salario mínimo en el 2014 ascendió a los S/. 750. Cada uno de los tres árbitros hubiese recibido un honorario de mil quinientos soles. Asumiendo que el sindicato sufraga su árbitro y la mitad de los honorarios del Presidente —éste acepta un honorario similar a sus colegas— el costo directo alcanza la cifra de S/. 2,250.

Para que resulte beneficioso el arbitraje para este grupo de trabajadores, el Laudo arbitral debería otorgarles una cifra global superior a los dos mil doscientos cincuenta soles. Esto significa que un aumento general mínimo de S/. 0.50 a cada trabajador para sufragar *grosso modo* el arbitraje. Con los resultados publicados por el Ministerio de Trabajo de los convenios colectivos de 2014 en Lima Metropolitana resulta que un tercio tiene cifras alrededor para del costo del arbitraje. Si bien esta cifra puede esconder aumentos mayores no cifrados o cierres de pliego sin aumento general, probablemente la cuarta parte que apenas celebra un acuerdo mínimo les resulta más beneficio su convenio colectivo en vez de haberse sometido a un arbitraje. En otras palabras, el costo del arbitraje laboral resulta siendo demasiado alto para la mayoría de las organizaciones sindicales.

Se puede plantear como una alternativa al lado del arbitraje *ad hoc* establecido por el TUO-LRCT, constituir tribunales permanentes de arbitraje presidido por el juez laboral de la localidad constituido tripartitamente con árbitros designados por el gremio empresarial y las centrales sindicales, siendo sufragados directamente los honorarios por el Estado. De este modo, reducimos notablemente los costos del arbitraje sin constituir un arbitraje de pobres. Este nuevo tribunal permanente sería paralelo al actualmente constituido *ad hoc*, correspondiendo a las partes seleccionar su preferencia por uno u otro.

REFLEXIÓN FINAL

El arbitraje laboral mantiene su inoperancia como mecanismo de solución pacífica en la negociación colectiva peruana. Si bien la jurisprudencia constitucional ha recuperado el arbitraje potestativo causado en la legislación laboral y los laudos arbitrales han cumplido un rol central en la defensa del derecho fundamental de

la negociación colectiva, lo cierto es que esto resulta insuficiente en términos cuantitativos.

En realidad, los problemas identificados en el arbitraje son un reflejo de las dificultades que se sufre en la negociación colectiva y las relaciones laborales peruanas. La tarea principal pasa por una reforma estructural del TUO-LRCT, donde el abandonado proyecto Ley General del Trabajo puede ser un buen inicio para la discusión.