

- CÁMARA DÍAZ, Alberto y Francisco GONZÁLEZ DÍAZ. "Derechos de participación y representación en materia de seguridad y salud laborales: un estudio sobre su aplicación". En: *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* (España). Nº 53, Madrid, 2004.
- CANESSA MONTEJO, Miguel. Los derechos humanos laborales: el núcleo duro de derechos (*core rights*) y el *ius cogens* laboral. En: *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº 72, Abril, 2008.
- GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago y Carmen CARRERO DOMÍNGUEZ. "La negociación colectiva sobre salud laboral a partir de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales". En: *Cuadernos de Relaciones Laborales*. Nº 14. Universidad Complutense de Madrid: Madrid, 1999.
- HELLRIEGEL, Don; SLOCUM, John y Richard WOODMAN. Comportamiento organizacional. 8ª edición. Ed. International Thomson Editores. México, 1999.
- LUQUE PARRA, Manuel. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*. Ed. Bosch. Barcelona, 1999.
- MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, Lourdes. "Obligaciones de seguridad y salud y negociación colectiva". En: *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* (España), Nº 53, Madrid, 2004.
- OIT. Declaración sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa. OIT, Ginebra, 2008.
- OIT. Directrices relativas a los sistemas de gestión de la seguridad y la salud en el trabajo. ILO-OSH 2001. Ginebra, 2001.
- OIT. Normas de la OIT sobre seguridad y salud en el trabajo. Promover la seguridad y salud en el medio ambiente de trabajo (Estudio General). Ginebra, 2009.
- OIT. La prevención: una estrategia global. Promover la seguridad y salud en el trabajo. Informe de la OIT para el Día Mundial sobre la Seguridad y Salud en el Trabajo. Ginebra, 2005.
- OJEDA AVILÉS, Antonio. "Ámbito esencial de la negociación colectiva e intervención proporcionada de la ley". En: RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel; VALDÉS DALRÉ, Fernando y María Emilia CASAS BAHAMONDE. *Estabilidad en el empleo, diálogo social y negociación colectiva*. Tecnos, Madrid, 1998.
- PUCCI, Francisco. *Aprendizaje organizacional y formación profesional para la gestión del riesgo*. OIT - CINTEFOR, Montevideo, 2004.
- SALCEDO BELTRÁN, Carmen. *El deber de protección empresarial de la seguridad y salud en el trabajo*. Tirant lo Blanch, Madrid, 2000.
- VÁZQUEZ MATEO, Felipe. "Algunos condicionamientos jurídico-sociales de la cultura preventiva". En: *Relaciones Laborales*. Revista crítica de teoría y práctica. Nº 12, Año XXIV, Junio 2008. Ed. La Ley: Madrid, 2008.
- VOGEL, Laurent. "La evaluación de riesgos en los centros de trabajo y la participación de los trabajadores". En: *Cuadernos de Relaciones Laborales*. Nº 7. Ed. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995.

LA ARBITRARIEDAD DEL ARBITRAJE POTESTATIVO EN EL PERÚ

 **Mauricio MATOS ZEGARRA**

Abogado del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez Taiman & Olaya Abogados. Docente de Derecho Laboral en la Universidad Católica San Pablo y en la Universidad Católica de Santa María (Arequipa).

SUMARIO

I. Introducción. II. La negociación en el marco de las relaciones colectivas de trabajo. III. La Negociación Colectiva y su naturaleza jurídica. IV. El carácter voluntario de la negociación colectiva. V. La teoría del conflicto sindical en el Perú y los métodos de solución. 1. Evolución del tratamiento legislativo sobre conflictos sindicales. 2. La actual regulación sobre solución de conflictos sindicales. VI. El arbitraje como método de solución de conflictos sindicales. 1. La voluntad de las partes como esencia del arbitraje. 2. La justificación de la existencia de arbitrajes obligatorios. VII. El arbitraje potestativo y su carácter arbitrario. 1. La arbitrariedad de un arbitraje no consensuado. VIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje es una forma heterocompositiva de solución de conflictos creada y desarrollada sobre la base de la autonomía de la voluntad. La decisión de someter o no una controversia a arbitraje, así como la facultad de decidir qué materias del conflicto van a ser parte del tercero imparcial llamado árbitro dependen exclusivamente de las partes; y si bien, bajo determinadas circunstancias justificadas por el interés general es posible que el legislador imponga un arbitraje, el arbitraje voluntario es la regla general.

A partir de la STC recaída en el Expediente 3551-2009-PA/TC y una serie de dispositivos legales de naturaleza infralegal se ha regulado en nuestro país en los últimos tres años el llamado "arbitraje potestativo" que no es sino una forma de arbitraje unilateral impuesto por una de las partes en el marco del conflicto que pueda surgir durante la negociación colectiva.

Si bien la Organización Internacional del Trabajo (OIT) a través de sus diversos instrumentos ha hecho hincapié en la necesidad de garantizar la existencia de la negociación voluntaria y la existencia de mecanismos de solución de conflictos basados en la voluntad concertada de las partes, con el llamado "arbitraje potestativo" es una de las partes quien impondría a la otra, con su anuencia o su renuencia, poco importa, la obligación de someter la controversia arbitraje.

El presente trabajo constituye una crítica respecto a la legalidad del arbitraje potestativo, demostrando el carácter arbitrario —valga la redundancia— del mismo, que además termina afectando no solo la esencia de la institución arbitral, sino que contraviene directamente la naturaleza voluntaria de la negociación y solución de conflictos que debe informar toda relación colectiva de trabajo.

En este sentido, hemos estructurado el presente artículo en tres partes: En la primera analizamos la negociación colectiva en el marco de las relaciones colectivas de trabajo, incidiendo en su naturaleza y su carácter voluntario. En la segunda parte hacemos un breve recuento de la evolución de los mecanismos de solución de conflictos colectivos en nuestro país. Finalmente, en la tercera y última parte analizamos la naturaleza contractual del arbitraje y exponemos las razones por las cuales consideramos que el arbitraje potestativo es a nuestro entender un mecanismo arbitrario para la solución de los conflictos sindicales.

II. LA NEGOCIACIÓN EN EL MARCO DE LAS RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

La negociación en el marco de las relaciones colectivas de trabajo es, sin duda, el rasgo más característico del carácter concertado de las normas sociales, y es que no podría ser de otra manera, tomando en cuenta que la negociación satisfactoria entre los actores sociales conduce al nacimiento de una de las fuentes primordiales del Derecho del Trabajo: la convención colectiva de trabajo.

Recordemos que hasta mediados del siglo XIX, las relaciones de trabajo dependían básicamente de la regulación civil que el contrato de arrendamiento de servicios ofrecía; sin embargo, el Derecho Civil construido sobre dos pilares fundamentales, la libertad y la igualdad, pronto sería insuficiente para regular la especial relación entre trabajadores y empleadores que se revelaría en la práctica como una relación esencialmente asimétrica.

Así, en lo que al contexto histórico se refiere, la Revolución Francesa de 1789 había preconizado que la protección de la libertad individual era la piedra angular de protección legal y constitucional. Dupeyroux nos recuerda que los filósofos de la revolución y sus sucesores son partidarios del postulado según el cual los hombres nacen libres e iguales, para llegar a la conclusión que las relaciones jurídicas

establecidas voluntariamente entre estos individuos libres e iguales son necesariamente las más idóneas y conformes a sus intereses respectivos⁽¹⁾. Esta teoría conducía a eliminar toda posibilidad de regulación o limitación del libre juego de la autonomía de la voluntad.

En aquel momento, cualquier intento legislativo que se hubiese atrevido a limitar la autonomía de la voluntad era considerado una aberración. Así, el Decreto *D'Allarde* y la Ley *Le Chapelier* en Francia prohibían la existencia de toda especie de corporaciones de ciudadanos del mismo estado o profesión, preconizando que no hay más que el interés particular de cada individuo y el interés del Estado; sin embargo, Dupeyroux refiere que la revolución industrial suscita el desarrollo de una clase obrera donde sus miembros solo disponen de un bien, su fuerza de trabajo y cuyo único ingreso es el monto que reciben de quien alquila sus servicios. Es entonces que el trabajo humano reducido a una simple mercancía, se convierte en el rasgo característico de las relaciones laborales en dicho momento.

En este orden de ideas, dos serían las formas más importantes de corregir las iniquidades que el Derecho Civil permitía en la relación entre trabajadores y empleadores: La primera se manifiesta a través de la participación estatal a través de un conjunto de normas de carácter imperativo que limitando fuertemente la libertad contractual de las partes permiten corregir de alguna manera la asimetría contractual en la relación individual de un trabajador con su empleador. Analizando la finalidad específica del Derecho del Trabajo, Rodríguez Manzini⁽²⁾ nos recuerda, que el Derecho del Trabajo se originó en la especial necesidad de protección social de los trabajadores dependientes, y por esta razón, ha sido y sigue siendo un derecho protector de los trabajadores. El mismo autor agrega que, no debemos olvidar que el Derecho del Trabajo parte así de una de una desigualdad entre trabajador y empleador, que es necesario corregir o mitigar para evitar que se transforme en sometimiento del más débil a las condiciones del poderoso, y ponga en grave riesgo los más elementales derechos de la persona que trabaja e, incluso, su misma existencia física⁽³⁾.

La segunda forma de corregir esta natural asimetría es mucho más compleja que la primera pues no nace de una imposición legal y mucho menos estatal, sino de un hecho social: El nacimiento de la organización sindical y su vocación de defensa de los derechos sociales de los trabajadores.

Así, Monereo Pérez advierte que: "Hay que tener en cuenta que el sindicalismo como acción (movimiento social), y su resultado organizativo personificado e institucionalizado, el sindicato, es un hecho social diferenciado. Existen cuando se

(1) DUPEYROUX, Jean - Jacques. *Droit de la sécurité sociale*. 17ème edition. Dalloz. Paris, 2011, pp. 16 y ss. Traducción libre.

(2) RODRÍGUEZ MANZINI, Jorge. *Derecho del Trabajo*. T.1. Astrea, Buenos Aires, 2010, p. 26 y ss.

(3) *Ibidem*, p. 27.

producen las circunstancias que provocan su aparición; por eso el fenómeno sindical es anterior al ordenamiento jurídico⁽⁴⁾ quedando demostrada de esta manera la compleja naturaleza jurídica de estas organizaciones y la finalidad para la cual han sido constituidas. Para Vannes, las relaciones colectivas, encuentran la razón de su existencia en la celebración de convenios colectivos de trabajo nacidos de la negociación colectiva o del conflicto colectivo⁽⁵⁾.

III. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y SU NATURALEZA JURÍDICA

Gernigon, Otero y Guido⁽⁶⁾ señalan que la colaboración entre las organizaciones de empleadores y de trabajadores, y entre ambos tipos de organizaciones y las autoridades públicas, se centra fundamentalmente en primer lugar a través de los instrumentos de consulta; y en segundo lugar a través de la negociación colectiva. Los referidos autores señalan que la negociación colectiva se concibe en los instrumentos de la OIT como la actividad o proceso encaminado a la conclusión de un contrato o acuerdo colectivo.

Para la OIT, la negociación colectiva juega un rol fundamental en la construcción del Derecho del Trabajo. Recordemos en primer término que la OIT es la única institución internacional que reúne el carácter de tripartita, pues en ella participan de manera paritaria representantes del Estado miembro, de sus organizaciones sindicales más representativas, así como de las organizaciones de empleadores que también reúnan dicho carácter. Así, la Declaración de los fines y objetivos de la OIT adoptada en Filadelfia el 10 de mayo de 1944, estableció en su artículo I, literal d) que la lucha contra la necesidad debe proseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional continuo y concertado, en el cual los representantes de los trabajadores y de los empleadores, colaborando en un pie de igualdad con los representantes de los gobiernos, participen en discusiones libres y en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común, siendo este el espíritu que en gran medida informa el desarrollo y evolución del Derecho del Trabajo.

En este sentido y tal como referimos, la negociación colectiva es la herramienta primordial para una construcción concertada del Derecho del Trabajo. Así, el artículo 4 del Convenio 98 de la OIT sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva ha establecido que: "(...) deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las

organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo. (...)".

Por su parte, el artículo 2 del Convenio 154 de la OIT señala que la expresión *negociación colectiva* comprende todas las tratativas que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de trabajadores, con el fin de: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo; b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores; c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez.

Para Rodríguez Mancini⁽⁷⁾, "la habilitación jurídica de la negociación de grupos de trabajadores en conjunto, en el lugar de cada uno individualmente, agrega a cada trabajador la capacidad negocial de la que carece por separado, con lo cual se recupera para esta rama del Derecho la posibilidad de usar el mecanismo de la legislación autónoma y se vuelve al funcionamiento del derecho común o, por lo menos, como si fuera el del derecho común". Consideramos que la posición del autor resulta ser parcialmente cierta, por cuanto, asumir que la sola existencia de la organización sindical permite equilibrar las relaciones entre empleadores y trabajadores, significaría aceptar que en el terreno de la negociación colectiva, todos los aspectos contractuales de la relación laboral serían negociables siempre y cuando se respeten las normas imperativas reguladas por el ordenamiento civil; sin embargo, para el caso específico del Derecho del Trabajo no basta que la negociación colectiva respete el carácter imperativo de las normas de derecho común, sino que todo contrato colectivo o convenio colectivo deberá respetar a su vez el carácter imperativo de las normas de Derecho Laboral, quedando la autonomía de la voluntad eliminada en cuanto a la posibilidad de acordar derechos o imponer obligaciones por debajo de los estándares mínimos que las normas imperativas establecen.

Sin embargo, la negociación colectiva sí permite fortalecer la posición de los trabajadores y eventualmente de los empleadores en la búsqueda de acuerdos que estando por encima de la norma imperativa, puedan ser mucho más ventajosos que los acuerdos a los que solo el trabajador podría alcanzar en una negociación individual con el empleador.

En condiciones ideales, toda negociación colectiva llevada a cabo de forma espontánea y voluntaria debería llevar a las partes negociantes a la suscripción de un convenio colectivo de trabajo; sin embargo y como sucede algunas veces, en toda negociación pueden llegar a presentarse puntos de discordia entre las partes que impidan que se pueda concluir satisfactoriamente un acuerdo colectivo. Caivano refiere sobre este punto, que por obvio que parezca conveniente recordar que la

(4) MONEREO PÉREZ, José Luis. *Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada*. Comares, Granada, 2011, p. 6.

(5) VANNES, Viviane. *Questions approfondies de droit collectif du travail*. Vol. 1. P.U.B. Bruxelles, 2008, p. 2. Traducción libre.

(6) GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio. *La Negociación Colectiva: Normas de la OIT y principios de los órganos de control*. Ginebra, 2000, p. 9.

(7) RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge y otros. *Derecho del Trabajo*, T.3. Astrea, Buenos Aires, p. 97.

heterogeneidad es natural entre las personas. Estas diferencias motivan discrepancias y pueden, si no son manejadas correctamente, derivar en conflictos⁽⁸⁾.

IV. EL CARÁCTER VOLUNTARIO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

A partir de la redacción del artículo 4 del Convenio 98 de la OIT se advierte que la negociación colectiva debe ser siempre libre y voluntaria; sin embargo Gernigon, Otero y Guido⁽⁹⁾ recuerdan que la Comisión de Expertos de la OIT ha constatado que los problemas que surgen más frecuentemente en relación con el carácter voluntario de la negociación colectiva son: la fijación unilateral (por la legislación o las autoridades) del nivel de las negociaciones; la exclusión de determinadas materias del ámbito de negociación; la obligación de someter los acuerdos colectivos a la aprobación previa de las autoridades administrativas o presupuestarias, entre otras.

En efecto, Bueno Magano refiere que el proceso de negociación consta de tres momentos culminantes: la determinación de las unidades negociadoras, la delimitación del objeto de la negociación y la obligación de negociar de buena fe⁽¹⁰⁾.

Sobre esta materia, los casos más emblemáticos que ha conocido nuestro país en los últimos años son los que resolvió el Tribunal Constitucional a través de la STC recaída en el Expediente 0261-2003-AA/TC (Caso CAPECO) y la STC recaída en el Expediente 03561-2009-PA/TC (Caso Sindicato Único de Trabajadores marítimos y portuarios del puerto del Callao (SUTRAMPORPC) contra la Asociación Peruana de Operadores Portuarios (ASPPOR), la Asociación Peruana de Agentes Marítimos (APAM) y la Asociación Marítima del Perú (ASMARPE), en la que el Tribunal Constitucional declaró inaplicable por inconstitucional la segunda oración del primer párrafo del artículo 45 del Decreto Supremo 010-2003-TR - Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo⁽¹¹⁾, que establece que a falta de acuerdo entre las partes, la negociación debe llevarse a nivel de empresa al considerar que dicho texto contraviene el texto del artículo 28 de la Constitución Política del Estado, en cuanto establece que el Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga (...) fomentando la negociación colectiva y promoviendo formas de solución pacífica de los conflictos laborales.

De acuerdo al fundamento 28 de la referida sentencia: "dicha frase resulta inconstitucional no solo porque contraviene la libertad para decidir el nivel de la negociación, sino también porque lesiona el derecho de negociación colectiva, pues (...)

(8) CAIVANO, Roque y otros. *Negociación y Mediación*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2ª Ed. 2006, pp. 105-106

(9) GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio. Ob. cit., pp. 29-30

(10) BUENO MAGANO, Octavio. "La representación sindical" En *Derecho Laboral*. T. XXVI, 129, Montevideo, 1983, pp. 123-124.

(11) El primer párrafo del artículo 45 del Decreto Supremo 010-2003-TR, señala que: "Si no existe previamente una convención colectiva en cualquier nivel de los señalados en el artículo anterior [empresa, rama de actividad o gremio], las partes decidirán, de común acuerdo, el nivel en que entablarán la primera convención. A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa".

ninguna ley puede fijar imperativamente el nivel de negociación" lo que consideramos acertado por parte del Tribunal Constitucional; sin embargo, en el fundamento 29 de la misma sentencia el Tribunal Constitucional establece también que ante la inconstitucionalidad generada, a falta de acuerdo para decidir el nivel de negociación, este se determinará mediante el arbitraje, sin que exista previa declaración de huelga. En el mismo sentido, la resolución aclaratoria de la STC, expedida casi un año después de la fecha de la sentencia, señala que el arbitraje a través del cual deberá decidirse el nivel de la negociación ante la falta de acuerdo entre trabajadores y empleadores, es aquel al que hace alusión el artículo 61 del Decreto Supremo 010-2003-TR⁽¹²⁾, el cual es de carácter potestativo, agregando el Tribunal Constitucional, que sometido el diferendo a arbitraje por cualquiera de las partes, la otra tiene el deber de someterse a este.

Respecto a este punto, si bien la Recomendación sobre la negociación colectiva 163 de 1981 señala en el numeral 1 del artículo 4 que: "En caso necesario, se deberían adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para que la negociación colectiva pueda desarrollarse en cualquier nivel, y en particular a nivel del establecimiento, de la empresa, de la rama de actividad, de la industria y a nivel regional o nacional", consideramos que el Tribunal Constitucional se habría extralimitado en sus funciones al señalar sin razón alguna que a falta de acuerdo sobre el nivel de negociación, este debería ser resuelto mediante arbitraje y además pese a que le llama arbitraje potestativo, en realidad estaríamos frente a un arbitraje de naturaleza unilateral y forzado, habida cuenta el carácter contractual de esta institución que a continuación desarrollaremos. Más adelante en el presente trabajo regresaremos sobre los alcances de esta sentencia, sobre todo en lo que al arbitraje potestativo se refiere.

V. LA TEORÍA DEL CONFLICTO SINDICAL EN EL PERÚ Y LOS MÉTODOS DE SOLUCIÓN

1. Evolución del tratamiento legislativo sobre conflictos sindicales

Resulta curioso, pero las primeras normas de naturaleza laboral que existieron en nuestro país, precedieron a la primera Constitución Política del Estado que reguló constitucionalmente la protección laboral: la Constitución de 1920. Así, por ejemplo, el Decreto Supremo de fecha 24 de enero de 1913 promulgado por el Presidente Billinghurst reglamentó las huelgas en el Perú justificando la decisión en la situación irregular que crean las huelgas en la economía social. Así el artículo 2 del referido decreto estableció textualmente que: "Cuando el patrón, por cualquier motivo se niegue a atender las peticiones de los delegados obreros, que serán formuladas

(12) El artículo 61 del D.S. 010-2003-TR establece que si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, podrán las partes someter el diferendo a arbitraje.

por escrito, podrá dentro de un plazo no mayor de 24 horas, designar uno o más árbitros, para que en unión de los que designen los obreros, resuelvan las controversias. Los obreros designarán, dentro de las 24 horas subsiguientes un número de árbitros igual al designado por los patrones”.

El trámite previsto en dicha norma era bastante expeditivo, por cuanto el artículo 4 de la misma señalaba que las autoridades de policía reconocerían oficialmente las huelgas y ampararían sus derechos si: a) el patrón dejase de designar sus árbitros en el plazo de 24 horas; b) si constituido el Tribunal Arbitral transcurrieren más de 4 días sin que se expida el laudo respectivo; o, c) si la cesación del trabajo se produjera no omitiendo el requisito de ser decidida con la concurrencia de no menos de las $\frac{3}{4}$ partes del número de obreros en servicio activo.

Por su parte, la Constitución Política del Estado de 1920 estableció en su artículo 48 que los conflictos entre el Capital y el Trabajo serán sometidos a arbitraje obligatorio y en el mismo sentido, el artículo 49 estableció que a través de la regulación infraconstitucional se establecería la forma cómo debían organizarse los tribunales de conciliación y arbitraje para solucionar las referidas controversias.

La regulación precedente quedó modificada por el Decreto Supremo de fecha 23 de marzo de 1936, el cual creó la existencia de una Junta de Conciliación formada por 2 representantes obreros y 2 patronales y presidida por el Jefe de la Sección de Trabajo, a fin de resolver las reclamaciones presentadas ante el empleador. El artículo 49 de la referida norma estableció además la posibilidad de someter la resolución del conflicto ante un Tribunal Arbitral en los siguientes supuestos: a) que haya fracasado la conciliación; b) cuando alguna de las partes ponga dificultades a sus trámites; c) o de común acuerdo.

El artículo 50 de la norma precisó además que el Tribunal Arbitral estaría compuesto por un árbitro nombrado por cada parte y eventualmente el Presidente de la Corte Suprema en Lima o el Presidente de las Cortes Superiores en provincias designaría al Presidente. Una vez instalado el Tribunal, el plazo máximo para expedir el laudo era de 8 días. Por su parte, la Ley 8930 del 3 de agosto de 1939 concede la autoridad de cosa juzgada y reconoce mérito ejecutivo a los laudos y las resoluciones de la Dirección General de Trabajo. Cabe resaltar también que mediante Decreto Supremo de fecha 10 de julio de 1948 se autorizó la posibilidad de revisión de los laudos en los casos de defectos formales a cargo del Tribunal Arbitral de Asuntos Colectivos con sede en Lima.

En seguida se publicaría el D.S. 006-71-TR que ha sido la norma que reguló las relaciones colectivas de trabajo en nuestro país hasta su derogación por el Decreto Ley 25593 - Ley de relaciones colectivas de trabajo, su TUO el D.S. 010-2003-TR y su respectivo reglamento. El artículo 13 del D.S. 006-71-TR modificado por

el decreto supremo 009-86-TR establecía que si las partes no llegasen a suscribir en trato directo o en junta de conciliación, una convención colectiva que ponga fin a la reclamación, esta sería resuelta por las Autoridades Administrativas de Trabajo.

Es decir, que en algunos años y hasta antes de la entrada en vigencia del Decreto Ley 25593 habíamos pasado de una forma de solución de conflictos heterocompositiva como el arbitraje, para luego abandonar el mismo, retomando las etapas de trato directo y conciliación, para finalmente dejar en dicho momento en manos de la Autoridad Administrativa de Trabajo la resolución del conflicto sindical, que inicialmente debía ser resuelto directamente por las partes.

2. La actual regulación sobre solución de conflictos sindicales

La actual regulación sobre relaciones colectivas en el Perú plasmada en el Decreto Supremo 010-2003-TR - TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su reglamento, prevé la posibilidad de resolver el conflicto colectivo de trabajo en tres etapas: 1) el trato directo; 2) la conciliación; y 3) el arbitraje.

En efecto, la norma exige que toda negociación colectiva –salvado el tema del nivel en el que debe entablarse la negociación– debe iniciar con el trato directo entre los representantes de los empleadores y los representantes de los trabajadores; si dicha etapa fracasa, de oficio o a pedido de parte la Autoridad Administrativa de Trabajo, puede intervenir promoviendo un acuerdo conciliatorio entre las partes y de fracasar esta etapa se puede acceder al arbitraje. Es precisamente sobre este último punto que vamos a centrar nuestro análisis.

VI. EL ARBITRAJE COMO MÉTODO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS SINDICALES

1. La voluntad de las partes como esencia del arbitraje

Como hemos podido constatar *supra*, el arbitraje en tanto método de solución de conflictos sindicales no es nuevo para nuestro país y tampoco es nuevo para la OIT. En efecto, para la OIT resulta primordial que los conflictos colectivos de trabajo se resuelvan atendiendo a mecanismos voluntarios que permitan asegurar que ambas partes participen libre y espontáneamente en la adopción de una solución que resulte siempre el producto de la concertación social. Así, el artículo 6 de la Recomendación 92 de la OIT señala que, si un conflicto ha sido sometido al arbitraje, con el consentimiento de todas las partes interesadas, para su solución final, debería estimularse a las partes para que se abstengan de recurrir a huelgas y a *lock outs* mientras dure el procedimiento de arbitraje y para que acepten el laudo arbitral.

En el mismo sentido, el Convenio 154 de la OIT prevé la posibilidad que la negociación colectiva tenga lugar en el marco de mecanismos o de instituciones de conciliación o de arbitraje, o de ambos a la vez, en los que participen voluntariamente

las partes en la negociación colectiva; este es el mismo sentido del Convenio 151 de la OIT cuyo artículo prevé que la solución de conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá tratar de lograr por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación o el arbitraje, que inspiren la confianza de los interesados.

Ahora bien, el arbitraje en tanto método heterocompositivo de solución de conflictos tiene un origen ineludiblemente contractual, pues son las partes quienes acuerdan libremente someter sus controversias a la decisión de un tercero imparcial denominado árbitro. La base sobre la cual se construye y se desarrolla el arbitraje es el convenio arbitral, recordemos que en la redacción original de nuestro Código Civil de 1984 los artículos 1906 a 1922 regulaban la materia denominada *cláusula compromisoria* dentro del libro de fuentes de las obligaciones.

Si bien, dichos artículos del Código Civil fueron derogados por el Decreto Ley 25935 del 10 de diciembre de 1992 –primera norma que reguló el arbitraje de manera independiente en el Perú– esta derogación solo sirvió para reforzar el origen contractual y por ende voluntario de la institución arbitral, lo que quedó confirmado tanto con la Ley 26572 y la norma que regula actualmente el arbitraje que es el Decreto Legislativo 1071.

El artículo 13 de esta norma establece precisamente que el convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza. El propio Tribunal Constitucional en la STC recaída en el Expediente 00061-2008-PA/TC (Caso Rímac Internacional) señaló en su fundamento 10 que al normar un arbitraje obligatorio se contraviene el principio de autonomía de la voluntad y el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la justicia y al juez natural; cabe resaltar que el Tribunal Constitucional no hacía más que repetir un precedente vinculante sobre la materia ya pronunciado en la STC recaída en el expediente 10063-2006-PA/TC (Caso Padilla Mango) agregando además en el fundamento 14 de la STC recaída en el caso Rímac Internacional que el arbitraje voluntario, por el contrario, tiene la presunción de ser constitucional debido a que su inicio tiene como fundamento el principio de autonomía de la voluntad, que constituye la esencia y fundamento del proceso arbitral.

Caivano, refiere además, que a pesar de ser un método de heterocomposición del litigio, es necesario que exista un mínimo principio autocompositivo, al ponerse de acuerdo las partes en someterse a arbitraje, comprometiéndose a acatar la decisión del árbitro⁽¹³⁾. El mismo autor, citando a Aramburú Menchaca, señala que entre las razones que llevan a las personas a buscar en el arbitraje la solución a

sus conflictos, indudablemente la expresión de confianza es la más importante, por cuanto significa un reconocimiento de la pericia, de la capacidad intelectual del árbitro, del sentido de equidad que pondrá en la resolución del pleito; pero ante todo un reconocimiento a su probidad⁽¹⁴⁾.

En el mismo sentido, Bullard advierte que “incluso para quienes asumen que el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional, el convenio arbitral es un contrato, es decir, un acuerdo de voluntades dirigido a crear una relación jurídica de naturaleza patrimonial, más allá de si el procedimiento arbitral tiene o no naturaleza jurisdiccional”. El mismo autor agrega que el “arbitraje es obligatorio porque se trata de un contrato, y por tanto vincula a las partes que celebraron el convenio, y solamente a ellas”⁽¹⁵⁾. Sobre el mismo punto, De Trazegnies ha señalado que: “Por su origen y por su naturaleza, el convenio arbitral es un contrato (...)”⁽¹⁶⁾.

2. La justificación de la existencia de arbitrajes obligatorios

Pese al origen evidentemente contractual del arbitraje, bajo determinadas circunstancias el legislador se ha visto en la necesidad de implementar mecanismos obligatorios de arbitraje. En efecto, Caivano refiere que el arbitraje es forzoso cuando ha sido impuesto por el legislador, quien dispone quitar determinados litigios del ámbito de competencia de los jueces estatales, atribuyéndosela a los árbitros con carácter excluyente⁽¹⁷⁾.

Pese a que la OIT insiste permanentemente en que cualquier método para solucionar un conflicto colectivo debe partir de la voluntad de las partes y de la libre manifestación de su voluntad, el artículo 68 del D.S. 010-2003-TR - TUO de la LRCT, prevé la posibilidad de que la autoridad administrativa promueva un arreglo directo u otra forma de solución pacífica del conflicto en los casos que una huelga se prolongue excesivamente en el tiempo, comprometiendo gravemente a una empresa o sector productivo, o derive en actos de violencia, o de cualquier manera, asuma características graves por su magnitud o consecuencias.

La redacción de este artículo no hace sino demostrar y reafirmar que la regla general para resolver un conflicto colectivo debe partir siempre de la voluntad de las partes y que en todo caso el arbitraje debe ser por regla general voluntario, y que solo bajo determinadas circunstancias graves y de excepción la Autoridad Administrativa de Trabajo pueda intervenir poniéndole fin al conflicto directamente u

(14) CAIVANO, Roque. Op. Cit. p. 81

(15) BULLARD GONZÁLES, Alfredo. “¿Y quiénes están invitados a la fiesta?” En: *Latin Arbitration Law review*, consultado el 8 de agosto de 2012. En: <<http://www.latinarbitrationlaw.com/y-quienes-están-invitados-a-la-fiesta/>>.

(16) TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de, “El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje”. En: *Revista Ius Et Veritas*. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 29, 2004. p. 16.

(17) CAIVANO, Roque. Ob. cit., p. 83.

(13) CAIVANO, Roque. *Arbitraje*. 2ª Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, p. 50.

obligando a las partes adoptar un método de solución del mismo, sea autocompositivo o heterocompositivo.

Sin embargo, con la STC recaída en el expediente 03561-2009-PA/TC (Caso SUTRAMPORPC) el Tribunal Constitucional elimina la voluntad de las partes en el marco de una negociación colectiva estableciendo que a falta de acuerdo entre las partes sobre el nivel de negociación este conflicto debería resolverse en el arbitraje, señalando además –casi un año más tarde– que el arbitraje a través del cual deberá decidirse el nivel de la negociación ante la falta de acuerdo entre trabajadores y empleadores, es el “arbitraje potestativo” que se caracteriza no por la imposición del mismo por parte del legislador, sino por la imposición unilateral del mismo por alguna de las partes. En buena cuenta, estaríamos frente a un arbitraje forzoso no como lo entiende la doctrina en el sentido que es impuesto por la ley, sino frente a un arbitraje que es impuesto de manera unilateral por alguna de las partes.

VII. EL ARBITRAJE POTESTATIVO Y SU CARÁCTER ARBITRARIO

En la regulación nacional sobre relaciones colectivas de trabajo, podemos encontrar hasta tres tipos de arbitraje: **a) El arbitraje voluntario**; que supone que al término de la negociación directa o de la conciliación, los trabajadores y sus representantes podrán proponer al empleador el sometimiento del diferendo a arbitraje, requiriéndose la aceptación escrita de este. El carácter voluntario de este tipo de arbitraje se confirma cuando el artículo 49 del Reglamento de la LRCT señala que la decisión de someter la controversia a arbitraje constará en un acta denominada “compromiso arbitral” que no es otra cosa que la suscripción del convenio arbitral; **b) El arbitraje obligatorio**; cuya existencia se deriva del ya citado artículo 68 del TUO de la LRCT, que aunque no lo señala expresamente, faculta a la Autoridad Administrativa de Trabajo a obligar a las partes a adoptar una solución para poner fin al conflicto y que pasa eventualmente por someter la controversia a arbitraje; y, finalmente, **c) El arbitraje potestativo**: creado a partir de la STC recaída en el Expediente 03561-2009-PA/TC (Caso SUTRAMPORPC) y la inclusión del artículo 61-A en el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo⁽¹⁸⁾ que se caracteriza por su carácter unilateral y forzado.

1. La arbitrariedad de un arbitraje no consensuado

La redacción del artículo 61-A del Reglamento de la LRCT señala que las partes tienen la facultad de imponer el arbitraje potestativo en dos supuestos: a) Cuando las partes no se pongan de acuerdo en la primera negociación, en el nivel o en su contenido, lo que se deriva del fundamento 29 de la STC recaída en el expediente 03561-2009-PA/TC (Caso SUTRAMPORPC); y b) cuando durante la negociación del pliego se adviertan actos de mala fe que tengan por objeto dilatar, entorpecer o

evitar el logro de un acuerdo⁽¹⁹⁾. La parte final del segundo párrafo señala además que este arbitraje no requiere la suscripción de un compromiso arbitral.

La propia R.M. 076-2012-TR mediante la cual se aprueba la Directiva General “Lineamientos para la intervención administrativa en conflictos laborales colectivos: los llamados ‘extraprocesos’, la preferencia por el arbitraje potestativo y la intervención resolutoria como facultad excepcional” define a este arbitraje como uno “unilateral o voluntario vinculante” mediante el que, en “función de una prerrogativa normativa, inspirada en la jurisprudencia nacional”, “las partes se encuentran facultadas para someter la solución del conflicto a la decisión de un tercero, ajeno a ellas; quedando obligada la otra parte a dicho sometimiento y decisión”.

En primer lugar y luego de todo lo desarrollado, nos preguntamos si existe la posibilidad de la existencia de un “arbitraje unilateral” y que además no requiere suscripción de un convenio arbitral. Consideramos que la respuesta es negativa, por cuanto o el arbitraje nace de la libre voluntad de las partes a través de la suscripción de un convenio arbitral, o el arbitraje viene impuesto por el legislador en una situación extraordinaria y excepcional solo justificada por razones de interés general; pero que exista un arbitraje impuesto por una parte a la otra, sin mayor requisito que la invocación de una de las partes de un acto de mala fe; o en su defecto la imposibilidad de ponerse de acuerdo en el nivel o contenido de la negociación puede ser una fuente de mayores conflictos que de soluciones.

Si bien se podría pensar que la existencia del arbitraje potestativo pueda coadyuvar a las partes a tratar de agotar por todas las vías la negociación al nivel de trato directo, en la práctica la existencia de dicho arbitraje cae como una espada de Damocles sobre la cabeza del empleador o de la organización sindical que pueden verse condicionados a negociar o a capitular ante el arbitraje potestativo.

La citada Directiva ha señalado que el arbitraje potestativo es un mecanismo compositivo preferible a la intervención administrativa resolutoria en los conflictos colectivos, toda vez que ella supone una forma de solución de controversias autónoma; sin embargo, la práctica permite demostrar que el arbitraje “potestativo” no es más que una decisión unilateral impuesta por una de las partes a la otra sin que exista consenso o acuerdo de voluntad alguno destinado a someter la controversia a arbitraje.

El espíritu de los instrumentos de la OIT ha sido siempre el de fomentar no solo la negociación voluntaria, sino de procurar que no se recurran a medidas de coacción que puedan alterar el carácter voluntario de la negociación; lamentablemente y en nuestra opinión, la existencia del arbitraje mal llamado “potestativo”, pues es en buena cuenta un arbitraje “forzado” e impuesto por una de las partes a la otra, no hace más que condicionar la negociación no permitiendo llegar a acuerdos

(18) Artículo incorporado por el artículo 1 del D.S. 014-2011-TR.

(19) Los supuestos de mala fe se encuentran establecidos en la R.M. 284-2011-TR.

óptimos y mucho menos permitiendo que sea la voluntad de ambas partes y no la de una de ellas la que genere la decisión de someterse a la jurisdicción arbitral.

En nuestra opinión, el “arbitraje potestativo” contraviene todos los instrumentos de la OIT que tratando de asegurar la negociación libre y voluntaria proscriben la existencia de mecanismos de coacción. En esta forma de arbitraje creado por el Tribunal Constitucional y desarrollado a través de normas infralegales, la coacción ya no viene impuesta por el Estado, pero es generada por este, que permite que ante cualquier circunstancia alegada de mala fe, o a la mínima discrepancia respecto al nivel en que debe entablarse la negociación, cualquiera de las partes pueda directamente obligar a la otra a someterse a una jurisdicción que esta previamente no ha aceptado.

El arbitraje potestativo, no se justifica –como sí podría justificarse el arbitraje obligatorio– en razones de interés general; sino por el contrario se justifica en el interés particular de una de las partes de la negociación social, que antes de negociar directamente prefiera someter a la otra directamente al arbitraje con resultados que no siempre van a resultar satisfactorios para ambas partes.

VIII. CONCLUSIONES

1. El arbitraje potestativo, a diferencia del arbitraje voluntario e incluso el obligatorio no responde a la finalidad del procedimiento arbitral, permitiendo que una de las partes lo imponga a la otra sin mediar consentimiento entre ambas.
2. El arbitraje potestativo va en contra de la regulación que la OIT prescribe para la solución de conflictos colectivos y que exige el respeto a la voluntad de las partes.
3. El Tribunal Constitucional a través de la STC recaída en el Expediente 3561-2009-PA/TC y su resolución aclaratoria se habría excedido en sus funciones al prescribir el arbitraje impuesto como la forma de resolver un conflicto colectivo.
4. El arbitraje potestativo no permite generar acuerdos eficientes entre los actores sociales, al romper con el principio de negociación libre y voluntaria, reemplazándolo por un mecanismo de imposición y coacción entre las partes.



BIBLIOGRAFÍA

1. BUENO MAGANO, Octavio. “La representación sindical” En: *Derecho Laboral*. Tomo XXVI, 129, Montevideo, 1983.
2. BULLARD GONZÁLES, Alfredo. “¿Y quiénes están invitados a la fiesta?” En: *Latin Arbitration Law review*, consultado el 8 de agosto de 2012. Disponible En: <<http://www.latinarbitrationlaw.com/y-quienes-estan-invitados-a-la-fiesta/>>
3. CAIVANO, Roque. *Arbitraje*. 2ª Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008.
4. CAIVANO, Roque y otros. *Negociación y Mediación*. AdHoc, Buenos Aires, 2ª. Ed. 2006.
5. DUPEYROUX, Jean - Jacques. *Droit de la sécurité sociale*. 17ème edition. Dalloz. Paris, 2011.
6. GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio. *La Negociación Colectiva: Normas de la OIT y principios de los órganos de control*, Ginebra, 2000.
7. MONEREO PÉREZ, José Luis. *Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada*. Comares, Granada, 2011.
8. RODRÍGUEZ MANZINI, Jorge. *Derecho del Trabajo*. Tomo 1 y 3, Astrea. Buenos Aires. 2010.
9. TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de, “El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje”, En: *Revista Ius Et Veritas*. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 29, 2004.
10. VANNES, Viviane. *Questions approfondies de droit collectif du travail*. Vol. 1. P.U.B. Bruxelles, 2008.