

**El reducido espacio para el ejercicio de la negociación  
colectiva en Perú que puede generarse por una  
aceptación irreflexiva del arbitraje potestativo  
incausado**

---

**Daniel Ulloa Millares**

Doctor por la Universidad de Castilla-La Mancha.  
Profesor de derecho laboral en PUCP y ESAN.

En los últimos años se viene hablando de un nuevo escenario de las relaciones colectivas de trabajo en Perú<sup>1</sup>, creado por la irrupción (o reaparición en realidad) del arbitraje potestativo, utilizando como hito lo que —equivocadamente— muchas personas entienden como “*reiterada jurisprudencia*” del Tribunal Constitucional. En realidad este tema solamente ha sido revisado en dos casos puntuales:

- En el expediente N° 3561-2009 (el conocido como “caso portuarios”), donde la discusión fue sobre el nivel de negociación, y
- En el expediente N° 3243-2012 (el conocido como “caso Fetratel”), donde la discusión fue también sobre el nivel de negociación.

Cabe destacar que ambas sentencias no fueron calificadas como precedentes vinculantes pues ellas resolvieron dos casos específicos vinculados al inicio de una primera negociación colectiva en los cuales existieron actos cometidos por una de las partes (el empleador) que fueron calificados como manifestaciones de mala fe y que no coinciden con todos los casos de entrampamiento que puedan darse en una negociación colectiva, lo cual el Estado debe claramente evitar según el mandato previsto en el artículo 28 de nuestra Constitución. De ahí que entendamos que resulta incongruente que lo señalado en dos sentencias —y además, para un supuesto en particular— se establezca como regla para todo tipo de fracasos de negociaciones y, peor aún (y con ello adelantamos la conclusión de este trabajo), que se permita que una de las partes pueda **imponer** a la otra una solución heterónoma a la negociación colectiva **sin haber realizado previamente** una objetiva, razonable o correcta etapa de negociación colectiva y de conciliación, dado que en este caso **ambas partes** tienen el mismo derecho constitucional a negociar. Esto es, con el arbitraje potestativo incausado se permitiría que la parte que no haya respetado previamente el principio de buena fe<sup>2</sup> durante la etapa anterior a su decisión pueda imponer el arbitraje a la otra.

Se menciona también que esta posición habría sido confirmada por la decisión N° 5132-2014 de fecha 13 de agosto de 2015 emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República mediante la cual se confirmó la sentencia emitida por primera instancia que declaró infundada la demanda de acción popular presentada por la Sociedad Nacional de Industrias contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo por la cual buscó cuestionar la vigencia del Decreto Supremo N° 014-2011-TR, norma que, según la demanda, incorpora de manera inconstitucional al reglamento de la ley de relaciones colectivas de trabajo el arbitraje potestativo. Sin embargo, no creemos eso porque el proceso buscó discutir la regulación de las dos causales de procedencia del arbitraje potestativo y, si se leen los considerandos de la sentencia de segunda

---

<sup>1</sup> UGAZ OLIVARES, Mauro y OSORIO VÉLIZ, Rosa, “*La heterocomposición de las negociaciones colectivas de trabajo: análisis del arbitraje potestativo en los últimos años*”, en revista “*Ius et Veritas*” N° 51, diciembre de 2015, p. 298-312.

<sup>2</sup> GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio, “*Principios de la OIT sobre la negociación colectiva*”, en “*Revista internacional del trabajo*”, vol. 119 (2000), núm. 1, p. 44-47.

instancia (en especial los que van del décimo octavo en adelante) se admite el arbitraje potestativo en nuestro ordenamiento —lo cual aceptamos— solamente “*si fracasa la negociación directa, la conciliación o mediación, si lo hubiera habido*”<sup>3</sup> pues “*la negociación colectiva es la herramienta primordial para una construcción concertada del derecho del trabajo*”<sup>4</sup>.

En otras palabras, la Corte ratifica que el arbitraje previsto en la ley de relaciones colectivas de trabajo es de carácter potestativo. Y en eso estamos de acuerdo como así también lo sostiene la doctrina nacional mayoritaria. Pero consideramos que su uso no debe ser discrecional, incausado y, peor aún, cuando no se acredite el cumplimiento de una etapa previa de negociación o se vulnere el principio de buena fe negocial. Por tanto, y sin que sea un juego de palabras, el arbitraje potestativo siempre debería ser causado.

En efecto, creemos que el arbitraje potestativo incausado resulta incompatible con el convenio OIT N° 98, norma ratificada por el Perú y que por ello forma parte del ordenamiento nacional, pues su artículo 4 establece lo siguiente:

“Artículo 4

*Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, **el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria**, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”* (el énfasis es nuestro).

Este artículo del convenio describe claramente uno de los tres principios de la negociación<sup>5</sup>, esto es, que ella sea libre y voluntaria, el cual —a criterio de los órganos de control de la OIT— se ve trasgredido cuando se impone el arbitraje como medio **preferencial** para solucionar una negociación colectiva.

Y es que resulta claro que el arbitraje potestativo incausado no puede suponer la vulneración del derecho a la negociación colectiva que tienen ambas partes. Por tanto, una conducta cerrada, de no querer escuchar la propuesta de la otra o de no discutir los puntos del pliego sino solamente imponerse no puede calificarse como negociar. Y frente a esto, permitir el uso irreflexivo del arbitraje potestativo incausado puede suponer el bloqueo al acceso a un efectivo derecho a la negociación colectiva de la otra parte, un derecho *en sentido estricto* en términos de los profesores Boza y Aguinaga<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Vigésimo sexto considerando de la sentencia N° 5132-2014 citada.

<sup>4</sup> Trigésimo segundo considerando de la sentencia N° 5132-2014 citada.

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> BOZA, Guillermo y AGUINAGA, Ernesto, “*El deber de negociar y el arbitraje potestativo como parte del contenido del derecho constitucional de negociación colectiva*”, Derecho PUCP N° 71, 2013, p. 302.

Queda claro por definición que si el arbitraje potestativo es incausado, no requiere motivo alguno para su existencia. Por tanto, aceptarlo supone admitir la arbitrariedad y desconocer el deber de negociar que tienen ambas partes<sup>7</sup>. Y eso es justamente lo que consideramos inadecuado en el ejercicio del derecho constitucional de negociación colectiva (y en realidad en el ejercicio de cualquier derecho) dado que en este caso ambas partes se encuentran jurídicamente en un mismo plano.

Lo anterior se ratifica si leemos la recomendación OIT N° 92, recomendación sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios<sup>8</sup>, que en todo momento resalta como elemento esencial el consentimiento de todas las partes interesadas para utilizar estos medios de solución de conflictos. Asimismo, en la reticencia de la OIT a aceptar el arbitraje obligatorio<sup>9</sup>.

Imaginemos el siguiente supuesto luego de presentado un proyecto de convenio colectivo y en el cual ambas partes asisten a las reuniones convocadas:

ETAPA DE TRATO DIRECTO:

- Primera fecha: instalación.
- Segunda fecha: fijación de reglas de negociación.
- Tercera fecha: ruptura de trato directo por una de las partes.

**No se acordó ningún punto.**

ETAPA DE CONCILIACIÓN ANTE LA AUTORIDAD DE TRABAJO:

- Primera fecha de instalación.
- Segunda fecha de nueva fijación de reglas.

<sup>7</sup> BOZA y AGUINAGA, *ibid*.

<sup>8</sup> Se puede encontrar en [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:R092](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R092) Última revisión: 29 de agosto de 2016.

<sup>9</sup> Según puede verse en el capítulo IV de su guía sobre legislación del trabajo (<http://www.ilo.org/legacy/spanish/dialogue/ifpdial/lgl/noframes/ch4.htm#13>): “El arbitraje se considera obligatorio cuando un conflicto puede someterse a este procedimiento sin el acuerdo o consentimiento de todas las partes involucradas (ya sea a instancia de parte, del gobierno o de un organismo independiente), y la controversia se ha de resolver mediante laudo arbitral obligatorio. El arbitraje obligatorio de conflictos de intereses resulta controversial en la medida que, por regla general, se relaciona con restricciones al derecho de huelga, y limita la libertad de las partes de negociar colectivamente. A menudo se considera que el arbitraje obligatorio tiende a socavar la negociación colectiva y a disminuir la voluntad de las partes de aceptar llegar a establecer compromisos, cuya realización son indispensables para la negociación colectiva eficaz.

Una cuidadosa consideración de las razones detrás de la política de arbitraje obligatorio es suficiente para desestimarla y, a la vez, afirmar el innegable interés de promover la negociación colectiva. Sin embargo, el éxito del arbitraje obligatorio en muchos países depende esencialmente del respaldo general de las partes, de aquí la importancia de la realización de consultas con los interlocutores sociales antes de instituir tal sistema.” El resaltado es nuestro. Última revisión: 29 de agosto de 2016.

- Tercera fecha: una de las partes rompe el diálogo y manifiesta su deseo de acudir al arbitraje.

**No se acordó ningún punto.**

Bajo este escenario ¿Cómo es posible hablar de ejercicio de la negociación colectiva si una de las partes tiene la posibilidad de bloquear el procedimiento y no negociar en momento alguno, actuando de repente de manera altanera o prepotente, suspendiendo las reuniones y rompiendo —o propiciando la ruptura— del diálogo en ambas instancias? ¿Cómo poder negociar o presentar una contrapropuesta razonable si normalmente la propuesta presentada por la parte sindical incluye pedidos elevados que no requieren contar con sustento alguno? ¿Cómo negociar con un empleador que, previendo que lo van a llevar a arbitraje y lo van obligar a presentar una propuesta final, no muestra su posición real durante toda la negociación sino una exageradamente menor sin que se preocupe en mejorarla? ¿No estamos acaso ante una imposición del derecho de acudir al arbitraje que menosprecia el derecho a la negociación colectiva, y principalmente la buena fe negocial, porque impide que las partes tengan interés en escuchar sus propuestas? ¿No estamos propiciando continuar con esta cultura muy nacional de negociar propuestas extremas (gráficamente el sindicato pide el cielo y el empleador comienza en el centro de la tierra para encontrarse ambos —de ser el caso— en la superficie)? ¿No estamos propiciando la negociación desconfiada o de “póker”, porque si una de las partes se sincera, nunca le van a creer?

Si bien consideramos que las tres sentencias arriba indicadas sustentan el arbitraje potestativo, ninguna de ellas permite o ha autorizado expresamente la utilización de la modalidad incausada en desmedro del ejercicio efectivo de la negociación colectiva. Por tanto, ningún árbitro debería admitir su competencia si la parte que lo invoca no acredita haber hecho todos los esfuerzos e intentado llegar a un acuerdo, esto es, haber negociado de manera efectiva antes de acudir al arbitraje.

En efecto, lo que afirmamos es que la sentencia del caso portuarios resuelve un supuesto particular al igual que la sentencia Fetratel (3243-2012), **donde se discute el supuesto específico de una primera negociación**. Y, por tanto, no puede ser tomado como origen o sustento de la modalidad incausada para todo tipo de negociación.

En efecto, para que no quepan dudas citamos literalmente las partes pertinentes del supuesto de hecho de ambas sentencias (lo resaltado es nuestro):

“EXP. N.º 03561-2009-PA/TC

CALLAO

SINDICATO ÚNICO DE TRABAJADORES MARÍTIMOS Y PORTUARIOS  
DEL PUERTO DEL CALLAO (SUTRAMPORPC)

#### §.4.1. COMPORTAMIENTO DE LAS ASOCIACIONES EMPLAZADOS

23. De la valoración conjunta de los medios probatorios obrantes en autos y de los alegatos expuestos por las partes, este Tribunal concluye que las Asociaciones emplazadas han abusado de su libertad para negociar, pues, actuando de mala fe, han inasistido injustificadamente a la gran mayoría de reuniones convocadas por la División para negociar el pliego de reclamos presentado por el Sindicato demandante.
24. Asimismo, las Asociaciones emplazadas han abusado de su libertad para decidir el nivel de la negociación, pues a pesar de que el Sindicato demandante ha solicitado que la negociación se desarrolle por rama de actividad, las Asociaciones emplazadas se han negado a negociar con él, y además han tenido conductas que han dificultado o hecho imposible la negociación colectiva.
25. Por estas razones, este Tribunal considera que las Asociaciones emplazadas han vulnerado el derecho de negociación colectiva del Sindicato demandante, toda vez que han abusado de sus libertades para negociar y para decidir el nivel de la negociación, lo cual se encuentra prohibido por el artículo 103° de la Constitución; a ello debe agregarse que las Asociaciones emplazadas no se han comportado de buena fe, ya que han hecho todo lo posible para que la negociación colectiva no se realice.”

La aclaración de dicha sentencia, de fecha 10 de julio de 2010 estableció:

“RESUELVE

PRECISAR que el arbitraje a través del cual deberá decidirse el nivel de la negociación ante la falta de acuerdo entre trabajadores y empleador, es aquél al que hace alusión el artículo 61° del Decreto Supremo N.º 010-2003-TR, 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.

Queda claro que el abuso realizado por las demandadas sustentó la decisión del Tribunal Constitucional en un caso en el que debió decidirse el nivel de la negociación.

Y en la otra sentencia, el caso Fetratel, se indica (el subrayado también es nuestro) lo siguiente:

“EXP. N.º 03243-2012-PA/TC

LIMA

FEDERACIÓN DE TRABAJADORES DEL SECTOR COMUNICACIONES DEL PERÚ – FETRATEL PERÚ

8. En atención a lo antes expuesto cabe resaltar que de la valoración conjunta de los medios probatorios obrantes a fojas 20 a 43 y del propio tenor de los escritos presentados por la sociedad emplazada durante el presente proceso, este Tribunal concluye que ésta ha realizado práctica abusiva, entorpeciendo la negociación colectiva pues, se niega a negociar mediante arbitraje con la federación recurrente, adoptando una conducta que dificulta el proceso de negociación colectiva reflejada en su negativa de someter a arbitraje los puntos del Pliego de Reclamos del periodo 2009 – 2010, aduciendo que no

puede ser obligada a aceptar el arbitraje ya que éste sólo tiene el carácter de voluntario y porque se requiere que previamente las partes hayan suscrito un compromiso arbitral.

9. Por estas razones, este Tribunal considera que la sociedad emplazada ha vulnerado el derecho de negociación colectiva de los afiliados a la federación recurrente, toda vez que ha abusado de su libertad para negociar, lo cual se encuentra prohibido por el artículo 103° de la Constitución.

Nuevamente el Tribunal Constitucional resuelve un caso de determinación de nivel de negociación propiciado por el **abuso** de la parte empleadora, quien se negó a negociar con la otra parte.

Sin embargo, pueden existir otros casos en los que no haya existido en momento alguno negativa a negociar sino que una de las partes se oponga en todo momento a **negociar de buena fe**, buscando cualquier excusa (demora en la instalación de la negociación, imposición de reglas de negociación, exigencia de propuesta integral, cuestionamiento de los miembros de la comisión negociadora, reclamo de información económica, inasistencia a reuniones, falta de interés, por citar algunas) para negar y bloquear la negociación.

Debe repararse que muchas veces podemos estar ante un supuesto de abuso del derecho<sup>10</sup>, no solo de la parte empleadora, que es la más proclive a bloquear una negociación (y por ello sus actos de mala fe son los que razonablemente sustentan en la norma el arbitraje potestativo) sino también por parte de la organización sindical, especialmente cuando no es mayoritaria, quien con su simple decisión puede imponer un arbitraje al suponer que un tercero resolverá mejor lo que ellos no desean intentar (y que no pueden presionar porque recurrir a la huelga no les favorecería estratégicamente)<sup>11</sup>. Y creemos que ello no puede tutelarse ni ampararse pues el derecho a la negociación colectiva **está reconocido para ambas partes y no solo para una de ellas**. Pensar lo contrario nos llevaría a una dictadura sindical (luego de haber pasado por una etapa de indefensión frente al abuso de algunos empleadores) y no a la maduración o el ejercicio democrático de las relaciones laborales. Esto es, el conocido péndulo como metáfora de nuestras regulaciones.

Al revisar las dos sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional se puede ver claramente que los supuestos regulados implicaron **un abuso del derecho** cometido por las empresas demandadas en el ejercicio de la negociación colectiva, supuesto que no necesariamente ocurre en todos los casos en que una parte opte por el arbitraje potestativo incausado.

<sup>10</sup> Con lo amplia que puede ser la definición de este concepto.

<sup>11</sup> Para una primera revisión de los arbitrajes como procedimiento de solución de negociaciones colectivas puede revisarse la tesis de magister de Carol NEYRA SALAZAR, “El arbitraje potestativo como forma de solución de conflictos laborales”, 2014, en el siguiente link: [http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5613/NEYRA\\_SALAZAR\\_CAROLE\\_ARBITRAJE\\_POTESTATIVO.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5613/NEYRA_SALAZAR_CAROLE_ARBITRAJE_POTESTATIVO.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Cabe señalar que el profesor Elmer Arce afirma<sup>12</sup>:

“Desde nuestra opinión, la interpretación del artículo 61 LRCT que redunde en la voluntariedad del arbitraje es claramente inconstitucional. Y nuestro Tribunal Constitucional, en la Resolución Aclaratoria de la Sentencia recaída en el Expediente 03561-2009-PA/TC, no dudó en señalar que el arbitraje del artículo 61 es uno de tipo potestativo. Es decir, si los trabajadores requieren ir al arbitraje, entonces “arrastran” al empleador al mismo. Ya el mismo Poder Judicial reconoció el arbitraje potestativo en el caso FETRATEL contra TELEFONICA DEL PERU SA, cuando obligó a la empresa a firmar un compromiso arbitral luego de 5 años. Podría parecer un poco excesiva la medida, sin embargo mucho dependerá de la ponderación de los árbitros para no dejar que el proceso arbitral degeneren en una solución arbitraria. La ponderación de los árbitros evitará que todos los trabajadores quieran acudir al arbitraje y permitirá que los empleadores sean más inteligentes y promuevan un clima de diálogo con sus trabajadores.” (el subrayado es nuestro).

Asimismo, Sebastian Soltau señala<sup>13</sup>:

“La pregunta que tendríamos que hacernos es si la consagración de un arbitraje potestativo incausado resuelve este problema. En mi opinión, no. Ciertamente elimina los conflictos abiertos, pero a costa de no inculcar en los sujetos del conflicto (organización sindical y empresa), la importancia del diálogo y los beneficios de una solución acordada.

Por eso decimos que esta fórmula desincentiva la negociación directa. Y es que propicia que los sujetos del conflicto piensen en cualquier cosa, menos en esforzarse por llegar a un acuerdo. El arbitraje potestativo incausado permite que la organización sindical piense en él como objetivo desde el día uno y trate la negociación directa como una mera formalidad previa. Por otro lado, permite que la empresa se convenza de que no vale la pena apostar por la negociación directa, pues —al fin y al cabo— el sometimiento del conflicto a arbitraje va a depender de una decisión puramente subjetiva de la organización sindical.

### ¿Qué solución propongo?

Un arbitraje potestativo causado como el que regula el D.S. 014-2011-TR. En mi opinión, se trata de una fórmula que: (i) compatibiliza los dos mandatos contenidos en el numeral 2 del artículo 28 de la Constitución; y, (ii) es compatible con la postura de la OIT.” (el subrayado es nuestro)

La solución, por tanto, no es la aplicación del arbitraje potestativo incausado de manera automática sino verificar si ello es la última opción, si el procedimiento

<sup>12</sup> El artículo se puede leer en <http://www.parthenon.pe/columnistas/elmer-arce/el-arbitraje-laboral-voluntario-o-potestativo/>

<sup>13</sup> El artículo se puede leer en <http://www.ius360.com/publico/procesal/critica-al-arbitraje-potestativo-incausado/>



ya no puede seguir su vía normal y si la intervención del tercero es pertinente para solucionar el conflicto. En otras palabras, que se cumplan debidamente los pasos anteriores de negociación colectiva, conciliación y mediación (de ser el caso) que menciona la Corte Suprema. Para ello todo árbitro o Tribunal Arbitral deberá conocer el caso, evaluar la práctica de negociación de cada parte y ponderar, tal como afirma Arce. Y si queda claro que una de las partes no quiso negociar con la otra, que no hubo interés en llegar a un acuerdo, no debería aceptarse la solución heterónoma.

De lo contrario, declarar procedente el arbitraje de manera automática en todos los casos en que los solicite una parte supondría ratificar que la posible mala fe con la cual actúe una de las partes en la negociación es una conducta válida, situación que ningún Tribunal debería permitir para no incentivar estas conductas.

Cabe destacar que el profesor Javier Neves comparte esta posición en un voto en minoría emitido en una resolución arbitral del año 2014<sup>14</sup>, en la cual señaló expresamente en el numeral 12 de su decisión que:

“En mi concepto, solo debería quedar excluido el arbitraje potestativo incausado cuando la parte que lo solicita no haya tenido verdadero interés de negociar efectivamente (por ejemplo, ruptura casi inmediata de la negociación directa y la conciliación, para llegar a arbitraje). Es decir, la parte que hubiera actuado de mala fe, no debería poder solicitar el arbitraje potestativo.”

Esta sabia conclusión debería ser la regla. Y no el discrecional y autoritario arbitraje potestativo incausado que se viene dando en algunas prácticas negociales y que perjudica la madurez de nuestra práctica negocial laboral pues ningún empleador tendrá incentivos para negociar si sabe que su conflicto lo resolverá un tercero<sup>15</sup>.

## CONCLUSIÓN

Un sistema normativo que proclama el fomento de la negociación colectiva debería educar, persuadir e instruir a las partes para que siempre negocien de buena fe y así puedan alcanzar, ellas mismas, las soluciones a sus conflictos. Caso contrario, mantendremos la dependencia decisoria del tercero que caracteriza a nuestro sistema, donde el Estado suple el poder normativo de las partes laborales.

La promoción de formas de solución pacífica no debería ser la excusa para aceptar la intervención obligatoria de un tercero salvo casos extremos de, justamente, mala fe de una de las partes, esto es, la falta de respeto al derecho constitucional de la otra o el incumplimiento del deber de negociar.

Lima, agosto de 2016

---

<sup>14</sup> Resolución arbitral de fecha 18 de octubre de 2014 suscrita por los abogados Luis Vinatea Recoba, Germán Ramírez-Gastón y Javier Neves.

<sup>15</sup> Un conocido banco del país ha resuelto los tres últimos años su negociación colectiva mediante arbitraje.