

# LA HETEROCOMPOSICIÓN DE LAS NEGOCIACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO: EL ARBITRAJE POTESTATIVO



**Mauro UGAZ OLIVARES**

*Profesor de la Pontificia Universidad  
Católica del Perú y de la escuela de Posgrado  
de la Universidad de Ciencias Aplicadas - UPC.  
Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del  
Trabajo y de la Seguridad Social.*

**SUMARIO** | I. Introducción; II. El nuevo escenario de las relaciones colectivas de trabajo; 1. El escenario de las relaciones colectivas anterior al Caso Portuarios; 2. El escenario de las relaciones colectivas paralelo o posterior al Caso Portuarios; III. Nueva visión del arbitraje potestativo; IV. Los árbitros en el arbitraje potestativo; V. Conclusiones

## 1. INTRODUCCIÓN

Una sentencia del Tribunal Constitucional peruano, referida al Expediente N° 03561-2009-PA/TC (más conocida como el Caso Portuarios), así como sendas regulaciones provenientes de la Autoridad Administrativa de Trabajo acatando la sentencia antes mencionada, han propiciado el resurgimiento de una institución relegada en el escenario de nuestras relaciones colectivas de trabajo: el arbitraje en los conflictos laborales colectivos.

Curiosamente, pese a que el arbitraje laboral se trata de una de las instituciones cuyos orígenes se remontan “a los propios inicios de los sistemas modernos de relaciones laborales”<sup>(1)</sup>, su utilización en el caso peruano fue muy puntual

(1) DEL REY GUANTER, Salvador. “Reflexiones generales sobre los medios extrajudiciales de solución de conflicto en el ámbito laboral”. En: *Iuris*: Cuadernos de política jurídica, N° 4, 1995, pp. 163-178.

y concreta, es más, usualmente se le identificó en las negociaciones colectivas que involucraban a las empresas o entidades del Estado.

Pues bien, el contexto antes descrito ha variado radicalmente, siendo intensa la aparición de los arbitrajes laborales en situaciones donde usualmente las partes resolvían el conflicto en trato directo o no recurrían a este mecanismo.

Queda claro que recurrir a un arbitraje —para cualquiera de las partes— significa renunciar a la posibilidad de mantener el control sobre el resultado final de la negociación colectiva, es decir, sobre el contenido del convenio colectivo.

Entonces, ¿cómo se explica que las partes —sobre todo la laboral— se encuentren interesadas en derivar sus negociaciones a un tercero y no resolverlas ellas mismas? ¿Por qué las partes prefieren derivar la solución de una negociación a un tercero que desconoce directamente la realidad de la empresa y la idiosincrasia de los trabajadores?

En nuestra opinión, dos factores contribuyen a lo anterior.

En primer lugar, la nula repercusión que existía en los hechos para los empleadores que mantenían un conflicto abierto. Como veremos más adelante, el escenario laboral dificultaba la implementación de una medida de fuerza válida por parte de los trabajadores y, además, impedía la existencia de la alternativa del arbitraje ya que este únicamente podría ser voluntario.

De ese modo, los empleadores no tenían los suficientes incentivos para negociar de manera rápida o cerrar el conflicto a través de un convenio colectivo. Esto era más visible en aquellas organizaciones gremiales cuya población de afiliados no era tan relevante o que no significaban una inquietud alta para las empresas en caso de que estas recurrieran a una medida de fuerza —aún si la medida fuera ilícita—.

En estos supuestos, era preferible para las entidades empresariales negociar despacio, sin apuros, a fin de desgastar a la contraparte quien tiene la presión de un resultado inmediato debido a las expectativas que se han generado en la asamblea general del sindicato.

Precisamente lo anterior ha sido materia de crítica por algunos asesores sindicales, quienes proponen que existan plazos predeterminados y máximos en la negociación de las partes cuando se encuentran en el trato directo o en la etapa de conciliación<sup>(2)</sup>.

(2) Esa es la opinión, por ejemplo, de Carlos Mejía, quien menciona en su texto "Apuntes sobre la negociación colectiva en el Perú", lo siguiente: "La norma actual, en la búsqueda de mayor libertad para los actores, deja sin plazos a todos y cada una de las etapas de la negociación colectiva. La ausencia de plazos a las etapas, ha definido las estrategias que van a seguir empresarios y sindicatos. La experiencia de las dos décadas y la muestra recogida en la CGTP señalan que esta situación favorece de manera clara a los intereses empresariales. En la práctica, esta medida crea un amplio margen de ambigüedad sobre los resultados finales. En teoría un expediente de negociación colectiva podría extenderse indefinidamente en el tiempo."

En segundo lugar, en el contexto antes señalado, la necesidad de obtener un resultado en un plazo más corto era una frustración. Las negociaciones solían ser extensas e incluso transcendían el periodo de vigencia del proyecto de convenio que se negociaba. No deja de ser sintomático que quienes han sido los primeros en utilizar el arbitraje potestativo par dar solución a sus conflictos sean organizaciones sindicales de gran trayectoria y experiencia, quienes sí usualmente cerraban sus conflictos en sendos acuerdos colectivos. Evidentemente el anterior modelo no los incentivaban ni satisfacían: el periplo para llegar a un acuerdo era tan desgastante y dañaba su legitimidad en las bases que han preferido un modelo más célere pese a que ello significa no mantener el total control sobre el contenido de lo decidido por los árbitros.

Veamos, pues, cómo se desarrolla el panorama del arbitraje potestativo para luego reflexionar acerca de él.

## II. EL NUEVO ESCENARIO DE LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

### 1. El escenario de las relaciones colectivas anterior al Caso Portuarios

En el anuario estadístico de Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo correspondiente al año 2009, se señalaba lo siguiente:

"Transgredir por parte de las organizaciones sindicales en huelga con lo establecido en el TUO del D.S. N° 010-2003-TR, ocasionó que la Autoridad Administrativa de Trabajo se pronunciara a través de "Autos de Ilegalidad" ante las huelgas presentadas; porcentajes que han disminuido considerando lo acontecido en años anteriores, **cuyas tasas de ilegalidad alcanzaban algo más 98% de las paralizaciones presentadas**"<sup>(3)</sup> (el resaltado es nuestro).

En efecto, durante los años anteriores la tasa de paralizaciones o huelgas ilícitas eran casi inexistente.

Las razones de ello básicamente se centran en la regulación del derecho de huelga que existe en nuestro país. Para empezar tenemos una medida de fuerza que requiere ser aprobada por la Autoridad Administrativa de Trabajo de forma previa a su consumación, habiendo sido tal Autoridad —estadísticamente, por lo menos— muy renuente a declarar huelgas procedentes o legales.

No tiene ningún parámetro legal para que llegue a una conclusión. Esta situación va contra el enunciado constitucional que señala el deber del estado por "promover la negociación colectiva". Ver: <<http://www.sindicalistas.net/2012/08/apuntes-sobre-la-negociacion-colectiva.html>>.

(3) Al respecto ver la siguiente dirección de la página web del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo: <<http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/estadisticas/huelgas/2009/huelgas2009.pdf>>.

De otro lado, los espacios para propiciar una medida de fuerza son muy estrechos: el modelo acogido por nuestra legislación y por nuestra jurisprudencia constitucional es el modelo estático de huelga que solo permite que la medida de fuerza se centre en el abandono del centro de trabajo y la cesación de los servicios.

Así, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia correspondiente al Expediente N° 008-2005-PI/TC ha señalado que este derecho:

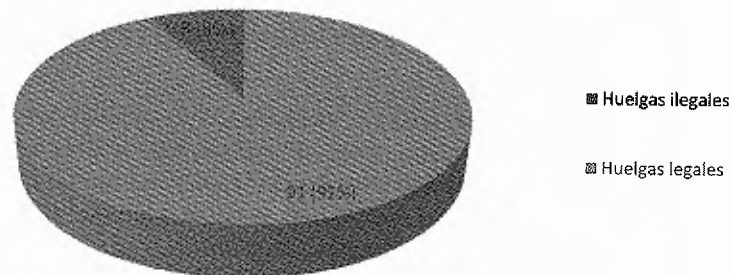
“(…) consiste en la suspensión colectiva de la actividad laboral, la misma que debe ser previamente acordada por la mayoría de los trabajadores. La ley del régimen privado, aplicable en lo pertinente al sector público, exige que esta acción de cesación transitoria de la actividad laboral se efectúe en forma voluntaria y pacífica –sin violencia sobre las personas o bienes– y con abandono del centro de trabajo”.

Precisamente tal definición impide que los trabajadores puedan optar por otras medidas de fuerza para presionar con mayor intensidad al empleador.

A lo anterior, tenemos que añadir que los requisitos inicialmente previstos para que la huelga se materialice eran muy onerosos, tanto que provocaron que el Comité de Libertad Sindical se pronunciará de manera desfavorable sobre ellos<sup>(4)</sup>, lo que motivó que la regulación de huelga se modificará básicamente en el quórum necesario para adoptar tal medida.

Pues bien, hasta el año 2009, las huelgas que fueron declaradas legales o procedentes fueron notoriamente la excepción. Basta con mirar con detenimiento las cifras ofrecidas por el Anuario preparado por la Autoridad de Trabajo para darnos cuenta de ello<sup>(5)</sup>:

### Huelgas 2005-2009



(4) Esencialmente, el tema del quórum para la adopción de la medida de fuerza fue objetado por el Comité de Libertad Sindical en los siguientes documentos: 291.er informe, casos números 1648 y 1650 (Perú), párrafo 468.

(5) Ver: <<http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/estadisticas/huelgas/2009/huelgas2009.pdf>>.

De ese modo, si bien lo anterior no significa que los trabajadores no realizaron medidas de fuerza, qué duda cabe que el contexto antes descrito impidió que la presión sobre los empleadores tuviera un impacto mayor ya que bastaba con solo propiciar la declaración de ilegalidad de la huelga –de manera definitiva por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo– para que esta ya no tuviera efectos y solicitar el despido de los huelguistas por ausentarse del centro de trabajo de manera injustificada. Como es de suponer, la efectividad de la huelga se matiza considerablemente si esta no es compatible con la legalidad.

Por otro lado, en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo nos encontramos con un arbitraje básicamente voluntario<sup>(6)</sup>: así lo entendía la Autoridad de Trabajo desde el 6 de febrero de 1995, cuando en el Expediente N° 414-94 referida a la Avícola Esquivel señaló que:

“Del análisis del Decreto Ley N° 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 suscripción, está incurriendo en causal de nulidad (...)”.

En ese sentido, se requería del acuerdo entre las partes para que el conflicto pudiera ser sometido a un arbitraje y, con ello, solucionarlo a través de un laudo arbitral (cuyo efectos, por Ley, son equivalentes a los que tiene un convenio colectivo).

Pues bien, la combinación de medidas de fuerza mayormente ilícitas con la imposibilidad de cerrar el conflicto a través del arbitraje (salvo que exista la anuencia del empleador) nos ha llevado a una situación perniciosa: la proliferación de conflictos no resueltos, inacabados, que redundan en un mal clima laboral y que no satisfacen a los actores involucrados en las relaciones colectivas laborales. Asimismo, estos conflictos dilatados o inacabados impactan en la operatividad empresarial ya que muchas veces el presupuesto tiene que reestructurarse en función a la sobrevivencia del conflicto así como muchas decisiones son suspendidas hasta tener claro el escenario resultante luego de la negociación (aumentos remunerativos, ascensos, planes de incentivos, inversiones, contrataciones, capacitaciones, etc.).

Si bien la decisión de retardar la negociación tendrá –en ocasiones– como fin debilitar a la contraparte sindical, sin lugar a dudas, se trata también de un sacrificio

(6) En realidad, las interpretaciones sobre si el arbitraje era o no potestativo en nuestra Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo eran múltiples; sin embargo, para la mayoría de la doctrina peruana parecía existir consenso en que tal arbitraje era potestativo. Véase, por ejemplo, LOVATÓN PALACIONES, David. “El desencuentro entre el proceso negociado y el procedimiento arbitral en la LRCT”. En: *Asesoría Laboral*, Lima, agosto de 1994, pp. 9-11; PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *Fundamento del Derecho Procesal del Trabajo*. AELE, Lima, 1997, p. 179; FERRO DELGADO, Víctor. El arbitraje en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. En: *Asesoría Laboral*. Lima, febrero de 1994, p. 13.

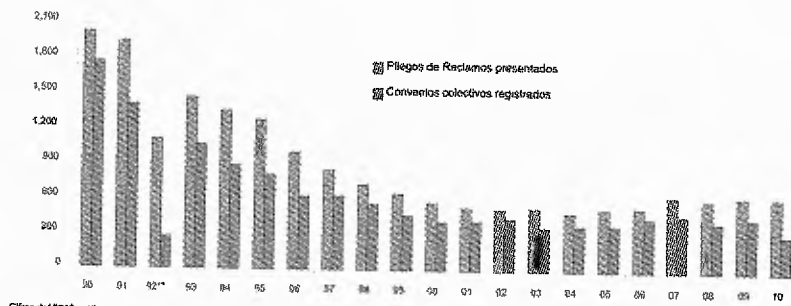
que la empresa asume ya que tenderá a no realizar actos o procedimientos internos que pudieran ser incompatibles con lo que se negocie.

Pero lo peor quizá sea la ruptura de diálogo entre los participantes del conflicto o de la negociación. ¿Qué tipo confianza o acercamiento tendrán las partes tras largos meses de infructuosas negociaciones? ¿Qué tipo de credibilidad habrá entre las partes cuando se frustra una negociación, se judicializa el conflicto o este se mantiene abierto?

En la negociación se involucran personas y, como tales, lo subjetivo tiende a jugar un rol muy importante. Si no reconozco en la contraparte a una persona que merece mi respeto, confianza o credibilidad, las oportunidades de concretar una negociación van a ser nulas. Precisamente, un escenario donde se negocia de manera detenida, pausada, buscando irritar y desacomodar a la otra parte rompe la sutil vinculación de diálogo que podría haber entre las partes para futuras negociaciones.



Como es de suponer, la tendencia hasta el año 2010 era de un alto porcentaje de conflictos inconclusos y que inevitablemente conllevan a distorsionar las relaciones laborales dentro de un centro de trabajo:



Cifras del 2010 preliminares

\*\* La información de 1982 corresponde sólo a Lima Metropolitana

Fuente: MATPE - Oficina de Estadística

Elaboración: Secretaría Técnica del CNTPRE

De la misma opinión, es Alfredo Villavicencio al señalar que<sup>(7)</sup>:

“(...) si uno sabe que la negociación colectiva va a quedar abierta y el sindicato es débil y no hay posibilidad de arbitraje, como ha venido sucediendo en el Perú a lo largo de casi 20 años, la negociación toma un rumbo ponderando tales elementos y dejando el conflicto abierto por años en muchos casos, lo que no es bueno para un sistema de relaciones laborales”.

En suma, muchos conflictos, algunos inconclusos y sin herramientas para solucionarlos de manera celeré y equilibrada.

A continuación veremos cómo ha cambiado tal escenario laboral y la irrupción del arbitraje potestativo.

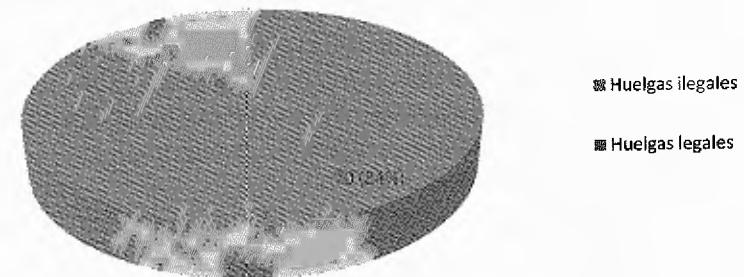
## 2. El escenario de las relaciones colectivas paralelo o posterior al Caso Portuarios

Un primer cambio en el escenario laboral se observó en el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. En efecto, pese a que la normatividad que regulaba el derecho de huelga no había cambiado, se notó que la Autoridad de Trabajo aligeró en los hechos los requisitos que se exigían para su procedencia.

Ello se puede advertir de las estadísticas contempladas en el año 2010 y 2011 si la comparamos con las de años anteriores<sup>(8)</sup>.

De ese modo, en el año 2010, las huelgas declaradas legales ascendieron al 16%, lo que significa un salto porcentual gigantesco (aunque todavía magro en términos generales) en comparación con el año 2009.

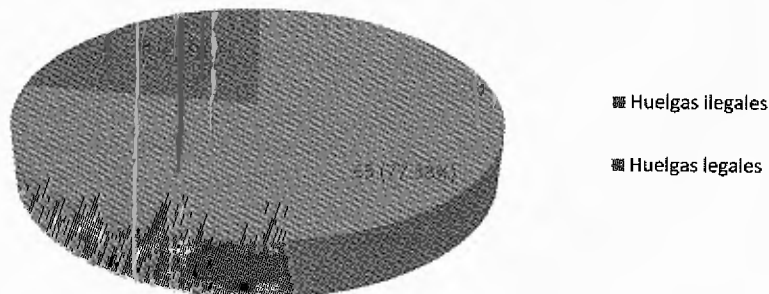
### Huelgas 2010



(7) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “Arbitraje potestativo y otros temas de derecho colectivo del trabajo”. En: *Soluciones Laborales* N° 48, Diciembre de 2011, p. 60.  
 (8) Al respecto ver: <<http://www.mintra.gob.pe/mostrarResultado.php?id=87&tip=86>>.

Y si comparamos el año 2010 con el 2011, la tendencia porcentual se incrementa también el doble aunque en un escenario donde se solicitaron menos medidas de fuerza.

### Huelgas 2011



#### ¿Qué ha cambiado?

La mirada de la Autoridad Administrativa de Trabajo. Es decir, su preocupación por fomentar y fortalecer el derecho de huelga de los trabajadores como medio de presión y de equilibrio dentro de un contexto de negociación donde los conflictos no se conclúan. Así, la huelga aparece –aunque todavía aletargada– como remedio para presionar el cierre de la negociación o determinada reivindicación gremial.

Pero quizá el cambio más gravitante sea la imposición del arbitraje potestativo en materia laboral.

Así, el Tribunal Constitucional en la sentencia referida al proceso de amparo iniciado por el Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao contra diversas asociaciones de empleadores, referido al Expediente N° 03561-2009-PA/TC, declaró inaplicable la segunda oración del primer párrafo del artículo 45 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo por contravenir el principio de negociación libre y voluntaria al disponer que se lleve a cabo la negociación a nivel de empresa en caso de que se tratara de la primera negociación y no exista acuerdo para determinar el nivel<sup>(9)</sup>.

(9) En ese sentido, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que: “En base al principio de negociación libre y voluntaria, establecido en el artículo 4 del Convenio núm. 98, la determinación del nivel de negociación colectiva debería depender esencialmente de la voluntad de las partes y, por consiguiente, dicho nivel no debería ser impuesto en virtud de la legislación, de una decisión de la autoridad administrativa o de una jurisprudencia de la autoridad administrativa de trabajo”. Véase *Recopilación CLS de 1996*, párrafo 851; véase también 310.º informe, caso núm. 1887 (Argentina), párrafo 103.

De ese modo, el Tribunal Constitucional enuncia que:

“(…) en la medida que señala que ‘A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa’. Dicha frase resulta inconstitucional no solo porque contraviene la libertad de decidir el nivel de negociación, sino también porque lesiona el derecho de negociación colectiva, pues (…) ninguna ley puede fijar imperativamente el nivel de la negociación” (fundamento 28).

Como quiera que la decisión del nivel negocial ya no se encontraba en manos de la Ley de Relaciones Colectiva de Trabajo, el Tribunal consagró al arbitraje como el mecanismo para la definición del nivel de la negociación colectiva cuando no hay acuerdo entre las partes en la primera negociación.

La solución dada a este caso difiere de la que el mismo Tribunal Constitucional ofreció en el Expediente N° 0261-2003-AA/TC, en la que decidió imponer un nivel negocial a las partes del conflicto (empleadores y trabajadores de construcción civil deberían negociar a nivel *supra* empresarial).

Al parecer ello ocurrió en vista de lo señalado por el Comité de Libertad Sindical en el caso 2375, el cual se refirió a la sentencia antes mencionada en los siguientes términos:

“El Comité estima que en caso de desacuerdo entre las partes sobre el nivel de negociación a nivel de rama de actividad, se ajusta mejor a la letra y al espíritu del Convenio núm. 98 y de la Recomendación núm. 163 un sistema establecido de común acuerdo por las partes en el que en cada nueva negociación colectiva puedan hacer ver de manera concreta sus intereses y puntos de vista. El Comité pide al Gobierno que invite a las organizaciones de trabajadores y de empleadores más representativas a establecer un mecanismo de solución de los conflictos relativos al nivel en que debe realizarse la negociación colectiva”.

Es por ello que el Tribunal decidió imponer un arbitraje para este caso y no resolverlo directamente, lo que evidentemente ha sido calificado como una “solución diferida<sup>(10)</sup>” por algún sector de la doctrina nacional. Asimismo, es curioso –como bien señala Neves<sup>(11)</sup>–, que el Tribunal Constitucional haya adoptado imponer un arbitraje a las partes cuando ello es totalmente excepcional de acuerdo a los parámetros de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo<sup>(12)</sup>.

(10) NEVES MUJICA, Javier. “La determinación del nivel negocial en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre los estibadores portuarios”. En: *Ius et Veritas* N° 40, Lima, p. 137.

(11) Ídem.

(12) Así el Comité de Libertad Sindical ha señalado en innumerables veces que: “El recurso del arbitraje obligatorio cuando las partes no llegan a un acuerdo en la negociación colectiva solo es admisible en el

Lo anterior se vuelve más complejo cuando el Tribunal Constitucional, en una resolución aclaratoria, publicada “*casi un año después de la sentencia original*”<sup>(13)</sup>, precisa que es el arbitraje potestativo quien determina el nivel de negociación entre las partes:

“En efecto, el Tribunal Constitucional ha determinado que el arbitraje para definir el nivel de la negociación colectiva es **potestativo** debido a ‘una integración razonable (...) a través de la aplicación del artículo 61 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR’, norma que prevé el arbitraje en la negociación colectiva (ante la falta de un acuerdo en negociación directa o en conciliación)”<sup>(14)</sup> (el resaltado es nuestro).

De ese modo, la parte trabajadora tiene la capacidad de obligar a la parte empleadora a resolver la discrepancia del nivel negocial a través de un arbitraje potestativo. Entendemos que ello es así, debido a que la misma aclaración hace referencia a que la parte trabajadora podría recurrir a la huelga en virtud de lo señalado por el artículo 46 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo<sup>(15)</sup>, lo que deja sin sustento a quienes piensan que el empleador también podrá arrastrar con su decisión a los trabajadores al arbitraje impidiéndoles ejercer su derecho a la huelga.

Agrega, además, el Tribunal que el arbitraje regulado en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo se trata de un arbitraje potestativo donde no se requiere de la voluntad de ambas partes sino únicamente la de los trabajadores<sup>(16)</sup>:

“Que, por consiguiente, corresponde precisar que el arbitraje a través del cual deberá decidirse el nivel de la negociación ante la falta de acuerdo entre trabajadores y empleador, es aquél al que hace alusión el artículo 61° del Decreto Supremo N° 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” (el resaltado es nuestro).

Queda claro, entonces, que para el Tribunal Constitucional, el arbitraje regulado en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo se trata de un arbitraje potestativo,

marco de los servicios esenciales en el sentido estricto (aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en todo o parte de la población)”.

(13) Como refiere Felipe Gamboa en: <<http://www.infocapitalhumano.pe/alerta-legal.php?id=18&t=e>>.

(14) Idem.

(15) Dice el Tribunal Constitucional: “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 ‘[a]l 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’ (cursiva agregada).”

(16) Fundamento 8 de la Resolución Aclaratoria del Expediente N° 0361-2009-AA/TC. Ver: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03561-2009-AA%20Aclaracion.html>>.

el que además se podrá utilizar en los casos donde la negociación del nivel resulte particularmente hostil. Es por ello que el Tribunal Constitucional recurre a la figura de la buena fe para sustentar con mayor solidez la intervención e imposición del arbitraje<sup>(17)</sup>. Así lo hace notar en el fundamento 15 de la Sentencia correspondiente al Expediente N° 03561-2009-PA/TC, donde sostiene que:

“No obstante, por excepción, cabe la posibilidad de que el nivel de la negociación colectiva pueda ser determinada por vía heterónoma (arbitraje) ante un organismo independiente a las partes, en función de la naturaleza promotora de la negociación colectiva. Ello se justifica plenamente en el caso de que se demuestre que una de las partes no está cumpliendo con su deber de negociar de buena fe o está realizando prácticas desleales”.

Por su parte, la Comisión de Expertos en Aplicaciones de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, también permite que el arbitraje potestativo pueda imponerse en aquellos casos donde exista una dificultad o conflictividad que es “claramente evitable” ya que es ocasionada por la falta de experiencia de las partes<sup>(18)</sup>:

“En lo que respecta al arbitraje impuesto a solicitud de una sola de las partes, la Comisión considera que, de manera general, es contrario al principio de negociación voluntaria (...). No obstante, puede admitirse una excepción en aquellos casos en que existan disposiciones que, por ejemplo, permitan a las organizaciones de trabajadores iniciar este procedimiento **para la firma del primer convenio colectivo**; como la experiencia demuestra que el acuerdo del primer convenio colectivo es frecuentemente uno de los **pasos más difíciles en el establecimiento de sanas relaciones profesionales**, este tipo de disposiciones puede considerarse como mecanismos y procedimientos que **facilitan la negociación colectiva**”<sup>(19)</sup>.

A lo expuesto, habría que sumarle —en desarrollo de lo señalado por el Tribunal Constitucional— la publicación del Decreto Supremo N° 014-2011-TR, el cual incorpora el artículo 61-A en el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, señalando lo siguiente:

(17) A diferencia del caso de Construcción Civil, donde se analizó las particularidades de la labor, pasamos analizar en el caso Portuarios los actos del empleador, es decir, la buena conducta del sujeto empresarial dentro de la negociación.

(18) DEL REY GUANTER, Salvador. Ob. cit., pp. 163-178.

(19) Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicaciones de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo de 1994, párrafos 257, 258 y 259.

“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”.

Es fácil de apreciar que se introduce reglamentariamente dos supuestos de arbitraje potestativo, con prescindencia de que para el Tribunal Constitucional el arbitraje regulado en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo –bajo cualquier modalidad– es potestativo de acuerdo a su lectura.

El primer supuesto se refiere a la primera negociación (donde el arbitraje podrá ser instalado para definir nivel o contenido). El segundo supuesto se refiere a la existencia de actos de mala fe. Existen personas que consideran que el primer supuesto en realidad admite una lectura más abierta, con lo cual, sería factible incluir aquellos casos donde se pretenda cambiar el nivel donde las partes se encuentran negociando.

Así, para Villavicencio Ríos se “deduce con claridad que cuando se busca un nivel nuevo, estaremos frente a una primera negociación colectiva en tal ámbito, por lo que se configurará<sup>(20)</sup> el supuesto de la primera negociación previsto en el Decreto Supremo N° 014-2011-TR. Nos parece complicado sustentar tal lectura cuando nos encontramos ante una situación de excepción (como lo es el arbitraje potestativo) aunque ello se matiza con la interpretación del Tribunal Constitucional al entender que el arbitraje regulado en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo es potestativo de manera general.

Finalmente, en el ámbito normativo aparece la Resolución Ministerial N° 284-2011-TR, que regula los hechos o situaciones que ameritan ser calificados como de mala fe en las negociaciones colectivas.

Así, la norma prevé que tales supuestos, sin ser una lista taxativa, son los siguientes:

CUADRO N° 1	
Supuestos	
Actos de mala fe en la negociación	Negarse a recibir el pliego que contiene el proyecto de convenio colectivo de la contraparte, salvo causa legal o convencional objetivamente demostrable. Asimismo, la negativa a recibirlo a través de la Autoridad Administrativa de Trabajo
	Negarse a proporcionar la información necesaria sobre la situación económica, financiera, social y demás pertinentes de la empresa, en la medida en que la entrega de tal información no sea perjudicial para esta
	Negarse a entregar la información acordada por las partes o precisada por la Autoridad Administrativa de Trabajo
	No guardar reserva absoluta sobre la información recibida siempre que la misma no sea de carácter público
	Negarse a recibir a los representantes de los trabajadores o a negociar en los plazos y oportunidades establecidas en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su Reglamento
	Ejercer presión para obtener el reemplazo de los integrantes de la representación de los trabajadores o del empleador
	Ejercer fuerza física en las cosas, o física o moral en las personas, durante el procedimiento de negociación colectiva
	Los actos de hostilidad ejercidos contra los representantes de los trabajadores o los trabajadores afiliados al sindicato
	El incumplimiento injustificado de las condiciones acordadas por las partes para facilitar la negociación
	Cualquier práctica arbitraria o abusiva con el objeto de dificultar, dilatar, entorpecer o hacer imposible la negociación colectiva
	Ejecutar actos de injerencia sindical, tales como, intervenir activamente en la organización de un sindicato; ejercer presiones conducentes a que los trabajadores ingresen a un sindicato determinado; discriminar entre los diversos sindicatos existentes otorgando a unos y no a otros, injusta y arbitrariamente, facilidades o concesiones extracontractuales; o condicionar la contratación de un trabajador a la firma de una solicitud de afiliación a un sindicato o de una autorización de descuento de cuotas sindicales por planillas de remuneraciones
	Discriminar entre trabajadores con el fin exclusivo de incentivar o desestimular la afiliación o desafiliación sindical

La norma además agrega que la existencia de los actos de mala fe o no van a ser decididos por el Tribunal Arbitral quien valorará si se cumplen o no los presupuestos para el arbitraje.

De ese modo, una vez transcurrida la etapa de negociación directa o trato directo y finalizada la fase de conciliación, los trabajadores podrán optar por recurrir a un arbitraje potestativo si nos encontramos ante la primera negociación o si existe un acto de mala fe en el desarrollo de las negociaciones.

(20) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. Ob. cit., p. 60.

Incluso, atendiendo a lo que ha interpretado el Tribunal Constitucional, se podría optar por el arbitraje potestativo en cualquier escenario de negociación<sup>(21)</sup>.

Como es lógico suponer, esta nueva regulación derivada del pronunciamiento del Tribunal Constitucional ha variado la forma en la cual se venía negociando en el Perú ya que los trabajadores prefieren optar por recurrir a un arbitraje cuando notan que el proceso de negociación será lento o aprecien prácticas desleales por parte del empleador. En otras palabras privilegian concluir la negociación de forma rápida en comparación con tener un mayor control del contenido de lo que puedan acordar en la negociación.

Lo anterior nos ha llevado a tener en los últimos meses una proliferación de arbitrajes potestativos que han venido cerrando los conflictos o negociaciones colectivas de manera más célere que en los otros años.

### III. NUEVA VISIÓN DEL ARBITRAJE POTESTATIVO

La actitud de los trabajadores, que en los últimos meses han decidido restarle importancia al trato directo o a la conciliación a fin de promover el arbitraje potestativo, ha llevado a que algunos consideren que tal arbitraje desnaturaliza la negociación colectiva y que crea incentivos para que se deje de lado el trato directo.

Tales críticos señalan que en realidad ya no se negocia sino, por el contrario, los árbitros reemplazan a las partes y, lo que es peor, estos no toman en cuenta en sus decisiones las repercusiones de las propuestas que asumen o sus atenuaciones. Por tal motivo es preferible retornar al arbitraje voluntario, donde el conflicto se cierre por el acuerdo al cual llegan las partes y no por la imposición de una de ellas.

Nos parece que la visión del arbitraje potestativo desde tal punto de vista es parcial o corresponde una visión tradicional del arbitraje.

La función primigenia del arbitraje es poner fin a un conflicto. Es por ello que su uso, cuando es obligatorio o potestativo perjudica a la autonomía colectiva de las partes ya que neutralizan —principalmente— la posibilidad de implementar una medida de fuerza.

Es por ello que Sarthou señalaba que:

“(…) solamente con carácter excepcional podrá admitirse el arbitraje potestativo unilateral por voluntad de la parte obra en la hipótesis de medios

(21) Precisamente ya existen casos donde los trabajadores, adicional a imputarle al empleador un acto de mala fe, señalan en sus escritos que, sin perjuicio de analizar tal escenario, ellos podrán recurrir al arbitraje por ser tal medio de solución de conflictos en su integridad potestativo.

de débil o nula sindicación y siempre que el sistema político ofrezca garantías para el cumplimiento del objetivo perseguido<sup>(22)</sup>.

Desde este punto de vista, el arbitraje aparece como un mero limitador del derecho de huelga y, por tanto, su uso debería ser restringido.

Sin embargo, el arbitraje tiene una función más decisiva y valiosa que no se concentra únicamente en la huelga. El arbitraje complementa la negociación colectiva, de modo tal que le permita “fortalecer el proceso negocial, incrementando las posibilidades de acuerdos y aumentando la calidad de eficacia tanto del proceso negocial en sí como de su resultado, el convenio colectivo”<sup>(23)</sup>. Precisamente, en un escenario donde los trabajadores pueden arrastrar a los empleadores a un arbitraje, las partes al momento de iniciar la negociación tendrán mayores incentivos para obrar de buena fe, dar propuestas serias y no entorpecer la negociación. De lo contrario, la parte trabajadora podrá llevar la negociación a un tribunal arbitral donde la contraparte no tendrá control alguno sobre el resultado del proceso y se concluirá el conflicto de forma más célere.

En una economía de mayor competencia y cambios, los perjuicios ocasionados por la conflictividad laboral tienden a ser reducidos por los empleadores al máximo: no son convenientes las medidas de fuerza si ello afecta la operatividad de la empresa y la relega dentro del mercado. A lo anterior, además, hay que agregarle que cada día se negocian más materias, aumenta la complejidad de las condiciones de trabajo y se requiere de un proceso eficaz y rápido que permita responder a las demandas de los consumidores: las fuerzas de la actividad empresarial se quieren concentrar en las ventas, operaciones o actividades industriales más que en los conflictos laborales<sup>(24)</sup>.

De ese modo, la imposición de un arbitraje potestativo lleva a las empresas a reconocer que deben cambiar su manera de afrontar las negociaciones. Ya no se cuenta con la posibilidad de mantener los conflictos abiertos y dilatados. Más bien, se busca replantear las maniobras negociales empresariales. De ese modo, las partes “reorganizan su estrategia y sus instrumentos de negociación y luego sabiendo que el conflicto puede no quedar abierto tienen una mayor versatilidad al momento de plantear y aceptar sus propuestas”<sup>(25)</sup>.

Desde tal perspectiva, el arbitraje potestativo podría ayudar a mejorar o afianzar el trato directo más que destruirlo o inutilizarlo.

(22) ERMIDA URIARTE, Óscar; VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo y CORTEZ CARCELÉN, Juan Carlos. *Derecho Colectivo del Trabajo*. Materiales de Enseñanza de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda edición, Lima, 1990, p. 323.

(23) DEL REY GUANTER, Salvador. Ob. cit., pp. 163-178.

(24) Ídem.

(25) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. Ob. cit., p. 60.



Ahora bien, en los lugares donde se ha afianzado la idea del arbitraje potestativo siempre ha existido una etapa de transición donde las partes requieren entrenarse y amoldarse a esta nueva mecánica de negociación.

Es por ello que es usual y natural la tendencia a desincentivar la negociación en el trato directo ya que existe la posibilidad de ir a un árbitro quien definirá el conflicto. Como ha señalado Salvador del Rey, tales casos se tratan de “síntomas típicos” de las fases iniciales del arbitraje, los cuales son totalmente transitorios y temporales. De ese modo, el efecto de “congelación” o “narcótico” que tiene el arbitraje sobre el proceso negocial –esto es, la tendencia de las partes a no negociar ya que existe la alternativa del arbitraje– no debería llamarnos la atención en una primera etapa<sup>(26)</sup>.

Por el contrario, una vez que las partes experimenten las consecuencias de arrastrar su negociación a un arbitraje, comprobarán si para ellos tal mecánica se adapta de mejor manera a sus necesidades. Debemos recordar que el gran sacrificio del arbitraje es no controlar el contenido de la negociación, con lo cual, cada parte involucrada tendrá que enfrentar tal dilema y optar por si decide incorporarse al arbitraje o potencializar el trato directo.

#### IV. LOS ÁRBITROS EN EL ARBITRAJE POTESTATIVO

Un tema de vital importancia en el arbitraje es la elección de los árbitros. El arbitraje requiere de cumplir con los requisitos de imparcialidad y neutralidad que todo proceso prevé, con lo cual, los árbitros no representan a las partes ni actúan en nombre de ellas. Como es obvio, tampoco asesoran a las partes.

El proceso arbitral tendrá legitimidad cuando los árbitros entiendan que son designados para resolver un conflicto desde la “cultura de la neutralidad”. De ese modo, la aproximación que pudiera tener con las partes –incluso con la que lo designó– debería ser mínima y motivada.

De otro lado, la profesionalidad del árbitro debe ser manifiesta tanto en el aspecto jurídico como en el aspecto económico. No es posible que el árbitro no tome en consideración situaciones del mercado o del negocio que expliquen o fundamenten una propuesta final de una de las partes.

Tal profesionalidad le permitirá justificar por qué elige una propuesta y desecha la otra, así como las razones por las cuales procede a una atenuación. Nuestro sistema de ofertas finales o de péndulo (donde se opta por una propuesta excluyente) requiere de una explicación cuando se procede a atenuar la propuesta elegida, máxime si tal atenuación de modo alguno puede dejar al beneficio irreconocible o desnaturalizado.

(26) DEL REY GUANTER, Salvador. Ob. cit., pp. 163-178.

#### V. CONCLUSIONES

El escenario de negociación colectiva en los últimos meses ha sufrido una gravitante modificación: se tiende a cerrar los conflictos a través del arbitraje potestativo y ello ha disminuido el interés del trato directo o de la etapa de conciliación.

En realidad lo anterior es transitorio, el hecho de que ahora exista menos renuencia para dictaminar a una huelga improcedente que se pretende promover las soluciones pacíficas de los conflictos nos deben llevar a reinventar nuestras estrategias negociales y desarrollar nuevos acercamientos con la contraparte sindical o empresarial. Definitivamente, un nuevo escenario laboral nos debe remitir a nuevas conductas gremiales o empresariales