

# La ratificación de la legalidad del Decreto Supremo N° 014-2011-TR y sus implicancias en la negociación colectiva

---

**Michael Vidal Salazar**

Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Gerente Senior del Área  
Laboral de EY (Ernst & Young).  
Contacto: michael.vidal@pe.ey.com

## **SUMARIO**

*I. Centrando el tema y retomando antecedentes. II. El carácter potestativo del arbitraje regulado en el artículo 61° del TUO LRCT: el tema que se habría cerrado. 2.1. Marco legal vigente del arbitraje como parte de la negociación colectiva en el ordenamiento peruano. 2.2. Tipología del arbitraje en la negociación colectiva. 2.3. Naturaleza del arbitraje regulado por el artículo 61° del TUO LRCT. a) Argumentos a favor de considerar el arbitraje regulado por el artículo 61° del TUO LRCT como voluntario. b) Argumentos a favor de considerar el arbitraje regulado por el artículo 61° del TUO LRCT como potestativo. La posición del TC. b.1) Los alcances de la facultad de someter la negociación a arbitraje. b.2) El contenido del artículo 63° del TUO LRCT. b.3) La decisión bilateral de someter la negociación colectiva a arbitraje. b.4) La huelga como medio alternativo de solución del conflicto. b.5) La obligatoriedad de suscribir el compromiso arbitral y el deber de negociar de buena fe. III. Arbitraje potestativo incausado versus arbitraje potestativo por mala fe: lo que queda por definir. IV. Conclusiones.*

## I. CENTRANDO EL TEMA Y RETOMANDO ANTECEDENTES

En el año 2009, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) devolvió a un primer plano nuevamente un tema siempre interesante como es el del arbitraje como medio de solución de conflictos laborales de intereses o económicos. Como se recuerda, con relación a la materia en discusión, los conflictos laborales pueden ser clasificados en dos grupos: los conflictos de derecho o jurídicos y los conflictos de interés o económicos. Mientras los primeros giran en torno a la aplicación o interpretación de una norma, los segundos implican la creación de una norma. En este último caso, quien resuelve el conflicto debe pronunciarse sin poder recurrir a una norma que le brinde la solución, es más, debe de crear una regulación aún inexistente.

El conflicto laboral de interés o económico por excelencia es la negociación colectiva, que a su vez constituye su propio medio de solución. En la misma, los actores sociales buscan poner fin a un conflicto que a lo único que apunta (o por lo menos, debe apuntar) es a la creación de una norma a la que se le denominará convenio colectivo. Dicha negociación, como su propio nombre lo indica, tiene como fase principal el trato directo entre las partes, en el que las mismas están obligadas a sentarse a negociar y realizar todos los actos posibles para arribar a un acuerdo. A ello se denomina, el deber de negociar de buena fe. Sin embargo, nada obliga a las partes a celebrar un convenio, es decir, a pactar condiciones con las que no están de acuerdo.

Ahora bien, considerando que el ordenamiento jurídico debe apuntar a cerrar el conflicto, se brindan mecanismos complementarios para acercar a las partes, obligarlas a retomar la negociación o, simplemente, obtener un resultado. Así por ejemplo, las legislaciones regulan como mecanismos a seguir frente a la conclusión del trato directo sin llegar a un acuerdo, la conciliación, la mediación, el arbitraje e, incluso, la huelga.

Dentro de ese abanico de posibilidades, el arbitraje constituye la alternativa más polémica. Y es que, como sabemos, por el arbitraje, un tercero ajeno al conflicto, emite una solución al mismo (denominada “laudo”) de obligatorio cumplimiento por la partes. Es así como, a diferencia de la conciliación y la mediación, en el que el tercero simplemente acerca a las partes (en la primera) o propone una solución (en la segunda), en el arbitraje la decisión del árbitro es de cumplimiento obligatorio.

Asimismo, la utilización del arbitraje es percibida muchas veces como una limitación al ejercicio de la huelga, medida de fuerza reconocida como derecho fundamental y consagrada a nivel constitucional. Ello debido a que, comúnmente, es regulado como un medio alternativo frente a la acción directa de los trabajadores.

En esa medida, el punto más polémico del arbitraje siempre ha resultado ser su obligatoriedad, es decir, la posibilidad o no que tienen las partes de negarse a acudir al mismo. El tema resulta tan relevante que la misma Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha concluido que el arbitraje obligatorio, es decir, aquel impuesto por ley sin dar la posibilidad de que las partes se nieguen a someter su

diferendo a otro medio de solución, solo procede cuando la negociación involucra a empresas que desarrollan servicios públicos esenciales (aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro, la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o en parte de la población)<sup>1</sup>.

Y es que el arbitraje dentro del procedimiento de negociación colectiva constituye un mecanismo en que un tercero no sólo impone una solución a las partes, sino que, a diferencia de lo sucede en el arbitraje de conflictos jurídicos, lo hace sin que exista una norma a ser aplicada o interpretada. El árbitro crea la norma.

En ese contexto, el TC en su Sentencia de fecha 17 de agosto de 2009, emitida en el Expediente N 035612009PATC<sup>2</sup>, retomó el tema. En este caso, en la búsqueda de solucionar la controversia sobre la determinación del ámbito de la negociación colectiva y los alcances de lo previsto en el artículo 45° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (“TUO LRCT”)<sup>3</sup> – del que se desprendía que a falta de acuerdo sobre el nivel de negociación, la misma debe llevarse a nivel de empresa —, inaplicando el citado dispositivo legal, y en un marco de situaciones que consideró como mala fe negocial por parte de las organizaciones empleadoras emplazadas, declaró que *“a falta de acuerdo para decidir el nivel de negociación, éste deberá ser determinado mediante arbitraje, sin que exista previa declaración de huelga”*.

Posteriormente, mediante Sentencia Aclaratoria de fecha 10 de junio de 2010, emitida en el mismo expediente<sup>4</sup>, el TC estableció que *“el arbitraje a través del cual deberá decidirse el nivel de negociación ante la falta de acuerdo entre trabajadores y empleador, es aquél al que hace alusión el artículo 61° del Decreto Supremo N° 0102003TR, 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”*.

El citado pronunciamiento despertó nuevamente la polémica sobre el arbitraje como medio de solución de conflictos de intereses, primero, por su idoneidad como mecanismo de determinación del nivel de negociación, pero en especial, por la ratificación de su carácter potestativo.

Como consecuencia de ello, en el año 2011 se publicó el Decreto Supremo N° 014-2011-TR, por el cual se modificó el artículo 61° del Reglamento de la Ley

---

<sup>1</sup> Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT de 1996, párrafo 860; 320°. Informe, caso núm. 2025, párrafo 408; 327°. Informe, caso núm. 2145, párrafo 305; 332°. Informe, caso núm. 2261, párrafo 665 y 335°. Informe, caso núm. 2305, párrafo 506.

<sup>2</sup> Proceso de amparo seguido por el Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao contra la Asociación Peruana de Operadores Portuarios, la Asociación Peruana de Agente Marítimos y la Asociación Marítima el Perú.

<sup>3</sup> Aprobado por Decreto Supremo N° 0102003TR.

<sup>4</sup> Proceso de amparo seguido por el Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao contra la Asociación Peruana de Operadores Portuarios, la Asociación Peruana de Agente Marítimos y la Asociación Marítima el Perú.

de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 011-92-TR (en adelante, “RLRCT”), disponiendo la procedencia del arbitraje potestativo cuando: (i) las partes no se ponen de acuerdo en la primera negociación, en el nivel o su contenido; y, (ii) durante la negociación del pliego, cuando se adviertan actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo. Asimismo, se establecieron las reglas para la tramitación<sup>5</sup>. La citada norma se sustentó en la Sentencia emitida en el Expediente N° 03561-2009-PA/TC, alegando que en las mismas “*el Tribunal Constitucional ha interpretado que cuando se trate de determinar el nivel de la negociación o resolver situaciones de manifiesta mala fe negocial que entorpecen, dilatan o tienen por objeto evitar la solución del conflicto, rige el arbitraje potestativo*”<sup>6</sup>. Posteriormente, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, emitiría la Resolución Ministerial N° 284-2011-TR, en la que estableció un listado abierto de actos de mala fe que facultarían a solicitar el arbitraje potestativo.

La legalidad del citado Decreto Supremo ha sido cuestionada a nivel judicial, mediante la acción popular presentada por la Sociedad Nacional de Industrias, y apoyada por la Asociación de Exportadores – ADEX, en calidad de tercero coadyuvante. El resultado de dicha acción ha sido la Sentencia Acción Popular N° 5132-2014-LIMA, de fecha 13 de agosto de 2015, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, que confirmó la Sentencia de Primera

---

<sup>5</sup> “Artículo 61-A.- Arbitraje potestativo

*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 se adviertan actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo.*

*Ocurridos los supuestos referidos, las partes deben designar a sus árbitros en un plazo no mayor de cinco (05) días hábiles. De no hacerlo una de ellas, la Autoridad Administrativa de Trabajo designa al árbitro correspondiente, cuyo costo asume la parte responsable de su designación. El arbitraje potestativo no requiere de la suscripción de un compromiso arbitral.*

*Si por alguna circunstancia alguno de los árbitros dejara de asistir o renunciara, la parte afectada debe sustituirlo en el término no mayor de tres (03) días hábiles. En caso de no hacerlo, el presidente del tribunal solicita a la Autoridad Administrativa de Trabajo su sustitución.*

*Constituido el Tribunal Arbitral, dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes, las partes entregan al tribunal su propuesta final, de ser el caso, en forma de proyecto de convenio colectivo, con copia para la otra parte, que le será entregado a éste por el presidente del Tribunal Arbitral. Dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes, las partes podrán formular al tribunal las observaciones debidamente sustentadas, que tuvieren respecto del proyecto de fórmula final presentado por la otra parte.*

*Resultan aplicables al arbitraje potestativo las reglas del procedimiento arbitral establecidas en los artículos 55, 56, 57, 58, 59, 60 y 61 del Reglamento. En el caso de la regla de integralidad establecida en el artículo 57, ésta no se aplicará cuando sólo exista una propuesta final presentada, pudiendo el Tribunal Arbitral establecer una solución final distinta.*

*En ningún caso, el arbitraje potestativo puede ser utilizado en desmedro del derecho de huelga”.*

<sup>6</sup> Quinto párrafo de los Considerandos del Decreto Supremo N° 014-2011-TR.

Instancia, que declaró infundada la demanda de acción popular que dio origen al proceso.

En la Sentencia bajo mención, la Corte Suprema, basándose en lo establecido en la Sentencia emitida en el Expediente N° 3561-2009-PA/TC, y además en las Sentencias emitidas en los Expedientes N° 2566-2012-PA/TC<sup>7</sup> y N° 3243-2012-PA/TC<sup>8</sup>, ratifica una vez más el carácter potestativo del arbitraje regulado por el artículo 61° del TUO LRCT, descartando la tesis de las organizaciones empresariales demandantes con relación a un arbitraje voluntario, y con ello, declaran la legalidad del Decreto Supremo N° 014-2011-TR.

Tal pronunciamiento, ha dejado cerrada parte de la discusión que hoy se sostiene en relación al arbitraje en negociación colectiva, pero deja abiertas otras interrogantes que son importante analizar, y que tiene una trascendencia importante en el manejo de la negociación colectiva por ambas partes.

## II. EL CARÁCTER POTESTATIVO DEL ARBITRAJE REGULADO EN EL ARTÍCULO 61° DEL TUO LRCT: EL TEMA QUE SE HABRÍA CERRADO

Mencionamos al inicio que, con la Sentencia emitida en el Expediente N° 3561-2009-PA/TC, el TC devolvió protagonismo al arbitraje laboral como medio de solución de conflictos de interés. Pero ello vino acompañado de una discusión que tenía antecedentes previos.

En efecto, la declaración del carácter potestativo del arbitraje regulado en el artículo 61° del TUO LRCT, confirmó una posición que había venido perdiendo fuerza y aceptación por parte, especialmente, de los órganos administrativos.

Así pues, durante los primeros años de vigencia de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (texto original previo al TUO LRCT), a partir del carácter potestativo del arbitraje regulado en su artículo 61°, se tuvo como regla el nombramiento del árbitro del empleador por el Ministerio de Trabajo y Promoción Social (hoy, Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo) o la coacción a la parte empleadora para que suscriba el acta de compromiso.

En ese sentido, por ejemplo, el Auto Directoral N° 033 del 03 de marzo de 1994 (emitido en los seguidos entre Grifos y Estaciones de Servicios contra 25 estaciones de servicios y el Sindicato Único de Trabajadores en Grifos y Estaciones de Servicios, Expediente N° 1806-92-3DV-NEC), resolvió señalando que *“la decisión de las empresas apelantes de no desear someter la negociación colectiva a arbitraje, carece de sustento legal, toda vez que ésta es la forma de solucionar el petitorio*

---

<sup>7</sup> Proceso de amparo seguido por el Sindicato Nacional de la Unidad de Trabajadores de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SINAUT-SUNAT) contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT).

<sup>8</sup> Proceso de amparo seguido por la Federación de Trabajadores del Sector Comunicaciones del Perú – FETRATEL PERU contra Telefónica Gestión de Servicios Compartidos S.A.C. (TGSC).

*colectivo contemplado en la norma especial que es el Decreto Ley 25593, máxime si no se plantean alternativas para su solución y no existiendo acuerdo, es de aplicación lo establecido en el primer párrafo del artículo 64° del Decreto Ley acotado”*<sup>9</sup>.

También son ejemplos de este criterio las Resoluciones del 14 de junio de 1994 (Exp. No. 751-93: Papelera Especiales S.A.)<sup>10</sup> y de 5 de setiembre de 1994 (Caso No. 983-93: Editora Perú), en las cuales además se recoge al deber de negociar de buena fe como fundamento de la obligación del empleador de someterse al arbitraje<sup>11</sup>.

Dicha práctica dejó de ser común a mediados de los noventa, existiendo incluso opiniones en contra de la facultad de la AAT en esta materia<sup>12</sup>. En efecto, el criterio inicial fue variado por la Resolución de fecha 06 de febrero de 1995, emitida en el Expediente N° 414-94 (Avícola Esquivel S.A.), en la cual se estableció que *“del análisis del Decreto Ley No. 25593 se establece que la parte empresarial no está obligada a someter el diferendo a arbitraje, y por lo tanto suscribir un acta de compromiso arbitral, de tal manera que al afirmar el inferior en grado que la recurrente está en la obligación de firmar dicha acta, mandando nueva citación para su*

<sup>9</sup> Citada en: Negociación Colectiva. Volumen V. N° 49. Lima, diciembre 1994. p. 6.

<sup>10</sup> La citada resolución señala que: “no habiéndose suscrito hasta la fecha el Acta del Compromiso Arbitral ordenado en fecha 5 de abril de 1994, pese al tiempo transcurrido; siendo que en la presente negociación las partes no han logrado ponerse de acuerdo para solucionar el petitorio no obstante que el art. 46° del D.S. 011-93-TR, expresa que al término de la negociación directa o de la conciliación cualquiera de las partes podrá someter el diferendo a arbitraje, salvo que los trabajadores opten alternativamente por ejercer el derecho de huelga y según el estado de los actuados los trabajadores han optado por el arbitraje, no siendo necesaria en este caso la aceptación escrita del empleador, que sólo se requiere cuando sus servidores se encuentran en huelga, por tanto, está obligado el empleador a suscribir el ‘Acta de Compromiso Arbitral’ conforme se ha ordenado en fecha 5 de abril; tanto más teniendo en cuenta lo ordenado en el segundo párrafo del artículo 54° del D.L. 25593 que obliga a negociar de buena fe y abstenerse de toda acción que pueda ser lesiva a la contraria”. (Citada en: BOZA PRÓ, Guillermo y CANESSA MONTEJO, Miguel. *“Relaciones colectivas de trabajo: entre la flexibilidad y el intervencionismo estatal”*. En: AAVV. Estudios sobre la flexibilidad laboral. Lima: Organización Internacional del Trabajo, 2000. p. 239).

<sup>11</sup> Dicho pronunciamiento indica que *“en observancia del segundo párrafo del art. 54° del D.L. 25593, las partes están obligadas a negociar de buena fe, de modo que la empresa no puede sustraerse de la obligación de la negociación colectiva con el sindicato correspondiente, por lo que estando a la vía de solución adoptada por la parte laboral, corresponde a las partes suscribir el acta de compromiso arbitral (...), toda vez que el art. 46° sanciona que el término de la negociación directa o de la conciliación cualquiera de las partes podrá someter la decisión de diferendo a arbitraje”*. (Citada en: BOZA PRÓ, Guillermo y CANESSA MONTEJO, Miguel. Op. cit. p. 239-240).

<sup>12</sup> En ese sentido, se señala que *“nuestro ordenamiento no ha conferido al Ministerio de Trabajo tales facultades”* (FERRO DELGADO, Víctor. *“El arbitraje en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo”* En: Asesoría Laboral N° 38. Lima, febrero 1994. p. 13).

suscripción, está incurriendo en causal de nulidad prevista en el inc. c) del art. 1 del Decreto Supremo 001-03-TR”<sup>13</sup>.

Así pues, la teoría de que el arbitraje antes mencionado tenía carácter voluntario, y no potestativo, para el año 2009, se había constituido en la posición oficial en las instancias administrativas. Sin embargo, no se trataba de una posición absoluta ni ajena a cuestionamientos.

## **2.1. Marco legal vigente del arbitraje como parte de la negociación colectiva en el ordenamiento peruano**

Para tener claro la relevancia de la declaración del TC, debemos empezar por indicar que el arbitraje como medio de solución de controversias derivado del fracaso de la negociación directa se encuentra regulado en nuestro ordenamiento por el TUO LRCT y el RLRCT.

Las normas antes citadas siempre han previsto dos supuestos en que se puede producir un arbitraje<sup>14</sup>. El primero es el regulado por el artículo 61° del TUO LRCT y, el segundo, el regulado en el artículo 63° de la misma norma.

En el primer caso, el arbitraje se materializa en los supuestos en que no se ha llegado a un acuerdo durante la negociación directa o en la conciliación. En ese sentido, el TUO LRCT señala en su artículo 61° que *“si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, podrán las partes someter el diferendo a arbitraje”*.

El segundo caso, recoge el supuesto en que, habiendo los trabajadores optado por la huelga, desean someter el diferendo a arbitraje. Sobre el particular, el artículo 62° del TUO LRCT establece que *“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”*.

Las disposiciones citadas son complementadas con distintos artículos del RLRCT, siendo importante destacar los artículos 46°, 47°, 48° y 49° de la citada norma.

En primer lugar, el artículo 46° reglamenta lo señalado por el artículo 61° del TUO LRCT, puntualizando que la decisión de someter la materia controvertida al arbitraje puede ser de *“cualquiera de las partes”*. En ese sentido, señala que *“Al*

---

<sup>13</sup> BOZA PRÓ, Guillermo y CANESSA MONTEJO, Miguel. Op. cit. p. loc cit.

<sup>14</sup> En el texto original de la LRCT (Ley N° 25592), el artículo 68° regulaba la obligatoriedad de acudir al arbitraje cuando la controversia involucraba a una empresa encargada de prestar servicios públicos esenciales (*“Artículo 68°.- En el caso de servicios públicos esenciales, de no haber acuerdo en negociación directa o en conciliación, la controversia será sometida a arbitraje obligatorio a cargo de un tribunal integrado por un árbitro designado por cada parte y un presidente designado por la Autoridad de Trabajo”*). El citado artículo fue derogado por la Ley N° 27912 (publicada el 08 de enero de 2007).

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”.

Por su parte, el artículo 47° complementa el artículo 63° de la LRCT, desarrollando las reglas referidas a la aceptación del empleador, indicando que “en el caso contemplado por el artículo 63° de la Ley, los trabajadores o sus representantes podrán proponer por escrito al empleador el sometimiento del diferendo a arbitraje, requiriéndose la aceptación escrita de éste”. A ello agrega que “si el empleador no diera respuesta por escrito a la propuesta de los trabajadores en el término del tercer día hábil de recibida aquélla, se tendrá por aceptada dicha propuesta, en cuyo caso se aplicarán las normas relativas al procedimiento arbitral. El arbitraje procederá si se depone la huelga”.

De otro lado, el artículo 48° del RLRCT regula la fijación de la materia a ser sometida al árbitro o tribunal, estableciendo textualmente que “las partes de común acuerdo, están facultadas para fijar aspectos puntuales de discrepancia respecto a los causales debe pronunciarse el árbitro. De no producirse esta situación, la decisión arbitral debe comprender todos aquellos aspectos de la controversia que no hubieran sido solucionados durante la negociación directa”.

Finalmente, el artículo 49° está referido al “compromiso arbitral” que deben suscribir las partes antes de dar inicio al arbitraje, así como las reglas para nombrar al árbitro o tribunal<sup>15</sup>.

La regulación antes citada resulta fundamental para establecer si, una vez concluida la negociación directa o la conciliación, supuesto recogido por el artículo 61° del TUO LRCT, la decisión de los trabajadores de someter la controversia a un arbitraje resulta vinculante para el empleador. Para tales efectos, resulta importante analizar no solo lo previsto en el artículo antes citado, sino también lo dispuesto por el artículo 63° del TUO LRCT.

---

<sup>15</sup> “Artículo 49.- La decisión de someter la controversia a arbitraje constará en un acta denominada compromiso arbitral, que contendrá el nombre de las partes, los de sus representantes y sus domicilios, modalidad de arbitraje, información sobre la negociación colectiva que se somete a arbitraje; monto y forma de pago de las costas y honorarios de los Árbitros; lugar de arbitraje y facilidades para el funcionamiento del Tribunal, que deberá asumir el empleador, de no ser posible, será solicitada por las partes al Ministerio de Trabajo y Promoción Social.

Las partes que suscribieron el compromiso arbitral, deberán designar sus Árbitros en un plazo no mayor de 5 días hábiles. De no hacerlo una de ellas la Autoridad Administrativa de Trabajo designará al Árbitro correspondiente, cuyo costo asumirá la parte responsable de su designación. Si por alguna circunstancia cualquiera de los Árbitros dejara de asistir o renunciara, la parte afectada deberá sustituirlo en el término no mayor de tres días hábiles. En caso de no hacerlo, el Presidente del Tribunal solicitará a la Autoridad Administrativa de Trabajo su sustitución”.

## 2.2. Tipología del arbitraje en la negociación colectiva

Para determinar la naturaleza del arbitraje regulado por el artículo 61° del TUO LRCT, debe empezarse por indicar que la doctrina ha definido hasta tres tipos de arbitraje: obligatorio, voluntario y potestativo.

Como hemos adelantado previamente, hablamos de arbitraje obligatorio cuando *“por mandato expreso de la normativa, terminadas las etapas en las que se busca una solución autónoma (sin o con intervención de tercero), se pasa inmediatamente a la de una solución heterónoma, en la que un tercero resuelve el conflicto”*<sup>16</sup>. Este es el caso del arbitraje que estaba regulado en el texto original de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo para el supuesto de negociación con intervención de empresas que prestan servicios públicos esenciales (artículo 68°).

En este supuesto las partes no tienen otra opción que, ante el fracaso de la negociación o conciliación, llevar la controversia al arbitraje, aún cuando ambas no lo deseen.

Por su parte, el arbitraje voluntario es aquel que depende de la decisión de las partes de someter la discusión al arbitraje, decisión que además debe ser adoptada de mutuo acuerdo. En ese sentido, se señala que *“el arbitraje es voluntario cuando la decisión nace del consenso de ambas partes”*<sup>17</sup>. Este sería el caso del supuesto regulado por el artículo 63° del TUO LRCT (referido al supuesto en que los trabajadores ya optaron por la huelga), el mismo que expresamente exige la conformidad de ambas partes para someter la materia al árbitro o tribunal. En ese sentido, se ha sostenido que *“no existe la menor duda que estamos aquí ante un supuesto de arbitraje voluntario”*<sup>18</sup>.

Por último, nos encontramos ante un arbitraje potestativo cuando *“ambas partes pueden adoptar conjuntamente acudir al arbitraje, pero también está facultada una de las partes, por su sola decisión y en las condiciones establecidas en la norma, de someter el conflicto a arbitraje, arrastrando a la otra a dicha solución”*<sup>19</sup>. Incluso, siguiendo la experiencia en legislaciones comparadas, hay quienes señalan que en el arbitraje potestativo resulta *“obligatorio para el empleador y facultativo para el trabajador”*<sup>20</sup>.

## 2.3. Naturaleza del arbitraje regulado por el artículo 61° del TUO LRCT

Como hemos mencionado, la naturaleza del supuesto regulado por el artículo 61° ha sido siempre sumamente discutida debido a que existen posiciones que

---

<sup>16</sup> CORTÉS CARCELEN, Juan Carlos. *“El arbitraje laboral ¿voluntario o potestativo?”*. En: Revista del Foro. Año LXXXI, N° 1. Lima, 1994. p. 90.

<sup>17</sup> PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *“Solución de los conflictos colectivos de trabajo: la conciliación y el arbitraje”*. En: Derecho N° 37. Lima, 1983. p. 130.

<sup>18</sup> BOZA PRÓ, Guillermo y CANESSA MONTEJO, Miguel. Op. cit. p. 222.

<sup>19</sup> CORTÉS CARCELEN, Juan Carlos. Op. cit. loc cit.

<sup>20</sup> CHANGALA, Ricardo y FERNÁNDEZ, Hugo. *“Medios de solución de conflictos colectivos de trabajo”*. Montevideo: Editorial Fondo de Cultura Universitaria, 1985. p.31.

lo consideran un arbitraje de tipo voluntario, mientras otras lo califican como potestativo.

En esta discusión resulta relevante lo señalado por el artículo 46° del RLRCT cuando señala que, en el supuesto del artículo 61° del TUO LRCT “*cualquiera de las partes podrá someter la decisión del diferendo a arbitraje*”, considerando de esta manera la posibilidad de que el arbitraje sea impuesto a una de las partes por decisión de la otra.

### ***a) Argumentos a favor de considerar el arbitraje regulado por el artículo 61° del TUO LRCT como voluntario***

Sin embargo, y pese a lo señalado en el punto anterior, siempre han existido posiciones para las cuales el artículo 61° del TUO LRCT regula un supuesto de arbitraje voluntario, es decir, en el cual se requiere de la voluntad de ambas partes para someter la controversia al arbitraje.

Para tales efectos el argumento es que, cuando el RLRCT otorga la posibilidad a una de las partes para que decida si una controversia es sometida a arbitraje, excede lo dispuesto en el TUO LRCT, de mayor jerarquía, por lo que resultaría inaplicable.

Así pues, se afirma que “*el Reglamento contiene una disposición contraria a la Ley, convirtiendo el arbitraje en una decisión unilateral del sindicato (arbitraje potestativo), en lugar de un acto que exige el consentimiento de ambas partes*”<sup>21</sup>. A ello se agrega que “*la norma reglamentaria contraviene, pues, lo dispuesto en la norma que es de mayor jerarquía*”<sup>22</sup>.

A lo antes señalado, se ha sumado la inexistencia de un mecanismo expresamente regulado que pueda obligar a la parte que se opone al arbitraje a someterse al mismo. Así pues, se sostiene que hace falta “*un mecanismo compulsivo que haga suponer la existencia de arbitraje de tipo potestativo, es decir; que pueda operar por sola decisión de una de las partes*”<sup>23</sup>.

Otros argumentos que se han elaborado están basados en la naturaleza del arbitraje y la exigencia de suscripción del compromiso arbitral (citada en el artículo 49° del RLRCT). En ese sentido, se ha sostenido que “*la vía arbitral debía ser una de las varias opciones para la solución de la negociación colectiva y quedar reservada solamente a los casos que fuera aceptada expresamente por las partes pues tal es la esencia del procedimiento arbitral*”<sup>24</sup>, agregando que, de acuerdo a nuestro ordenamiento, “*las partes deben celebrar ‘un compromiso arbitral’ que no hace sino*

---

<sup>21</sup> ZAVALA COSTA, Jaime. “*El arbitraje como solución de los conflictos colectivos económicos*”. En: ADVOCATUS Primera Entrega. Lima, 1998. p. 81.

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> VINATEA RECOBA, Luis. “*El Arbitraje Facultativo como Medio de Solución de Conflictos de Intereses en la LRCT*”. En: Asesoría Laboral, N° 37. Lima, 1994. p. 15.

<sup>24</sup> ELÍAS MANTERO, Fernando. “*Comentario al reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo*”. En: Actualidad Laboral N° 199. Lima, enero 1993. p. 24.

ratificar el carácter contractual del arbitraje”<sup>25</sup>. A partir de ello se ha sostenido que, lo regulado en el artículo 46° del RLRCT distorsiona lo señalado en la ley “al precisar que el arbitraje puede ser solicitado por una de las partes convirtiendo la decisión (bilateral) en una unilateral”<sup>26</sup>.

**b) Argumentos a favor de considerar el arbitraje regulado por el artículo 61° del TUO LRCT como potestativo. La posición del TC**

En contra de lo señalado en el punto anterior, existen varios argumentos para sostener el carácter potestativo del arbitraje regulado por el artículo 61° del TUO LRCT.

*b.1) Los alcances de la facultad de someter la negociación a arbitraje*

En primer lugar, se ha considerado que “acertadamente, la Ley traslada el ejercicio de la opción a los trabajadores y no exige consenso de las partes para que el arbitraje pueda llevarse a cabo”<sup>27</sup>.

En ese sentido, se ha sostenido que “si bien el artículo 61° de la Ley pudiera llevar a considerar que cualquier las partes puede someter el diferendo a arbitraje si no se hubiera arribado a un acuerdo en negociación directa o conciliación, una lectura más cuidadosa de las normas pertinentes conducen inequívocamente a la conclusión de la alternativa de escoger entre una u otra vía ha sido otorgada a los trabajadores (...) por ello el artículo 62° a que si no ha mediado acuerdo, los trabajadores podrá alternativamente declarar la huelga (...) ello quedo nítidamente corroborado con el artículo 46° del Reglamento”<sup>28</sup>. De la cita realizada, podemos rescatar el carácter alternativo de la huelga como fundamento de la naturaleza potestativa del arbitraje.

*b.2) El contenido del artículo 63° del TUO LRCT*

De otro lado, se resalta lo establecido por el artículo 63° del TUO LRCT. Como se ha mencionado anteriormente, este último dispositivo regula un arbitraje de tipo voluntario, es decir, en el que se exige el acuerdo de ambas partes para su materialización.

La existencia de un arbitraje voluntario, con referencia expresa a la posibilidad de una aceptación tácita por parte del empleador (desarrollada por el artículo 47° del RLRCT<sup>29</sup>), haría cuestionable la tesis de que la regla impuesta por la LRCT exige el común acuerdo. Sobre el particular, se ha afirmado que “si el arbitraje consignado

---

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> FERRO DELGADO, Víctor. Op. cit. Loc. cit.

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> El cual se remite exclusivamente al artículo 63° de la LRCT.

en el art. 61 fuera voluntario o facultativo para ambas partes, por qué el art. 63 hace mención a la necesidad de la aprobación expresa o tácita del empleador, por qué no realizar una remisión al art. 61, o por qué exigir la aceptación del empleador, si era la premisa de cualquier arbitraje”<sup>30</sup>.

En relación a lo dispuesto por el artículo 63° del TUO LRCT, se ha señalado también que “habría que resaltar que este precepto, concordado con el artículo 61° de la ley, reforzaría la interpretación de que este último consagra el arbitraje unilateral, en razón de que no tendría sentido establecer la misma figura jurídica en dos artículos, a pesar de que actúen en dos momentos distintos”<sup>31</sup>.

De hecho, la Aclaratoria de la Sentencia emitida en el Expediente N° 3561-2009— potestativo del arbitraje regulado en el artículo 61° del TUO LRCT, “solo así cobra sentido la especificación realizada por el artículo 63° del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, conforme a la cual ‘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’”. (F.7).

A ello, la Aclaratoria agrega que “abona al sentido de esta interpretación el hecho de que el artículo 46° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (...) disponga que ‘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’”. (F.7)

Así pues, si bien de una interpretación literal del artículo 61° del TUO LRCT puede desprenderse que regula un arbitraje de tipo voluntario que exigiría la aceptación de ambas partes para que se pueda materializar, de una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento, se desprende una conclusión distinta.

En efecto, la existencia de una regulación expresa sobre un supuesto de arbitraje voluntario (artículo 63°) pondría en duda que tal situación sea la regla general. Ello, más aún, si se establecen reglas para determinar si existió aceptación del empleador (artículo 47° del RLRCT) aplicables únicamente para este último supuesto.

### *b.3) La decisión bilateral de someter la negociación colectiva a arbitraje*

Sobre la naturaleza bilateral del arbitraje, que supuestamente no haría viable el arbitraje potestativo, un argumento sólido estaría en que la decisión de acceder al arbitraje “puede ser bilateral, es decir, provenir del acuerdo de parte, que sería lo ideal, pero también es posible y por ello no perdería su naturaleza de arbitraje, que la

<sup>30</sup> CORTÉS CARCELEN, Juan Carlos. Op. cit. p. 97.

<sup>31</sup> BOZA PRÓ, Guillermo y CANESSA MONTEJO, Miguel. Op. cit. Loc. cit.

*decisión de acceder a un arbitraje venga impuesta por la ley, o sea una de las partes la que decida el sometimiento*<sup>32</sup>.

Así pues, el carácter de potestativo de un arbitraje, no le suprime su naturaleza de arbitraje.

#### *b.4) La huelga como medio alternativo de solución del conflicto*

También constituye un elemento a tener en consideración en el análisis la consecuencia de considerar que el empleador tiene que aceptar el arbitraje cuando los trabajadores han decidido someter la controversia a dicho medio de solución. En efecto, en tal situación, de acuerdo al texto mismo del artículo 61° del TUO LRCT, los trabajadores tendrían como única opción posible la materialización de una huelga, mecanismo que no siempre será un elemento coercitivo para el empleador. En ese sentido, se ha manifestado que la consagración de un arbitraje potestativo resulta coherente considerando que, en algunos supuestos, al empleador *“la huelga puede resultarle beneficiosa ya que le evitaría continuar incurriendo en los costos propios del proceso productivo”*.<sup>33</sup>

En este punto, es importante la referencia a lo señalado por el artículo 62° del TUO LRCT sobre el carácter alternativo de la huelga para los trabajadores en el caso del supuesto regulado por el artículo 61° del citado cuerpo legal, utilizado como sustento para alegar el carácter facultativo del arbitraje regulado por esta última disposición.

Lo cierto es que, el espíritu del TUO LRCT parece apuntar a no dejar abierto el conflicto, y a tratar de reducir las posibilidades de llegar a soluciones de contraposición absoluta, como sucede en el caso de la huelga. De considerarse que el arbitraje regulado por el artículo 61° del TUO LRCT es de tipo voluntario, el conflicto, por regla general, quedaría inconcluso, o la huelga se convertiría en el medio de solución de controversia por excelencia.

En ese sentido, debe tenerse presente que en la interpretación de las normas se debe tener presente que éstas siempre tienen un objetivo, en este caso, que se resuelva la negociación colectiva, ya sea en trato directo, conciliación, mediación o a través del arbitraje; de ningún modo que no se resuelva, más aún si la Constitución establece que el Estado fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales (artículo 28°, numeral 2).

En esta materia, la Aclaratoria basó buena parte de su decisión. Es así como señaló que *“aunque es evidente que el derecho a huelga es un derecho fundamental reconocido por el artículo 28 de la Constitución, y que no forma parte de su contenido constitucionalmente protegido el pretender ejercerlo de forma violenta, también lo es que la huelga es representativa de la agudización del desacuerdo con el empleador, y,*

---

<sup>32</sup> CORTÉS CARCELEN, Juan Carlos. Op. cit. p. 98.

<sup>33</sup> FERRO DELGADO, Víctor. Op. cit. Loc. cit.

*denotativa de haberse llegado a un tramo álgido de conflicto. De ahí que sea imperativo interpretar las normas laborales de forma tal que, respetándose el derecho fundamental a la huelga, se facilite, promueva y garantice métodos alternativos para la solución de conflictos” (F.7).*

Es así como, el considerar que el arbitraje regulado por el artículo 61° del TUO LRCT es voluntario, llevaría a obligar a los trabajadores a optar por la huelga, cuando no es la alternativa que debe ser considerada como regla.

En ese sentido, en la Aclaratoria el TC indicó que *“una interpretación contraria llevaría a la inconstitucional conclusión de que en caso que los trabajadores optarán 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 de conflicto, sino que además haría de la huelga no un derecho fundamental libremente ejercido por el trabajador, sino una vía obligatoria impuesta por el empleador, vaciando de contenido a este derecho fundamental”.*

Y es que, si la huelga busca coaccionar al empleador para obtener una respuesta de éste, consideramos que solo buscara conducir a los trabajadores a su declaración cuando se encuentre seguro que la medida no va a causarle daño alguno, y por tanto, carecerá de efectividad.

En este punto, solo quedaría hacer una reflexión sobre lo señalado por el TC en la Aclaratoria, en relación a que *“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 de conflicto”.* De ello se desprende que tanto los trabajadores como el empleador pueden solicitar el arbitraje y, con ello, obligar a la otra parte a acudir al mismo. Claro está que, tal posibilidad de optar, en el caso del empleador, está sometida al ejercicio o no del derecho de huelga por parte de los trabajadores.

*b.5) La obligatoriedad de suscribir el compromiso arbitral y el deber de negociar de buena fe*

Finalmente, sobre la exigencia de celebración de un “compromiso arbitral” como un elemento que puede desvirtuar la naturaleza potestativa del arbitraje regulado en el artículo 61° del TUO LRCT. El primer elemento que consideramos importante resaltar es que, de acuerdo al artículo 49° del RLRCT, *“la decisión de someter la controversia a arbitraje deberá constar en un acta denominada ‘compromiso arbitral’”.* Es evidente pues que, en el supuesto de un arbitraje potestativo la decisión del empleador puede estar ausente, como también podría estar presente. De esta manera, la celebración del denominado “compromiso arbitral” sólo sería exigible en el segundo caso, sin que su ausencia pueda ser considerada como un obstáculo para la materialización del arbitraje, más aún si se trata de un requisito contenido en el Reglamento y no en la Ley (que es la que consagraría el arbitraje potestativo).

Una interpretación contraria llevaría a concluir que el arbitraje, pese a su naturaleza potestativa, puede ser neutralizado por la decisión del empleador. En

ese sentido, se ha señalado en su momento que *“el reglamento ha conferido una importancia excesiva a esta acta de compromiso arbitral, a pesar de que el arbitraje no es facultativo para el empleador —salvo el caso de la huelga—. Este puede, sin embargo, neutralizarlo por su simple negativa a celebrar el compromiso”*<sup>34</sup>.

A ello puede agregarse que, siendo el arbitraje parte de la negociación colectiva, le alcanzan los principios aplicables a la misma, tal como es el caso del deber de negociar de buena fe consagrado en el artículo 54° de la TUO LRCT<sup>35</sup>, que si bien, como se ha mencionado anteriormente, no comprende la obligación de arribar a un producto de la negociación, obliga a las partes a hacer todos los esfuerzos para que ello suceda, siendo contrario a ello la negativa de someterse al arbitraje cuando así está prescrito legalmente.

Al respecto, se ha señalado que *“implica que la mesa negociadora debe hacer todos los esfuerzos que estén a su mano para llegar a un final positivo, o en otras palabras, que el simple cambio de proposiciones no es suficiente(...)”*<sup>36</sup>. De esta manera, ateniendo a que nuestra legislación considera que, dentro del procedimiento de negociación colectiva, cualquiera de las partes puede someter el diferendo a arbitraje por haber fracasado la negociación directa o conciliación, la otra parte está obligada a realizar todos los actos que hagan viable dicha opción, como por ejemplo la suscripción de un compromiso arbitral o el nombramiento del árbitro correspondiente.

Varios de los argumentos expuestos han sido recogidos, en mayor o menor medida, por la Sentencia Acción Popular N° 5132-2014, la misma que habría dejado cerrada la discusión sobre el carácter potestativo del arbitraje regulado en el artículo 61° del TU LRCT. En efecto, estamos ante una posición no solo consagrada por el TC (en las sentencias ya mencionadas), sino ahora por la Corte Suprema. Es decir, la posición se ha ratificado en las dos instancias jurisdiccionales que existen en el ordenamiento peruano. De ahí para adelante, sostener el carácter voluntario del citado arbitraje carece de sentido.

### III. ARBITRAJE POTESTATIVO INCAUSADO VERSUS ARBITRAJE POTESTATIVO POR MALA FE: LO QUE QUEDA POR DEFINIR

Si bien la Sentencia Acción Popular N° 5132-2014 ha cerrado el tema del carácter potestativo del arbitraje regulado por el artículo 61° del TUO LRCT, parece no haber optado por alguna de las dos posturas que hoy se manejan con relación a la procedencia del mismo.

---

<sup>34</sup> Ibid. p. 14

<sup>35</sup> “Artículo 54°.- (...)

*Las partes están obligadas a negociar de buena fe ...”*

<sup>36</sup> OJEDA AVILÉS, Antonio. Derecho Sindical. Octava edición. Madrid: Tecnos, 2003. p. 773.

Al respecto, debemos recordar que actualmente, los distintos tribunales arbitrales que han tenido que resolver la procedencia o no del arbitraje, vienen acogiendo dos posturas:

- a) La primera, se basa en lo señalado por el Decreto Supremo N° 014-2012-TR y en la Sentencia expedida en el Expediente 3561-2009-PA/TC, y exige la comisión de actos de mala fe por parte de quien es obligado a ir al arbitraje (excepto si se trata de la primera negociación).

Esta posición desarrolla lo señalado en el citado Decreto, aplica sus disposiciones, y las complementa con lo dispuesto en la Resolución Ministerial N° 284-2011-TR.

- b) Para tal efecto, el tribunal realiza una evaluación de las causales de mala fe alegadas por la parte que solicita el arbitraje, y de verificar su configuración, declara procedente el arbitraje.

La segunda, sostiene la tesis del arbitraje potestativo incausado, es decir, de aquel que procede sin necesidad de que se configure algún acto de mala fe, sino por el solo mérito del derecho a negociación colectiva, consagrado en la constitución.

Esta posición se basa en las Sentencias emitidas en los Expedientes N° 2566-2012-PA/TC y N° 3243-2012-PA/TC, las cuales consagran el carácter potestativo del arbitraje, sin condicionarlo a algún supuesto de mala fe. Además, se sostiene en la afirmación que el Decreto Supremo N° 014-2011-TR, deriva de una indebida lectura del Poder Ejecutivo de la Sentencia expedida en el Expediente 3561-2009-PA/TC, que es *“incorrecta y mutila sus alcances, dejando abierta la puerta a la prolongación de los conflictos derivados de la negociación colectiva, cuando no se puede acreditar que la falta de solución a los mismos obedece a la mala fe del empleador, lo que marcha en sentido contrario al deber constitucional que tiene el Estado de fomentar la negociación colectiva y promover la solución pacífica de los conflictos laborales”*<sup>37</sup>.

Según esta posición, el artículo 61° del TUO LRCT, no establece condición alguna para que proceda el arbitraje potestativo, con lo cual, lo establecido por el Decreto Supremo N° 014-2011-TR, sería contrario a ley.

Así pues, BOZA PRÓ, haciendo una lectura conjunta del TUO LRCT y el artículo 28° de la Constitución, concluye que *“lo que termina siendo controvertido es que el arbitraje potestativo – por acción del Decreto Supremo N° 014-2011-TR y la Resolución Ministerial N° 284-2011-TR, se circunscriba únicamente a supuestos de determinación de nivel o a las negociaciones*

---

<sup>37</sup> BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *“Naturaleza, rol y dificultades del arbitraje en la negociación colectiva”*. En: Libro de Homenaje a Mario Pasco Cosmópolis. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 2015. p. 170-171.

*realizadas con contravención al principio de mala fe, porque (...) resulta inconsistente considerar al arbitraje potestativo como una figura excepcional*<sup>38</sup>.

Los dos principales argumentos en contra de esta posición, además de la expedida en el Expediente 3561-2009-PA/TC, son (i) que lesiona el principio de la negociación voluntaria y (ii) que desincentiva la negociación directa. Las respuestas a estos cuestionamientos pueden resumirse en lo señalado por CARRILLO CALLE. En relación a la primera crítica, el citado autor señala que *“quienes critican el arbitraje potestativo incausado, intentan oponer el arbitraje a la negociación directa, cuando esta modalidad de arbitraje a lo que es alternativo es a la posibilidad de que la negociación se quede sin resolver, es decir, se mantenga abierto de manera indefinida”*<sup>39</sup> En cuanto a la segunda crítica señala *“si el arbitraje potestativo desincentivara la negociación directa, serían más las negociaciones colectivas que acaban con un laudo, que aquellas que lo hace con un convenio colectivo”*, lo que en la práctica no sucede<sup>40</sup>.

Sin perjuicio del debate que se genera a partir de estas posiciones, matizadas por posiciones intermedias<sup>41</sup>, podemos concluir que se trata de dos teorías que son contradictorias entre sí. En efecto, no es posible conciliarlas, lo que sumado a la forma de determinación de la procedencia del arbitraje, basada en el principio *kompetenz kompetenz* (según el cual cada tribunal define su competencia)<sup>42</sup>, presenta a las partes que participan en una negociación colectiva una situación bastante incierta.

Bajo el contexto mencionado, la procedencia del arbitraje potestativo dependerá de la constitución del tribunal arbitral. De esta manera, el sometimiento de la negociación colectiva al arbitraje presenta un nivel de incertidumbre que puede generar costos de tiempo y dinero innecesarios a las partes. Así pues, ni la sustentación constitucional del arbitraje potestativo, ni la buena fe negocial, garantizaran la procedencia o improcedencia de dicho medio de solución de con-

---

<sup>38</sup> BOZA PRÓ, Guillermo. *“Negociación colectiva y arbitraje potestativo”*. En: Laborem N° 14. Lima, 2015. p.193.

<sup>39</sup> CARRILLO CALLE, Martín. *“El arbitraje laboral potestativo incausado”*. En: Libro de Homenaje a Mario Pasco Cosmópolis. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 2015. p. 240.

<sup>40</sup> Ibid. p. 241.

<sup>41</sup> De hecho, ya se han encontrado pronunciamientos arbitrales que, desconociendo la posibilidad de un arbitraje incausado, y no existiendo actos de mala fe configurados, han admitido la procedencia del arbitraje en virtud de lo que el tribunal ha denominado *“bloqueo de las negociaciones”*, derivado de la extensión del trato directo por varios meses.

<sup>42</sup> Principio reconocido por la Autoridad Administrativa de Trabajo como aplicable al arbitraje potestativo en la Resolución Directoral General N° 001-2012-MTPE/2/14 y en el Informe N° 52-2012-MTPE/2/14.

flictos. El tema estará supeditado al criterio de los árbitros, que además, pueden tener criterios distintos.

Tal situación produce un desgaste que incluso puede terminar por entorpecer el resultado del procedimiento arbitral, y la negociación en general. En efecto, además de que la determinación de los miembros del tribunal habría tomado una trascendencia mayor a la que ya tenía, no existe una mediana seguridad de que el sometimiento al arbitraje proceda y termine cerrando el conflicto, que es lo que constituye el principal sustento del arbitraje potestativo.

En ese sentido, constituía un aspecto relevante saber si es que la legalidad ratificada del Decreto Supremo N° 014-2011-TR por la Corte Suprema, podría tener alguna repercusión en esta discusión.

Al respecto, lo primero que debemos indicar es que la acción popular sobre la que se pronuncia la Corte Suprema, y que es declarada infundada, está sustentada en el supuesto carácter voluntario del arbitraje regulado por el artículo 61° del TUO LRCT, y la ilegalidad, e incluso, supuesta inconstitucionalidad, del arbitraje potestativo. Es decir, no se ha evaluado la legalidad o no de colocar supuestos de mala fe como filtro para el arbitraje a partir de la segunda negociación. En ese sentido, no podríamos decir que lo señalado por la Corte Suprema descarta la teoría del arbitraje potestativo incausado.

En segundo lugar, podría sumar a la conclusión antes expuesta, la referencia que la Sentencia de la Corte hace a las Sentencias emitidas en los Expedientes N° 2566-2012-PA/TC y N° 3243-2012-PA/TC, las cuales consagran el carácter potestativo del arbitraje, sin condicionarlo a algún supuesto de mala fe, y son el principal estandarte jurisprudencial de quienes defienden la teoría del arbitraje potestativo incausado (aun cuando tales sentencias no se pronuncian sobre la validez de las limitaciones impuestas por el Decreto Supremo N° 014-2011-TR).

Ahora, lo antes señalado tampoco podría llevar a alegar la ilegalidad del Decreto Supremo N° 014-2011-TR en la parte que somete la procedencia del arbitraje potestativo a la configuración de un acto de mala fe. Ello, primero, pues no se trata de un tema que haya sido materia de discusión. Segundo, pues la misma Sentencia señala que el Decreto viabiliza la concreción del artículo 28° de la Constitución (Considerando Trigésimo Tercero). Y, finalmente, pues mientras no se declare su ilegalidad, el citado decreto debería presumirse legal (sin perjuicio de la evaluación jurídica que en cada caso concreto podría hacerse de su constitucionalidad o legalidad).

Lo cierto es que, al parecer, nos encontraríamos como al principio, pero ante una necesidad de que esta discusión se cierre. Ello permitirá a las partes presentar mejores propuestas, aterrizar mejor sus intereses y, posiblemente, cerrar el conflicto en un tiempo menor. Todo ello, sin dejar de considerar que dentro de la negociación colectiva, como regla, la solución directa es la ideal.

#### **IV. CONCLUSIONES**

Con la Sentencia Acción Popular N° 5132-2014, se habría cerrado la discusión del carácter potestativo del arbitraje regulado por el artículo 61° del TUO LRCT, declarado primero por el Tribunal Constitucional, y ahora ratificado por la Corte Suprema.

La citada Sentencia no cierra la discusión sobre la procedencia del arbitraje potestativo, basada en las posiciones existentes basadas en la teoría del arbitraje potestativo incausado y la teoría del arbitraje potestativo sometido a la comisión de actos de mala fe de una de las partes.

El contexto actual del arbitraje potestativa nos manifiesta la necesidad de cerrar la discusión antes citada, a efectos de que las partes que participan en la negociación tengan una mayor predictibilidad de lo que sucederá con su conflicto, puedan elaborar mejores propuestas, y concluyan la discusión en un menor tiempo, pero sin dejar de considerar que, como regla, la mejor solución para ambas partes estaría en la negociación directa.