

NATURALEZA, ROL Y DIFICULTADES DEL ARBITRAJE EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

CARLOS BLANCAS BUSTAMANTE

Para contribuir a la solución del conflicto colectivo económico en qué consiste la negociación colectiva, existe un elenco de procedimientos que la praxis social ha legitimado y que las normas internacionales y los ordenamientos nacionales fomentan. Estos son, básicamente, la conciliación, la mediación y el arbitraje. Los dos primeros, son mecanismos de autocomposición del conflicto en la medida que la decisión final acerca de cualquier fórmula de solución se mantiene en manos de las partes, aunque, a diferencia de la negociación directa, ambos procedimientos se caracterizan por la intervención de un tercero cuya presencia tiene por objeto ayudar a las partes a encontrar el acuerdo que no han podido lograr por sí solas, teniendo dicho tercero un mayor grado de intervención y protagonismo en la mediación que en la conciliación, pues en aquella puede llegar, incluso a elaborar y someter a consideración de las partes fórmulas de solución.

A diferencia de la conciliación y la mediación, el arbitraje es un típico mecanismo de heterocomposición del conflicto, en cuanto las partes someten a un tercero, ajeno y neutral, el diferendo para que lo resuelva. En este caso, la decisión del árbitro es vinculante para las partes, que, por ello, están obligadas a acatar su laudo. Desde esta perspectiva, el arbitraje es concebido como un mecanismo de “solución”, definitiva del conflicto laboral, dentro de la concepción de que este debe ser resuelto y no permanecer abierto, por ser ello contrario a la paz social.

I. ARBITRAJE ¿VOLUNTARIO O POTESTATIVO?

1. El arbitraje en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo

El Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo⁽¹⁾ (en adelante, TUO-LRCT), establece el arbitraje como el último de los mecanismos previstos para la solución de los conflictos laborales de carácter económico que se expresan en la negociación colectiva. Las normas que regulan el sometimiento del conflicto al arbitraje están recogidas en sus artículos 61, 62 y 63, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 61.- 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.

Artículo 62.- En el caso del artículo anterior, los trabajadores pueden alternativamente, declarar la huelga conforme a las reglas del artículo 73 (...).

Artículo 63.- 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”.

A su vez, desarrollando las normas de la ley, su Reglamento⁽²⁾, dispone lo siguiente:

Artículo 46.- 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 a huelga, de conformidad con el artículo 62 de la ley (...)

Artículo 47.- 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 este. Si el empleador no diera respuesta por escrito a la propuesta de los trabajadores en el término del tercer día hábil de recibida aquella, se tendrá por aceptada dicha propuesta, en

(1) Aprobado por el Decreto Supremo N° 010-2003-TR.

(2) En rigor se trata del reglamento de la primigenia Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N° 011-92-TR, el cual no ha sido actualizado tras la modificación de esta ley por la Ley N° 27912, la cual dio origen al TUO de aquella ley, aprobado por el Decreto Supremo N° 010-2003-TR.

cuyo caso se aplicarán las normas relativas al procedimiento arbitral. El arbitraje procederá si se depone la huelga”.

Del enunciado de estas normas, se advierte que una de las características más relevantes del arbitraje previsto para la solución de las negociaciones colectivas reside en el hecho de que se plantea como una opción excluyente respecto del derecho de huelga, al cual, también –pero alternativamente–, pueden recurrir los trabajadores. En este sentido, corresponde a estos elegir entre la huelga o el arbitraje cual es la vía más eficaz para resolver el conflicto.

Esta opción es plenamente concordante con la Constitución, pues la huelga es un derecho fundamental, reconocido en el artículo 28 de aquella, por lo que –la eventual– opción de los trabajadores por esta representa el ejercicio legítimo de un derecho que merece tutela en nuestro ordenamiento jurídico.

Por esta razón, no puede imponerse a los trabajadores el arbitraje como única solución del conflicto colectivo, excluyendo el ejercicio del derecho de huelga. Sin embargo, es obvio, que la huelga no forma parte del elenco de “soluciones pacíficas” del conflicto laboral a que se refiere el numeral 2 del precitado precepto constitucional, en la medida que significa la agudización y radicalización del conflicto laboral, situación esta que, precisamente, se quiere evitar al ofrecer a los trabajadores la posibilidad de someter el diferendo a una autoridad imparcial que pueda establecer una solución justa del mismo. En forma alguna resulta posible interpretar, por consiguiente que cuando el artículo 28.2 de la Constitución establece que el Estado “**promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales**”, ello significa que también debe promover la huelga.

De optar los trabajadores por la huelga ya no podrán, en principio, recurrir al arbitraje pues, como lo precisa el artículo 63 del TUO-LRCT, si luego de ejercer esta opción varían de criterio y desean someter el conflicto al arbitraje, esta decisión –la de recurrir al arbitraje– requiere la aceptación del empleador, pues se reconoce a este el derecho de negarse. En esta hipótesis, –es decir, en la del desistimiento de la huelga para optar por el arbitraje– la ley exige la expresión de la voluntad concurrente del empleador, por lo que no bastará que los trabajadores se desistan de la huelga y pidan el arbitraje para que este tenga lugar, sin la anuencia del empleador.

2. El carácter potestativo del arbitraje en materia de negociación colectiva

No cabe duda de que las normas legales y reglamentarias antes citadas reconocen el derecho de cualquiera de las partes a someter el diferendo al arbitraje, salvo que los trabajadores decidan ejercer el derecho de huelga, en cuyo caso esta decisión, por implicar el ejercicio de un derecho fundamental, excluye el arbitraje.

Este arbitraje es distinto, por consiguiente, del arbitraje “civil o comercial”, e incluso del previsto en el Derecho Laboral para la solución de los “conflictos jurídicos”, –al que se refiere la Sexta Disposición Complementaria de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley N° 29497)–, el cual requiere el acuerdo de partes. En cambio, en la negociación colectiva, el arbitraje –salvo el previsto en el artículo 63– no es “voluntario” sino “potestativo”, lo que significa que basta que una sola de las partes lo solicite para que la otra quede vinculada a él.

Esta conclusión fluye, sin dificultad, no solo del enunciado contenido en los precitados artículos 61 del TUO-LRCT y 46 de su Reglamento, sino, también, del contenido en el artículo 63 del TUO-LRCT que, *ad pedem litterae*, dice lo siguiente: “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”.

Si bien, el artículo 61 del TUO-LRCT dice que “podrán las partes someter el diferendo al arbitraje”, este precepto no puede interpretarse aisladamente sino en relación sistemática con los demás de la misma ley que se refieren al arbitraje. En este sentido, es importante lo que establece el artículo 63, conforme al cual si los trabajadores desisten de la huelga y proponen someter el conflicto al arbitraje, en este caso, se requiere la aceptación del empleador, lo que significa que este puede rechazarlo⁽³⁾. Cabe precisar que este es el único supuesto, contemplado en la normativa laboral, en que el empleador puede negarse, válidamente, a someter el diferendo a arbitraje, ya que el artículo 63 del TUO-LRCT señala que, en este caso, “se requerirá la aceptación del empleador”, requisito que no se plantea en el caso previsto en el artículo 61. Por consiguiente, a contrario sensu, lo señalado en el artículo 63 del TUO-LRCT, permite concluir que en el caso del artículo 61, –esto es cuando los trabajadores optan por el arbitraje, descartando la huelga– la aceptación del empleador, no es un requisito para que se someta la negociación a arbitraje, cuando la parte sindical lo ha solicitado.

También es necesario puntualizar que en tanto el artículo 61 del TUO-LRCT, indica que las partes pueden “someter” el diferendo al arbitraje, el artículo 63 señala que los trabajadores –que se desisten de la huelga– pueden “proponer el sometimiento del diferendo al arbitraje”. La diferencia lingüística y conceptual es clara: en el primer caso se trata del ejercicio de una “potestad”, mientras que en el segundo se trata de una mera “propuesta” o “solicitud”, porque se requiere la aceptación del empleador a esta para que la controversia quede sometida al arbitraje.

(3) Conforme al artículo 47 del reglamento se entiende que el empleador ha aceptado tácitamente someterse al arbitraje si en el plazo de tres (3) días hábiles de recibida la propuesta de los trabajadores no formula una respuesta por escrito.

Esta interpretación es coherente y sólida, pues si el supuesto del artículo 61 fuera el del arbitraje “voluntario”, siendo, por lo tanto, requisito la aceptación del empleador en caso de haberlo solicitado los trabajadores, entonces la frase final del artículo 63 que reza “en cuyo caso se requerirá de la aceptación del empleador” no tendría objeto, pues, conforme al artículo 61 en cualquier caso –y no solo cuando los trabajadores se desisten de la huelga para proponer el arbitraje– dicha aceptación sería necesaria. Precisamente porque el artículo 61 se basa en el supuesto de que cualquiera de las partes puede someter el conflicto al arbitraje –no siendo necesaria la aceptación del empleador si los trabajadores optaron por él en lugar de la huelga–, es que el artículo 63 precisa que, en la hipótesis opuesta, es decir, cuando los trabajadores optaron por la huelga pero, luego, se desisten de ella y proponen el arbitraje, la aceptación del empleador es requisito indispensable para someter el diferendo al arbitraje.

La interpretación opuesta implicaría dejar en manos del empleador decidir, en todos los casos, si procede o no el arbitraje, lo cual en el supuesto de que dicha decisión fuera negativa, tendría el efecto de inducir a los sindicatos, a declarar huelgas, lo que, obviamente, no es lo que persigue el TUO-LRCT, pues eso sería contrario al artículo 28.2 de la Constitución que señala que el Estado “promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales”. El arbitraje es una forma de solución pacífica de la negociación colectiva y, por ello, el TUO-LRCT promueve que los sindicatos puedan elegirlo, para no forzarlos a adoptar medidas de fuerza.

Destacados exponentes de la doctrina laboralista peruana avalan esta interpretación. El destacado, y recordado, profesor Mario Pasco Cosmópolis sostuvo que: “La figura se asemeja mucho más al arbitraje obligatorio, y ha sido denominada como arbitraje potestativo en la medida en que confiere a una de las partes o a ambas la potestad de arrastrar la decisión ajena con la propia. Así acontece en el sistema mexicano, que define el arbitraje como potestativo para los trabajadores pero obligatorio para los patrones. La LRCT peruana se inclina por una modalidad similar, lo cual es corroborado por su Reglamento”⁽⁴⁾.

Por su parte, Pedro Morales Corrales, afirma que: “Desde nuestro punto de vista, la norma reglamentaria es coherente con la interpretación que tenemos del artículo 61 de la LRCT en concordancia con el marco constitucional, los convenios y recomendaciones de la OIT sobre esta materia; es decir, no ha hecho otra cosa que hacer explícita la facultad de cualquiera de las dos partes de ir al arbitraje”⁽⁵⁾.

(4) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo*. AELE, Lima, 1997, p. 179.

(5) MORALES CORRALES, Pedro. “Negociación colectiva y arbitraje potestativo”. En: *Jurídica*. Suplemento de análisis legal de *El Peruano*, 30 de abril de 2013, pp. 4-5.

Del mismo parecer son otros conocidos exponentes del Derecho Laboral peruano como Ferro Delgado⁽⁶⁾, De los Heros Pérez-Albela⁽⁷⁾, Toyama Miyagusuku⁽⁸⁾, Boza Pró⁽⁹⁾ y Cortés Carcelén⁽¹⁰⁾.

3. Según la jurisprudencia constitucional el artículo 61 del TUO-LRCT establece el arbitraje potestativo

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional plasmada en la STC N° 03561-2009-AA/TC y la Resolución de fecha 10 de junio de 2010, señala claramente que el arbitraje que debe aplicarse para decidir el nivel de la negociación colectiva ante la falta de acuerdo entre las partes “(...) es aquel al que hace alusión el artículo 61 del Decreto Supremo N° 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 este”.

En la parte considerativa de esta resolución, el Tribunal Constitucional desarrolla el razonamiento que lo lleva a concluir que el arbitraje previsto en el artículo 61 del TUO-LRCT, es de carácter potestativo. Así, en el numeral 7, hace referencia al artículo 62 de dicho cuerpo legal, el cual establece que ante la ausencia de acuerdo en la negociación colectiva, los trabajadores pueden, alternativamente, optar por el arbitraje o declarar la huelga. Analizando el contenido de esta norma, afirma que “Como claramente deriva del texto constitucional, el Estado ‘reconoce’ el derecho de huelga (artículo 28 de la Constitución), lo que en modo alguno implica el deber de promoverla; mientras que no solo ‘reconoce’ el derecho a la negociación colectiva, sino que, además, conforme al artículo 28.2 de la Constitución ‘promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales’”.

Basándose en este razonamiento, expresa en el numeral 8 de la misma resolución lo siguiente:

“(...) en tal sentido, si conforme a la voluntad del Constituyente, el derecho a la huelga debe ser reconocido (y en esa medida, respetado y

(6) Vid., FERRO DELGADO, Víctor. “El arbitraje en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo”. En: *Asesoría Laboral*. N° 36, p. 13.

(7) Vid, DE LOS HEROS PÉREZ-ALBELA, Alfonso. “El arbitraje en la relación laboral privada y en la relación colectiva de trabajo”. En: *Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje*. Palestra Editores, Lima, 2009, p. 122.

(8) Vid, TOYAMA MIYAGUSUKU. Jorge. “La ley de relaciones colectivas de trabajo: ¿promoción de la negociación colectiva?”. En: *Ius et Veritas*. Año 3, N° 5, p. 102.

(9) BOZA PRÓ, Guillermo y AGUINAGA, Ernesto. “El deber de negociar y el arbitraje potestativo como parte del contenido del derecho constitucional a la negociación colectiva”. En: *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*. N° 71, Lima, 2013, p. 307.

(10) CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos. “El arbitraje en la relación laboral privada y en la relación colectiva de trabajo”. En: *Revista del Foro*. N° 89, Lima, p. 96.

garantizado), pero no promovido o fomentado, mientras si deben ser promovidas las formas de solución pacífica de los conflictos laborales, resulta evidente que el arbitraje al que hace alusión el artículo 61 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, y que es el llamado a determinar el nivel de negociación ante la falta de acuerdo, es potestativo y no voluntario. Es decir, ante la falta de acuerdo, y manifestada la voluntad de una de las partes de acudir al arbitraje, la otra tiene la obligación de aceptar esta fórmula de solución del conflicto”.

Abundando en sus argumentos, el TC afirma que:

“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”.

Para el máximo intérprete de la Constitución, este razonamiento, no solo tiene un indiscutible sustento constitucional sino que, además, fluye de la simple interpretación sistemática y lógica de la propia ley:

“(…) solo así cobra cabal 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. En efecto, esta última precisión solo tiene sentido si se interpreta que el arbitraje regulado por el artículo 61 del mismo Decreto no requiere de dicha aceptación”.

Finalmente, se ampara la resolución del TC de fecha 10 de junio de 2010, en el Reglamento de la ley, puntualizando lo que sigue:

“Asimismo, abona al sentido de esta interpretación el hecho de que el artículo 46 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo-Decreto Supremo N° 011-92-TR- 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”.

El criterio establecido por el TC en la precitada sentencia y su resolución aclaratoria ha sido confirmado en la sentencia recaída en el Exp. N° 02566-2012-PA/TC⁽¹¹⁾.

4. Arbitraje potestativo ¿causal o incausado?

El Decreto Supremo N° 014-2011-TR, dictado para, supuestamente, acoger la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, agrega al texto del reglamento el artículo 61-B en el cual se establece el arbitraje potestativo pero limitado a los siguientes supuestos de hecho: i) cuando las partes no se pongan de acuerdo en la primera negociación, en su nivel o contenido, y ii) cuando durante la negociación colectiva se adviertan actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo.

Esta norma no cuestiona, por lo tanto, la existencia del arbitraje voluntario, que estaría previsto en el artículo 61 del TUO-LRCT y en el artículo 46 del Reglamento, sino que admite la existencia del arbitraje potestativo únicamente cuando la falta de acuerdo entre las partes obedezca a alguno de los supuestos antes mencionados. Como se puede advertir, esta norma, si bien admite la existencia del arbitraje potestativo, tiene un contenido restrictivo respecto de la posición asumida por el Tribunal Constitucional para el cual el contenido del artículo 61 de la ley establece un arbitraje de carácter potestativo, aplicable, por lo tanto, a cualquier caso en que las partes no arriben a acuerdo en la negociación directa, o la conciliación, y no solo a los supuestos que señala el D.S. N° 014-2011-TR. Es evidente, por ello, que la lectura que hace el Poder Ejecutivo de la resolución del TC es incorrecta y mutila sus alcances, dejando abierta la puerta a la prolongación de conflictos derivados de la negociación colectiva, cuando no se pueda acreditar que la falta de solución a estos obedece a la mala fe del empleador, lo cual marcha en

(11) En sus fundamentos jurídicos 11 y 12 esta sentencia señala lo siguiente:

11. El artículo 61 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo dispone: “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 al arbitraje”.

12. Conforme a la interpretación sostenida por el Tribunal Constitucional en el auto de aclaración recaído en el Exp. N° 03561-2009-PA/TC, de fecha 10 de junio de 2010 (referido a la determinación del nivel de negociación ante la falta de acuerdo), el arbitraje al cual alude el artículo 61 del referido decreto supremo 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.

sentido contrario al deber constitucional que tiene el Estado de fomentar la negociación colectiva y promover la solución pacífica de los conflictos laborales.

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 que reconoce que el arbitraje previsto en el artículo 61 del TUO-LRC es potestativo e incausado. Así lo han entendido, correctamente, algunos laudos arbitrales al momento de pronunciarse acerca de la procedencia del arbitraje. Estos han considerado que la jurisprudencia del TC es vinculante para todos los jueces y tribunales, incluyendo a los arbitrales, razón por la cual se han basado en esta –y no en el D.S. N° 14-2011-TR– para declarar la procedencia del arbitraje solicitado por una de las partes ante la falta de acuerdo en la negociación colectiva⁽¹²⁾.

II. LA INTERPRETACIÓN CONFORME A LA CONSTITUCIÓN

1. Las restricciones a la negociación colectiva en el Sector Público

A partir de las disposiciones restrictivas contenidas en las leyes anuales de presupuesto que prohíben el otorgamiento o incremento de remuneraciones y de cualquier otro beneficio de contenido económico en las negociaciones colectivas de entidades y empresas del Sector Público, los tribunales arbitrales han tenido que apelar al “principio de interpretación conforme a la Constitución” para sustentar decisiones arbitrales que han otorgado beneficios económicos.

El artículo VI, *in fine*, del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237, consagra el principio de interpretación de las normas legales conforme a la Constitución, según la interpretación que de sus preceptos y principios efectúe el Tribunal Constitucional, lo que significa que en caso de que una interpretación de la ley devenga incompatible con la norma constitucional, interpretada por el TC, se deberá preferir, en caso de existir, aquella otra que se ajuste al contenido de esta.

En tal sentido, los tribunales arbitrales han tenido en cuenta que el Tribunal Constitucional, en la Sentencia N° 0261-2003-AA/TC (26/03/2003) ha interpretado los alcances del derecho a la negociación colectiva, señalando al respecto que

(12) Así, por ejemplo la Resolución 03 del 22/04/2013 en el arbitraje entre el Sindicato y la empresa Celima S.A.; la Resolución 01 del 21/02/2014 en el arbitraje entre el Sindicato y la Zona Registral N° IX de los Registros Públicos; la Resolución 01 del 21/02/2014 en el arbitraje entre la Federación de Trabajadores y la Superintendencia Nacional de Registros Públicos; y la Resolución 02 del 01/09/2014 en el arbitraje entre el Sindicato Unitario y Telefónica del Perú S.A.A.

“(…) el artículo 4 del Convenio N° 98 constituye un principio hermenéutico fundamental al cual debe acudirse para informarse respecto del contenido esencial de la negociación colectiva, tomando siempre en consideración que uno de sus fines principales es mejorar las condiciones de vida y de trabajo de sus destinatarios”.

En esta, y otras sentencias, el TC ha reafirmado el carácter de derecho fundamental de la negociación colectiva y su condición de instrumento para que los trabajadores obtengan mejores condiciones económicas y de trabajo⁽¹³⁾.

Desde esta perspectiva, la aplicación del principio antes mencionado al contenido restrictivo de las leyes de presupuesto ha permitido establecer que su único contenido posible, esto es compatible con la Constitución, incide, exclusivamente, en restringir la “propuesta” de la entidad, es decir la capacidad de oferta de esta. En tal sentido, se admite que el Estado, en su condición de propietario de ciertas empresas y rector de sus entidades, regidas por el régimen laboral de la actividad privada, impone a estas determinados límites a su capacidad de negociación, los cuales afectan su autonomía institucional para la formulación de propuestas en la negociación colectiva. Tal limitación no puede –ni debe–, por lo tanto, entenderse referida al proceso de negociación colectiva en su conjunto ni, tampoco, afectar la capacidad de propuesta de la parte sindical, ni mucho menos, a la potestad decisoria autónoma del órgano arbitral. Por consiguiente, tales disposiciones tienen como ámbito de aplicación la actividad de los directivos o administradores de las empresas y entidades estatales, pero en modo alguno pueden tener efecto regulador fuera de dicho ámbito, proyectando dichos efectos restrictivos sobre instituciones de rango constitucional, como la negociación colectiva o respecto de autoridades u órganos que ejercen atribuciones jurisdiccionales, como es el caso de los árbitros o los tribunales arbitrales.

2. La autonomía de la jurisdicción arbitral y la obligación del órgano arbitral de respetar los derechos fundamentales

2.1. El arbitraje en la negociación colectiva

El arbitraje, como medio de solución de las controversias laborales relativas a la negociación colectiva, previsto en el artículo 61 del TUO-LRCT, tiene sustento constitucional directo en el artículo 28.2 de la Constitución el cual señala que: “El Estado fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales”. Al respecto, el TC ha puntualizado que “(…) la promoción se viabiliza según la norma anotada, a través de los procedimientos de

(13) Vid, al respecto: STC Exp. N° 008-2005-PI/TC y STC Exp. N° 03561-2009-AA.

conciliación, mediación y arbitraje” (STC Exp. N° 008-2005-PI/TC, f. j. 35). Asimismo, el supremo intérprete de la Constitución ha señalado que:

Esta promoción se justifica en razón de las dos consideraciones siguientes:

- Asegurar que el desacuerdo entre los agentes negociadores no se prolongue indefinidamente en el tiempo de modo que se consolide la paz laboral y el normal desarrollo de la actividad económica.
- Otorgar satisfacción mancomunada, por la vía pacífica, a las pretensiones de las partes contendientes en el conflicto laboral (STC Exp. N° 008-2005-PI/TC, f. j. 35).

Y, respecto, específicamente, a la institución del arbitraje en materia laboral, el Tribunal Constitucional, señala que:

“El arbitraje se define como el acto de resolución extrajudicial de un conflicto laboral. El arbitraje laboral, en el ámbito privado, se logra cuando los actos de conciliación o mediación no han solucionado el conflicto. Dentro de ese contexto, los agentes negociadores deciden someter el diferendo a arbitraje” (STC Exp. N° 008-2005-PI/TC, f. j. 38).

Desde esta perspectiva, el arbitraje es concebido como un mecanismo de “solución”, definitiva del conflicto laboral, dentro de la concepción, subyacente en la Constitución, de que este debe ser resuelto y no permanecer abierto, por ser ello contrario a la paz social. En tal sentido, es evidente que la eventual prohibición del arbitraje como medio de solución de la negociación colectiva o la imposición de límites a aquel, que le imposibiliten resolver la controversia –lo que es lo mismo–, representa una clara trasgresión a lo establecido por el artículo 28.2 de la Constitución, esto es, una violación flagrante del derecho fundamental a la negociación colectiva

2.2. La garantía constitucional de la jurisdicción arbitral

En nuestro ordenamiento jurídico, se atribuye al arbitraje un rol importante, instituyendo la jurisdicción arbitral, al lado de la jurisdicción ordinaria (Poder Judicial) y la jurisdicción militar (Fuero Privativo Militar-Policial). Al respecto, el artículo 139, numeral 1, de la Constitución, señala como uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional al siguiente:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

De este modo, la jurisdicción arbitral se encuentra directamente sustentada en la Constitución, quien la concibe como un medio alternativo a la jurisdicción ordinaria para la solución de conflictos. Respecto a la naturaleza del arbitraje, el Tribunal Constitucional considera que en el caso de la jurisdicción arbitral “(...) no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional”. (STC Exp. N° 6167-2005-HC/TC, f. j. 11). En tal sentido, afirma que: “La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2, inciso 24 literal a de la Constitución sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139 de la propia Constitución” (STC Exp. N° 6167-2005-HC/TC, f. j. 11).

A partir de esta concepción del arbitraje, como elemento integrante del orden público constitucional, el TC afirma el ámbito y la autonomía de la jurisdicción arbitral, sosteniendo que esta “(...) se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales” (STC Exp. N° 6167-2005-HC/TC, f. j. 11).

Por esta razón, la jurisdicción arbitral, al igual que la jurisdicción ordinaria, goza de plena independencia y autonomía para resolver las controversias sometidas a su conocimiento. Así lo afirma, rotundamente, el Tribunal Constitucional:

“El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139 de la Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de ‘no interferencia’ referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones” (STC Exp. N° 6167-2005-HC/TC, f. j. 12).

En conclusión, y siguiendo los criterios interpretativos del Tribunal Constitucional, la jurisdicción arbitral no tiene como único sustento la voluntad privada de las partes de un conflicto, sino que posee un sustento constitucional directo, en virtud del cual le son aplicables, en lo pertinente las normas constitucionales relativas a los principios y derechos de la función jurisdiccional, contenidas en el artículo 139. Entre ellas, destaca aquella que, en el inciso 2 de dicho precepto, afirma “La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional”.

Diversos Laudos Arbitrales al resolver procesos de negociación colectiva bajo la vigencia de normas restrictivas insertas en las leyes de presupuesto de ejercicios anteriores, han establecido claramente la competencia de los órganos arbitrales para adoptar una decisión al margen del contenido restrictivo del derecho a la negociación colectiva. Al respecto, se pronuncia, categóricamente, el Laudo Arbitral de fecha 22 de julio de 2009, emitido en el proceso arbitral relativo a la negociación colectiva de Petroperú S.A. y la Coalición Nacional de Sindicatos de Petroperú S.A., en cuyo vigésimo primero considerando se sostiene que:

“Queda claro, entonces, que la jurisdicción arbitral tiene un fundamento constitucional claro e incuestionable, que a tribunales arbitrales se les aplican los principios y derechos de la función jurisdiccional, de manera que se tutele el principio de no interferencia en el ejercicio de las funciones de su competencia, de modo que esta independencia lleva a que el Estado la proteja y evite cualquier injerencia dirigida a restringir el cumplimiento de las funciones reconocidas por la Constitución. Por tanto, no puede quedar duda alguna respecto de la competencia que tienen los tribunales arbitrales para conocer y resolver las materias controvertidas sometidas a su competencia aun cuando se pretendiera recortar esta por medio de una norma legal presupuestal”.

En este sentido, los tribunales arbitrales, sobre la base del principio de “interpretación de la ley conforme a la Constitución”, han hecho valer su autonomía constitucional para laudar en materia de negociación colectiva, al no considerarse obligados ni limitados por las restricciones impuestas por las leyes de presupuesto.

III. LA INAPLICACIÓN DE NORMAS CONTRARIAS A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y A LA AUTONOMÍA ARBITRAL

La decisión de los tribunales arbitrales de resolver las controversias sometidas a arbitraje sin aceptar las restricciones que en materia salarial contenían las leyes de presupuesto, determinó que estas, a partir del año 2009, dieran un paso más en su propósito de mutilar la negociación colectiva en el Sector Público, al incluir una disposición que, de forma expresa, obligaba a aquellos a aplicar la prohibición de otorgar o incrementar los beneficios económicos, llegando finalmente, en la Ley N° 29951 –vigente para el ejercicio 2013– a establecer la nulidad de los laudos que no respeten dichas prohibiciones y la sanción de los árbitros que los emitan.

Para superar esta situación resultaba insuficiente recurrir al principio de “interpretación conforme a la Constitución”, siendo necesario que el órgano arbitral, en ejercicio de su autonomía haga uso de la facultad prevista en el artículo 138 de la Constitución, que faculta a los jueces a preferir la norma constitucional a la legal en caso de incompatibilidad entre ambas y proceda a inaplicar las referidas normas.

1. La facultad de los tribunales arbitrales para ejercer el control difuso de constitucionalidad

El Tribunal Constitucional ha establecido que el ejercicio del “control difuso” de constitucionalidad previsto en dicho precepto, no es atribución exclusiva de los jueces en el marco de un proceso judicial sino, también, de otros órganos investidos de facultades jurisdiccionales. De esta manera la jurisprudencia constitucional reconoce la facultad de los órganos arbitrales de ejercer el control difuso de constitucionalidad de las leyes:

“Siendo el arbitraje una jurisdicción independiente, como expresamente señala la Constitución, y debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional (como las del Poder Judicial), es consecuencia necesario de ello que la garantía del control difuso de constitucionalidad, prevista en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución, pueda también ser ejercida por los árbitros en la jurisdicción arbitral, pues el artículo 138 no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal, como exclusiva de la jurisdicción ordinaria o constitucional; (...)”⁽¹⁴⁾.

La misma sentencia citada, expresa en el fundamento jurídico *in fine* que “En tal sentido, de presentarse en un proceso arbitral una incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los árbitros deben preferir la primera”. Este criterio, constituye precedente vinculante, conforme lo señala expresamente la referida sentencia en el numeral 2 de su parte resolutive.

2. La inaplicación de normas en la jurisprudencia arbitral

Especial importancia reviste el laudo arbitral de fecha 22 de setiembre de 2009, emitido en el arbitraje relativo a la negociación colectiva seguida entre el Sindicato de Trabajadores Administrativos de Petróleos del Perú y Petroperú S.A. el cual procede a **inaplicar** la norma de la Ley de Presupuesto que pretendía someter a sus restricciones la jurisdicción del Tribunal Arbitral. En su fundamento núm. 58, sostiene este laudo: “(…) en virtud

(14) STC Exp. N° 00142-2011-PA/TC, f. j. 24.

a lo establecido en los artículos 51 y 138 de la Constitución, este Tribunal Arbitral determina la inaplicación al presente caso del artículo 5.1 de la Ley N° 29289, por ser contrario al inciso 2 del artículo 28 y al inciso 2 del artículo 139 del texto constitucional” (subrayado agregado)⁽¹⁵⁾.

Después de la entrada en vigencia de la Ley de Presupuesto del año 2013 (LP-2013), Ley N° 29951, cuya quincuagésima octava disposición complementaria final decretó la nulidad de los laudos arbitrales contrarios a las normas restrictivas de dicha ley y la sanción de los árbitros que los suscribieran, los tribunales arbitrales han procedido a inaplicar, también, dicha disposición, señalando su manifiesta incompatibilidad con la Constitución, como lo hizo el Laudo arbitral de fecha 10 de diciembre de 2012, en el arbitraje de Sunarp con Federación de Trabajadores de la Sunarp⁽¹⁶⁾. Este laudo, indica que “(...) **resulta inaceptable admitir una restricción con carácter permanente, por demás arbitraria e injustificada a la capacidad propositiva de las partes o resolutive para los árbitros, en un contexto de crecimiento económico sostenido durante los últimos años (...)**. Dicha prescripción legal contraviene, igualmente, el derecho a la negociación colectiva y al deber promocional y de fomento de solución pacífica de los conflictos laborales, por lo cual debe ser inaplicada vía control difuso de constitucionalidad”⁽¹⁷⁾.

Resulta indispensable puntualizar que el ejercicio del control difuso de constitucionalidad por los tribunales arbitrales en la negociación colectiva no deviene menoscabado o, peor aún, descartado por el hecho de que se trate de un arbitraje

(15) En el mismo sentido, han procedido a INAPLICAR las leyes de presupuesto que pretendían limitar y subordinar la competencia de los tribunales arbitrales a las disposiciones de tales normas, los siguientes laudos arbitrales: Laudo Arbitral de fecha 23 de junio de 2010, en la negociación colectiva seguida entre el Sindicato de Trabajadores y la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (Conasev); Laudo Arbitral de fecha 23 de mayo de 2011, en el arbitraje de Conasev con Sitconasev; Laudo Arbitral de fecha 15 de Diciembre de 2011, en el arbitraje de Sunarp con Federación de Trabajadores de la Sunarp; Laudo Arbitral del 17 de agosto de 2012 en el arbitraje entre la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (Conasev) y el Sindicato de Trabajadores de Conasev (Sitconasev); Laudo Arbitral de fecha 29 de marzo de 2012, en el arbitraje de Sunat con Sindicato Nacional de Unidad de Trabajadores de la Sunat (Sinaut).

(16) Siguiendo este precedente han procedido a **inaplicar** la 58ª Disposición Complementaria Final de la Ley de Presupuesto del 2013, los siguientes laudos: el Laudo Arbitral del 7 de diciembre de 2012 en el arbitraje entre Corpac S.A. y Sindicato de Trabajadores Especialistas Aeronáuticos de Corpac S.A (Sineacor); el Laudo Arbitral del 19 de diciembre de 2012 en el arbitraje entre Corpac S.A. y Sindicato Nacional Unificado de Trabajadores de Corpac S.A (SITE); el Laudo Arbitral del 25 de enero de 2013 en el arbitraje entre Corpac S.A. y Sindicato de Profesionales Electrónicos Aeronáuticos de Corpac S.A (Sipeacor); el Laudo Arbitral del 1 de julio de 2013 en el arbitraje entre Seguro Integral de Salud (SIS) y Sindicato de Trabajadores del Seguro Integral de Salud.

(17) Laudo del 10 de diciembre de 2012, f. j. 106. Asimismo, en su fundamento jurídico 106, este laudo puntualiza que “(...) el establecimiento de una sanción inhabilitadora a los árbitros que contravengan las disposiciones contenidas en la 58ª D.C.F., es una manifestación del ejercicio abusivo de un Derecho por parte del propio Estado en su calidad de empleador, ejercicio proscrito en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil”.

de equidad y no de derecho, por cuanto las normas que son objeto de inaplicación son aquellas que pretenden restringir o anular la facultad de dichos tribunales de resolver la controversia, esta es, aquellas que vulneran el principio de no interferencia en la jurisdicción arbitral, claramente sostenido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

3. La jurisprudencia del Poder Judicial sobre la autonomía de la jurisdicción arbitral

En sede judicial también se ha afirmado la autonomía de la jurisdicción arbitral y su desvinculación de las normas presupuestales que restringen el ejercicio de la negociación colectiva⁽¹⁸⁾. Por todas, resulta especialmente ilustrativa, por su claridad y contundencia, la Ejecutoria Suprema de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República (APEL N° 2491-2011), de fecha 10 de noviembre de 2011, que CONFIRMA la sentencia de primera instancia que declara INFUNDADA la demanda de nulidad interpuesta por la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Sunarp) contra el Laudo Arbitral de fecha 28 de noviembre de 2007, en el arbitraje relativo a la negociación colectiva entre la Sunarp y la Comisión Negociadora de Trabajadores de la Sunarp. Esta sentencia, expresa lo siguiente:

“(…) este Colegiado considera que la disposición presupuestaria invocada por la recurrente que prohíbe efectuar incrementos y reajustes en las remuneraciones en los últimos cinco años en los tres niveles de gobierno, terminaría por desconocer en este caso el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva, ya que se negaría de plano la posibilidad de ‘mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los destinatarios’, que es precisamente la razón de ser de la negociación colectiva; con los que se infringiría la obligación

(18) Vid, la sentencia del 19 de mayo de 2000, expedida por la Primera Sala Laboral de Lima, que declara infundada la nulidad deducida por Petroperú contra el Laudo Arbitral del 31 de enero de 2000, confirmada por la Ejecutoria Suprema del 5 de diciembre de 2000; la Sentencia del 18 de septiembre de 2001, emitida por la Tercera Sala Laboral de Lima, que declara infundada la demanda de nulidad interpuesta por Petroperú contra el Laudo Arbitral del 28 de febrero de 2001, la misma que quedó CONSENTIDA al no haber interpuesto la demandante recurso de apelación; la Ejecutoria Suprema de la Primera Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República (APEL N° 137-2008), que CONFIRMA la sentencia de primera instancia que declara INFUNDADA la demanda de nulidad interpuesta por la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Sunarp) contra el Laudo Arbitral de fecha 5 de octubre de 2006, en el arbitraje relativo a la Zona Registral N° IX Lima y Callao, y la Ejecutoria Suprema de la Segunda Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República (APEL N° 858-2008), que CONFIRMA la sentencia de primera instancia que declara INFUNDADA la demanda de nulidad interpuesta por la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Sunarp) contra el Laudo Arbitral de fecha 28 de octubre de 2006, en el arbitraje relativo a la negociación colectiva entre la Sunarp y la Federación de Trabajadores del Sistema Nacional de Registros Públicos.

del Estado de fomentar a través de la negociación colectiva y los medios alternativos de solución de conflictos, entre ellos el arbitraje, la resolución de los conflictos laborales existentes de manera definitiva, autónoma y vinculante” (décimo considerando).

IV. EL CONTENIDO DE LA DECISIÓN ARBITRAL Y LA PROPUESTA “CERO”

Una característica singular del arbitraje en materia de negociación colectiva, previsto en el TUO-LRCT es la que se enuncia en el artículo 65 el cual indica que “El laudo recogerá en su integridad la propuesta final de una de las partes”. Se trata del procedimiento conocido como “*final-offer arbitration*”, que consiste en “(...) la presentación al árbitro de una oferta de laudo por cada una de las partes, decidiendo aquel a que le parece más justa de las dos, de modo que las partes ceden el máximo posible al objeto de hacer triunfar su propuesta”⁽¹⁹⁾.

Las restricciones a la capacidad de propuesta u oferta impuestas a las entidades y empresas del Estado por las leyes de presupuesto, han llevado a que al someterse al arbitraje aquellas hayan optado por presentar una propuesta “cero”, materializada, por lo general, en un documento en el cual piden al órgano arbitral laudo a favor de esta por encontrarse ajustada a las prohibiciones establecidas por las normas presupuestales. De este modo, los árbitros se han visto obligados a dilucidar si la referida propuesta “cero” podía ser considerada como elegible para dar solución a la controversia.

El criterio hoy prevaleciente es el adoptado en el Laudo Arbitral de fecha 28 de noviembre de 2007, emitido en el proceso arbitral seguido entre la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp) y la Comisión Negociadora de los Trabajadores de la Sunarp - Sede Central. En este caso, el Tribunal Arbitral, presidido por el profesor Mario Pasco Cosmópolis expresó lo siguiente:

“La lógica del sistema de arbitraje instituido por la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, conocido como ‘arbitraje por la última posición’ o ‘last offer arbitration’ o ‘final offer arbitration’, radica en inducir –casi imponer– al órgano decisorio la opción por la posición más razonable”.

(19) OJEDA AVILÉS, Antonio. *Derecho Sindical*. 7ª ed., Tecnos, Madrid, 1995, p. 585.

Desde tal perspectiva, la posición final presentada por la Sunarp la hace virtualmente inelegible, no solo porque no contiene oferta alguna, sino por su propia inconsistencia interna al rehusarse a ofertar incluso aquello que la entidad ya viene otorgando.

El mismo criterio ha sido acogido por el Laudo Arbitral de fecha 24 de junio de 2008, en el proceso arbitral seguido entre la Coalición Nacional de Sindicatos de Petr6leos del Per6 y Petr6leos del Per6 S.A., el cual, en su numeral 23, luego de glosar lo manifestado en el laudo antes referido, agrega lo siguiente:

El tribunal ha procedido a compulsar las propuestas finales presentadas por la partes en el acto de instalaci6n del tribunal, desde la perspectiva mencionada en el numeral anterior, llegando a la conclusi6n de que la propuesta final de LA EMPRESA, consistente en una propuesta CERO para cada uno de los beneficios materia del arbitraje, la hace virtualmente inelegible porque no contiene oferta alguna que permita cotejarla con la propuesta de la COALICI6N⁽²⁰⁾.

De esta forma, la jurisprudencia arbitral ha dejado sentado que una propuesta sin contenido, que se limite a pedir la aplicaci6n de las normas presupuestales prohibitivas no puede ser considerado como una “propuesta final” susceptible de ser elegida como la soluci6n del conflicto, luego de su cotejo con la propuesta de la otra parte. Ello en raz6n de que, en caso de ser aceptado, dicha “no propuesta”, lejos de ser una f6rmula de soluci6n del conflicto conllevar6a a su agudizamiento.

Se trata, sin duda, de una posici6n correcta, ajustada a la Constituci6n, toda vez que aceptar la validez de la “propuesta cero”, significar6a vaciar de contenido el derecho fundamental a la negociaci6n colectiva, en el cual las mejoras econ6micas son el instrumento para la elevaci6n de la calidad de vida de los trabajadores.

(20) En el mismo sentido se han pronunciado otros laudos arbitrales, a saber: el Laudo Arbitral del 22 de julio de 2009, entre la Coalici6n Nacional de Sindicatos de Petr6leos del Per6 y Petr6leos del Per6 S.A (N6 56); el Laudo Arbitral del 21 de agosto de 2009 entre Conasev y Sitconasev (N6 55); el Laudo Arbitral del 23 de junio de 2010 entre la Comisi6n Nacional Supervisora de Empresas y Valores (Conasev) y el Sindicato de Trabajadores de Conasev (Sitconasev) (N6 59); el Laudo Arbitral del 23 de mayo de 2011 entre la Comisi6n Nacional Supervisora de Empresas y Valores (Conasev) y el Sindicato de Trabajadores de Conasev (Sitconasev) (N6 58); el Laudo Arbitral del 11 de enero de 2011 entre la Superintendencia Nacional de los Registros P6blicos (Sunarp) y la Federaci6n Nacional de Trabajadores del Sistema Nacional de los Registros P6blicos (Fetrasinarp) (N6 17); el Laudo Arbitral del 15 de diciembre de 2011 en el arbitraje entre la Superintendencia Nacional de los Registros P6blicos (Sunarp) y la Federaci6n Nacional de Trabajadores del Sistema Nacional de los Registros P6blicos (Fetrasinarp) (N6 58); el Laudo Arbitral del 29 de marzo de 2012 entre la Superintendencia Nacional de Administraci6n Tributaria y el Sindicato Nacional de Unidad de Trabajadores de la Sunat (Sinaut) (N6 77); el Laudo Arbitral del 17 de agosto de 2012 en el arbitraje entre la Comisi6n Nacional Supervisora de Empresas y Valores (Conasev) y el Sindicato de Trabajadores de Conasev (Sitconasev) (N6 11.1); el Laudo Arbitral del 10 de diciembre de 2012 en el arbitraje entre la Superintendencia Nacional de los Registros P6blicos (Sunarp) y la Federaci6n Nacional de Trabajadores del Sistema Nacional de los Registros P6blicos (Fetrasinarp) (N6s 110 a 112).