



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Carrera de Derecho y Ciencias Políticas

“EL ARBITRAJE POTESTATIVO EN LAS NEGOCIACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO, EN LA DIRECCIÓN REGIONAL DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO LA LIBERTAD”

Tesis para optar el título profesional de:

Abogado

Autor:

Gerardo Manuel Valenzuela Gálvez

Asesor:

Dra. María del Carmen Altuna Urquiaga

Trujillo - Perú

2020

DEDICATORIA

A Dios, a mis padres Ciro y Francisca, y a mi hermana Gloria.

AGRADECIMIENTO

Agradezco el apoyo brindado por el Estudio Mario Castillo Freyre y la confianza de Eduardo, Anthony, Mariano, Nathaly, Elizabeth y María del Carmen.

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	2
AGRADECIMIENTO.....	3
ÍNDICE DE TABLAS.....	8
ÍNDICE DE FIGURAS	9
RESUMEN.....	10
ABSTRACT	11
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN.....	12
1.1. Realidad problemática.....	12
1.2. Formulación del problema	19
1.3. Objetivos	20
1.3.1. Objetivo general	20
1.3.2. Objetivos específicos	20
1.4. Hipótesis.....	21
CAPÍTULO II. METODOLOGÍA	22
CAPÍTULO III. MARCO TEÓRICO	25
1.1. Antecedentes	25
Dentro de los antecedentes teóricos se encuentran.....	25
1.2. Bases Teóricas.....	41
1. El Proceso Arbitral Peruano	41
1.1 Evolución Histórica del Arbitraje	41
1.1.1 El Arbitraje en el Derecho Romano	41
1.1.2 El Arbitraje en la Edad Media.....	43
1.1.3 La Revolución Francesa y el Arbitraje.....	44
1.2 Definición.....	44
1.3 Clases de Arbitraje	45
1.3.1 Arbitraje Nacional y Arbitraje Internacional	46
1.3.2 Arbitraje de Derecho y Arbitraje de Conciencia	48
1.3.3 Arbitraje Ad Hoc y Arbitraje Institucional	49
1.3.4 Arbitraje Voluntario y Arbitraje Forzoso.....	49
1.3.5 Arbitraje Potestativo	50
1.4 Convenio Arbitral.....	50
1.4.1 Definición.....	50

1.4.3	El Consentimiento como requisito de validez y existencia del Convenio Arbitral	55
1.4.4	Capacidad para Celebrarlo	56
1.4.5	La forma del Convenio Arbitral	57
1.4.6	Contenido del Convenio Arbitral	58
1.5	Proceso Arbitral.....	60
1.5.1	Las Normas del Proceso.....	60
1.5.2	Competencia de los Árbitros.....	61
1.5.2.1	La Oposición a la Competencia de los Árbitros.....	61
1.5.2.2	El Funcionamiento del Tribunal.....	63
1.6	El Laudo Arbitral	64
1.6.1	Definición.....	64
1.6.2	Clasificación.....	64
1.6.3	Efectos del Laudo.....	65
1.6.4	Formalidades	66
1.6.5	Motivación del Laudo	67
1.6.6	Rectificación, interpretación, integración y exclusión del Laudo	68
1.6.6.1	Rectificación	69
1.6.6.2	Interpretación	69
1.6.6.3	Integración.....	69
1.6.6.4	Exclusión.....	71
1.7	Anulación del Laudo	71
1.8	Ejecución del Laudo.....	74
2.	El Arbitraje Potestativo	77
2.1.	Definición.....	77
2.2.	Causales del Arbitraje Potestativo.....	81
2.3.	Registro de Árbitros	101
2.4.	Los requisitos para pertenecer en el Registro Nacional de Árbitros de Negociación Colectivas	102
2.5.	Naturaleza Jurídica	104
2.6.	Designación de Árbitros.....	104
2.6.1.	Reglas de Designación de Árbitros	104
2.6.2.	Procedimiento de Designación	105
3.	Negociación Colectiva de Trabajo.....	110
3.1.	Definición de Negociación.....	110
3.2.	Sustento Normativo.....	111
3.3.	Niveles de Negociación Colectiva	112
3.3.1.	De Empresa	112
3.3.2.	Por Rama de Actividad	112
3.3.3.	De Gremio.....	112
3.4.	Procedimiento.....	112
3.5.	Etapas	113
3.6.	Efectos de la Convención Colectiva.....	115
3.7.	Derecho Colectivo de Trabajo.....	116
3.7.1.	Definición.....	116
3.7.2.	Diferencia con el Derecho Individual del Trabajo.....	116
3.7.3.	Fuentes del Derecho Colectivo del Trabajo	117

3.7.3.1.	Fuentes Generales	118
3.7.3.2.	Fuentes Especiales	120
3.7.4.	Principios del Derecho Colectivo del Trabajo	122
3.7.4.1.	Principios Generales o Fundamentales del Derecho del Trabajo	124
3.7.4.2.	Principios Específicos del Derecho Colectivo de Trabajo	138
3.8.	El derecho a la Sindicación	145
3.8.1.	Definición.....	145
3.8.2.	Naturaleza Jurídica.....	146
3.8.3.	La Libertad Sindical	146
3.8.3.1.	Definición.....	146
3.8.3.3.	Libertad Sindical Individual.....	147
3.8.3.4.	Libertad Sindical Colectiva.....	151
3.8.4.	Clases de Sindicato	152
3.8.4.1.	Sindicato de Empresa.....	152
3.8.4.2.	Sindicato de Actividad	152
3.8.4.3.	Sindicato de Gremio.....	153
3.8.4.4.	De Oficios Varios.....	153
3.8.5.	Organización de Sindicatos.....	153
3.8.5.1.	Finalidad y Funciones	153
3.8.5.2.	Prohibiciones.....	157
3.8.5.3.	Requisitos y formalidades para formar el Sindicato y ser parte	157
3.8.5.4.	Derechos y Obligaciones Sindicales	159
3.8.6.	Registro y Personería de las Organizaciones Sindicales	163
CAPÍTULO IV. RESULTADOS		164
4.1.	Respecto del Primer Objetivo Específico: Determinar la Naturaleza jurídica del Arbitraje dentro del marco normativo del Derecho Colectivo de Trabajo.	164
4.2.	Respecto del Segundo Objetivo Específico: Analizar las implicancias fácticas, jurídicas y, posteriormente, normativas de la interpretación del Tribunal Constitucional respecto a la Sentencia N° 03561-2009-PA/TC, mediante la cual se crea el Arbitraje Potestativo, frente al Derecho de Negociación Colectiva	170
4.3.	Respecto del Tercer Objetivo Específico: Determinar el porcentaje de utilización del Arbitraje Potestativo frente a otros Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en las Negociaciones Colectivas de Trabajo antes y después de la entrada en vigencia del D.S.014-2011-TR.....	194
CAPÍTULO V. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES		210
5.1.	Discusión.....	210
5.1.1.	Respecto de la naturaleza jurídica del Arbitraje dentro del marco normativo del Derecho Colectivo de Trabajo.....	210
5.1.2.	Respecto del análisis de las implicancias fácticas, jurídicas y, posteriormente, normativas de la interpretación del Tribunal Constitucional respecto a la Sentencia N° 03561-2009-PA/TC, mediante la cual se crea el Arbitraje Potestativo, frente al derecho de negociación colectiva	223
5.2.	Conclusiones	239
5.2.1.	Respecto de la naturaleza jurídica del Arbitraje dentro del marco normativo	

	del Derecho Colectivo de Trabajo, se concluye	239
5.2.2.	Respecto del análisis de las implicancias fácticas, jurídicas y, posteriormente, normativas de la interpretación del Tribunal Constitucional respecto a la Sentencia N° 03561-2009-PA/TC, mediante la cual se crea el Arbitraje Potestativo, frente al derecho de negociación colectiva, se concluye	240
5.2.3.	Respecto a la Determinación del porcentaje de utilización del Arbitraje Potestativo frente a otros Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en las Negociaciones Colectivas de Trabajo antes y después de la entrada en vigencia del D.S.014-2011-TR, se concluye	241
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS		242
ANEXOS		244
ANEXO N° 1		245
ANEXO N° 2		247
ANEXO N° 3		249
ANEXO N° 4		251
ANEXO N° 5		253

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2006	194
Tabla 2 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2007	195
Tabla 3 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2008	196
Tabla 4 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2009	196
Tabla 5 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2010	197
Tabla 6 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2011	198
Tabla 7 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2012	198
Tabla 8 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2013	199
Tabla 9 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2014	200
Tabla 10 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2015	200
Tabla 11 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2016	201
Tabla 12 - Resumen en Porcentaje: Evolución de Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad (por porcentajes)	202
Tabla 13 - Resumen en Cantidad: Evolución de Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad (por cantidades).....	202
Tabla 14 - Número Total de Conflictos Colectivos de Trabajo por año	203

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2006.....	195
Figura 2 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2007	195
Figura 3 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2008.....	196
Figura 4 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2009.....	197
Figura 5 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2010.....	197
Figura 6 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2011	198
Figura 7 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2012.....	199
Figura 8 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2013.....	199
Figura 9 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2014.....	200
Figura 10 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2015.....	201
Figura 11 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2016.....	201
Figura 12 - Resumen en Porcentaje: Evolución de Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad (por porcentajes)	202
Figura 13 - Resumen en Cantidad: Evolución de Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad (por cantidades).....	203
Figura 14 - Número total de Conflictos Colectivos de Trabajo por año.....	204
Figura 15 - Porcentaje de Aumento o Disminución de Conflictos Colectivos de Trabajo	204

RESUMEN

Esta investigación analiza las implicancias jurídicas, doctrinarias y fácticas de la implementación del Arbitraje Potestativo en las Negociaciones Colectivas de Trabajo, en la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo La Libertad.

Asimismo, busca cumplir los siguientes objetivos: i) Determinar la naturaleza jurídica del Arbitraje, dentro del marco normativo del Derecho Colectivo de Trabajo. ii) Analizar las implicancias fácticas, jurídicas y, posteriormente, normativas de la interpretación del Tribunal Constitucional respecto a la Sentencia N° 03561-2009-PA/TC, mediante la cual se crea el Arbitraje Potestativo, frente al Derecho de Negociación Colectiva, y finalmente, iii) Determinar el porcentaje de utilización del Arbitraje Potestativo frente a otros Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en las Negociaciones Colectivas de Trabajo antes y después de la entrada en vigencia del D.S.014-2011-TR.

En tal sentido, se busca determinar, fácticamente, si la implementación del Decreto Supremo N°014-2011-TR ha promocionado la utilización del Arbitraje en los procesos de Negociación Colectiva de Trabajo, o caso contrario simplemente la desnaturalizó, para ello, se revisará la finalización de las Negociaciones Colectivas de Trabajo llevadas desde el año 2006 al 2016 en la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo La Libertad.

Finalmente, de los resultados encontrados, se concluye que existe una afectación al derecho de negociar, y una desnaturalización del Arbitraje.

ABSTRACT

The research analyzes the legal, doctrinal and factual implications of the implementation of the Potential Arbitration in collective labor negotiations, in the Regional Directorate of Labor and Employment Promotion La Libertad.

Likewise, this investigation seeks to fulfill the following objectives: i) Determine the legal nature of the Arbitration, within the normative framework of the collective labor law. ii) Analyze the factual, legal and regulatory implications of the interpretation of the Constitutional Court regarding Judgment No. 03561-2009-PA/TC, through which the Optional Arbitration is created, against the Right to Collective Bargaining and finally, iii) Determine the percentage of use of Optional Arbitration against other Alternative Mechanisms for Conflict Resolution in Collective Labor Negotiations before and after the entry into force of Decree 014-2011-TR.

In this sense, it is sought to determine, in fact, whether the implementation of Supreme Decree No. 014-2011-TR has promoted the use of Arbitration in the Collective Bargaining of Work processes, or otherwise it simply denatured it; For this, the completion of collective bargaining negotiations carried out from 2006 to 2016 in the Regional Directorate of Labor and Employment Promotion La Libertad will be reviewed.

Finally, from the results founded, it's concluded that there is an affectation to the right to negotiate, and a denaturation of the Arbitration.

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

1.1. Realidad problemática

La solución de conflictos laborales, en especial los Conflictos Colectivos de Trabajo, han sido y serán siempre una carga muy grande para el Poder Judicial y en general para el Estado, el cual, de acuerdo a lo establecido en el artículo 28 inciso 2 de la Constitución Política del Perú, busca promover “*medios pacíficos*” para solucionarlos.

Dentro de ese grupo de “*medios pacíficos*”, se encuentran los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (en adelante MARCs), los cuales se clasifican en Autocompositivos y Heterocompositivos. (CAIVANO, 2006). En cuanto a los primeros, estos se basan en el arreglo directo del conflicto por las propias partes, a diferencia de los segundos, por los cuales el conflicto es resuelto por un tercero, pudiendo ser estos procedimientos obligatorios y voluntarios, dependiendo que la intervención del tercero se produzca por disposición de la ley o por acuerdo de las partes.

En ese contexto, dentro de los MARCs autocompositivos (LOHMAN LUCA DE TENA, 2005) que son reconocidos en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, se encuentran la Conciliación y la Mediación. Por otro lado, dentro de los heterocompositivos se encuentra el Arbitraje.

En cuanto al Arbitraje como institución jurídica, aparece en la legislación peruana en el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1852, haciendo referencia a los “Jueces Árbítrros”. (LOHMAN LUCA DE TENA, 2005)

Posteriormente, recibe el mismo tratamiento con el Código de Procedimientos Civiles de 1912, siendo finalmente legislado por el Código de 1984 en los artículos 1906 al 1922, haciendo referencia a la “Cláusula Compromisoria” y el “Compromiso Arbitral”. Para el año 1992, estos artículos serían derogados por la Ley General de Arbitraje N° 25935, la cual posteriormente es derogada por el Ley N° 26572 – Ley General de Arbitraje, que finalmente fue modificada por el Decreto Legislativo 1071, que es, actualmente, la Nueva Ley de Arbitraje vigente (en adelante la Ley de Arbitraje).

En el marco del concepto general del Arbitraje, según los distintos conceptos que esbozan los diferentes doctrinarios, todo parte de la *voluntad de las partes* de someter el conflicto a la decisión de un tercero, llamado “Árbitro” o “Tribunal Arbitral” si es compuesto por un órgano colegiado, que a diferencia de un juez, resuelve el conflicto en base a un conocimiento especializado y que al ser elegido genera más confianza en las partes, ya sea que la decisión plasmada en un Laudo, favorezca a una parte más que a la otra.

Por otro lado, el Arbitraje tiene un reconocimiento constitucional importante, es así que, en actual Constitución Política, en el artículo 139 inciso 1, párrafo 2, se precisa

que “*no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral*”, (CHIRINOS SOTO, 2007) es decir, le otorga el carácter de “*jurisdicción*”.

La introducción del Arbitraje como institución jurídica y medio para solucionar los Conflictos Colectivos de Trabajo, data desde ya bastante tiempo atrás en la legislación nacional, sin embargo, no se ha llegado a consolidar como un sistema totalmente accesible, en el cual un trabajador con un sueldo mínimo, afiliado a un sindicato, pueda acceder de una manera fácil (económicamente hablando), rápida y segura a este mecanismo. Las razones pueden ser múltiples, pero dentro de las principales están el desconocimiento de las ventajas de este MARC y el costo alto que implica utilizarlo.

El “Arbitraje Laboral”, tiene sustento normativo a partir del artículo 28 de la Constitución Política, en el cual, por un lado, reconoce a la Negociación Colectiva como un derecho al igual que la libertad sindical y *promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.* (ALONSO)

Esto implica que el Estado si bien reconoce la libertad sindical como derecho fundamental, siendo reconocido además internacionalmente por la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), debe promover la paz social mediante la Negociación Colectiva, utilizando medios o formas de solución pacífica; trayendo como consecuencia una negación implícita a “promover el derecho a Huelga”, siempre que el conflicto pueda ser solucionado de manera pacífica, mediante la Conciliación, la Mediación o el Arbitraje.

Asimismo, el Arbitraje es reconocido por la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante la LRCT), en los artículos 61 y 63, como un MARC frente a la Huelga, debido que como bien lo señala el artículo 61 de la norma en mención que prescribe: *“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”*, pudiendo, *alternativamente* optar por declarar *la huelga* conforme a las reglas del artículo 73, según lo prescrito en el artículo 62 de la LRCT. (HINOSTROZA MINQUEZ, 2002)

A su vez, el artículo 63 precisa que *“Durante el desarrollo de la huelga los trabajadores podrán, asimismo, proponer el sometimiento del diferendo a arbitraje, en cuyo caso se requerirá de la aceptación del empleador.”*

De la lectura de los artículos precedentes, se advierte que dentro de la legislación laboral se reconoce al arbitraje como uno voluntario, es decir, que, para el sometimiento del conflicto colectivo de trabajo ante un árbitro o tribunal arbitral, es requisito fundamental la voluntad de ambas partes.

En ese sentido, la presente investigación se sustenta en la controversia que ha generado la interpretación sistemática, realizada por el Tribunal Constitucional en una Sentencia, referente al Expediente N° 03561-2009-AA/TC, a los artículos 61 y 63 de la LRCT, introduciendo la figura del “Arbitraje Potestativo”. Al respecto, el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre una demanda de amparo, realizada por el Sindicato

Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao (SUTRAMPORC) contra la Asociación Peruana de Operadores Portuarios (ASPPOR), la Asociación Peruana de Agentes Marítimos (APAM) y la Asociación Marítima del Perú (AMARPE), ante la negativa de dichas organizaciones de empleadores a negociar en el nivel de rama de actividad, sosteniendo que la negociación colectiva debía realizarse en el ámbito de cada empresa, precisando además que el empleador evitaba negociar en todo momento, buscando dilatar el proceso de Negociación Colectiva.

Es así que, el Tribunal Constitucional declara “FUNDADA” la demanda por considerar que, las negativas de las empresas a negociar por rama de actividad vulneran el derecho de Negociación Colectiva, reconocido constitucionalmente, precisando que el tipo de arbitraje señalado en el artículo 61 no debe entenderse como uno “voluntario” sino como un “potestativo”. En tal sentido, al interpretar sistemáticamente el artículo 61 y 63 de la LRCT, se puede entender que el arbitraje es potestativo pues al no interpretarse de dicha manera, el sindicato de trabajadores nunca podría llevar a Arbitraje al empleador, pues siempre requeriría de su aceptación, con lo cual se estaría afectando su derecho a la negociación colectiva, debido que el empleador utilizaría medios para retrasar el proceso y no lograr llegar a un acuerdo, quedando como única salida la Huelga, que a entender del Tribunal no es el medio más idóneo para resolver los conflictos. En ese sentido, de acuerdo a su deber de promover formas de solución pacífica de los conflictos laborales, es que interpreta que el arbitraje prescrito en el artículo 61 es meramente “potestativo” y así debería ser interpretado.

Dicha Sentencia acarreó cambios dentro de la forma de resolver las Negociaciones Colectivas, generando grandes dudas sobre la constitucionalidad de la modificación introducida, además de la interpretación totalmente apartada de la literalidad de los artículos mencionados con la finalidad de proteger los derechos del trabajador, dejando de lado las sugerencias de los diferentes organismos – Comité de Libertad Sindical (CLS) y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), encargados de interpretar los convenios de la OIT y a través de los cuales se restringen cualquier forma o método que imponga su sometimiento de manera forzosa a alguna forma de solución del conflicto.

A razón de lo antes expuesto, aparece en la legislación laboral el D.S.014-2011-TR, expedida por el Poder Ejecutivo, que modifica el artículo 61 de la LRCT, introduciendo el artículo 61-A en el texto del Reglamento, donde se señala los supuestos en los que se puede utilizar el arbitraje potestativo como un medio para solucionar el Conflicto Colectivo de Trabajo, siendo estos los siguientes:

- a) Cuando las partes no se pongan de acuerdo en la primera negociación, en su nivel o contenido.
- b) Cuando durante la negociación colectiva se adviertan actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo.

La presente norma no cuestiona la existencia del arbitraje voluntario, 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. Sin embargo, la

determinación de los actos de mala fe, no se encontraban claros, pues la norma no los estipulaba, dejando al Árbitro determinar a su consideración cuáles eran los actos que se podían considerar de mala fe, a fin de proceder al Arbitraje Potestativo.

Esto posteriormente fue subsanado mediante la Resolución Ministerial 284-2011-TR, de fecha 25 de setiembre del 2011, en la cual se estipulan los actos considerados de Mala Fe en las Negociaciones Colectivas de Trabajo. Ante ello, algunos doctrinarios nacionales, como Jorge Toyama, alegan que respecto de la posibilidad que introduce el artículo 61-A, de iniciar un arbitraje potestativo si existe mala fe; que no es correcto que los árbitros establezcan si un acto es de mala fe o no, pues esto debe ser resuelto por el Ministerio de Trabajo, resolviéndolo previamente. Además, se debe considerar que, quien tiene la información de la empresa y elabora el Dictamen Económico es el Ministerio de Trabajo.

Otra de las controversias que ha generado este Decreto Supremo, es que genera confusión y contradicción con las normas que busca modificar, debido que no ha respetado el “Principio de Jerarquía Normativa, que rige en todo el sistema jurídico peruano, para la dación, modificación, derogación, etc. de las normas jurídicas. En tal sentido, que el arbitraje potestativo debió darse mediante una norma con rango de Ley, y no mediante un Decreto Supremo, pues modifico la LRCT.

En consecuencia, la presente investigación busca determinar en primer término, el carácter o la naturaleza del arbitraje, y su relación el derecho a la negociación colectiva. En ese sentido, es menester del investigador determinar qué alcance tiene el

derecho de Negociación, y precisar si el criterio adoptado por el Tribunal Constitucional y el legislador fue correcto al introducir una figura legal, que si bien busca proteger al trabajador, atenta contra la libertad de decidir del empleador respecto de cómo desea resolver la controversia, obligándolo por determinadas causales de mala fe a ir a un proceso arbitral que no solo es costoso sino que además no buscará un consenso entre las partes, debido que tomará alguna de las propuestas presentadas y aceptará la más conveniente, cuestión que no resulta conveniente para ninguna de las partes.

Finalmente, la investigación buscará determinar fácticamente la trascendencia de la promoción del Arbitraje mediante la utilización del Arbitraje Potestativo como mecanismo de solución de conflictos colectivos de trabajo dentro de la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo La Libertad entre los años 2006 al 2016 debido que durante los años precedentes a la dación de la norma, es decir, entre el año 2009 al 2012, se presentaban uno o dos arbitrajes, comúnmente de la empresa SEDALIB, que buscó solucionar sus conflictos colectivos con el sindicato SITESEDALIB.

1.2. Formulación del problema

¿De qué manera la implementación del Decreto Supremo N°014-2011-TR ha promocionado la utilización del Arbitraje en las Negociaciones Colectivas de Trabajo conducidas por la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo La Libertad en el periodo 2006 al 2016?

1.3. Objetivos

a) **Objetivo general**

Determinar de qué manera la implementación del Decreto Supremo N° 014-2011-TR ha promovido la utilización del Arbitraje en las Negociaciones Colectivas de Trabajo conducidas por la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo La Libertad en el periodo 2006 al 2016.

b) **Objetivos específicos**

- Determinar la Naturaleza jurídica del Arbitraje dentro del marco normativo del Derecho Colectivo de Trabajo.
- Analizar las implicancias fácticas, jurídicas y, posteriormente, normativas de la interpretación del Tribunal Constitucional respecto a la Sentencia N° 03561-2009-PA/TC, mediante la cual se crea el Arbitraje Potestativo, frente al Derecho de Negociación Colectiva.
- Determinar el porcentaje de utilización del Arbitraje Potestativo frente a otros Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en las Negociaciones Colectivas de Trabajo antes y después de la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 014-2011-TR.

1.4. Hipótesis

La implementación del Decreto Supremo N° 014-2011-TR no ha promocionado la utilización del Arbitraje en la Negociación Colectiva de Trabajo conducida por la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo La Libertad en el periodo 2006 al 2016.

CAPÍTULO II. METODOLOGÍA

2.1. Tipo de investigación

La presente investigación es no experimental y longitudinal. Es no experimental dado que se analizan, pero no se manipulan las variables ni asignan sujetos de manera aleatoria. Es longitudinal pues se analiza las variables y su evolución a través de un periodo de 10 años.

2.2. Población y muestra (Materiales, instrumentos y métodos)

La Población es las Negociaciones Colectivas llevadas por la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de la Libertad, referentes a la solución de Conflictos Colectivos de trabajo, que iniciaron entre el año 2006 y 2016. La Muestra son aquellos Expedientes laborales de la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo de la Libertad, referentes a la solución de Conflictos Colectivos de trabajo, que iniciaron entre el año 2006 y 2016.

2.3. Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos

2.3.1. Para recolectar datos

a) Documentales:

La presente investigación se basa en el análisis del Decreto Supremo N° 014-2011-TR y su influencia en la promoción del Arbitraje en la solución de conflictos colectivos de trabajo, debiendo analizar la naturaleza jurídica del arbitraje potestativo y demás conceptos relacionados a éste, debiendo para ello obtener información de los siguientes documentos escritos:

- Expedientes judiciales
- Libros
- Revistas
- Ensayos
- Artículos.

b) La Entrevista:

La finalidad de la entrevista, como técnica de investigación, fue recabar información de especialistas que hayan tenido experiencia en el cambio normativo que generó el Decreto Supremo N° 014-2011-TR, al introducir al arbitraje potestativo en la solución de Conflictos Colectivos de trabajo.

c) Análisis de Casos:

Se busca recolectar información de las Negociaciones Colectivas de Trabajo realizadas entre los años 2006 a 2016, buscando determinar cómo fueron concluidas, determinando si el Arbitraje Potestativo ha generado un cambio positivo en las Negociaciones Colectivas de Trabajo en la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo La Libertad.

2.3.2. Para analizar información

a) Para la técnica documental se utilizaron los siguientes instrumentos:

- Fichas Bibliográficas
- Fichas Textuales
- Fichas resumen

b) Para la realización de la Entrevista se utilizaron los siguientes instrumentos:

- Cuestionario

c) Para la realización del análisis de casos se utilizaron los siguientes instrumentos:

- Registro de Negociaciones Colectivas de Trabajo en la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo La Libertad.

CAPÍTULO III. MARCO TEÓRICO

1.1. Antecedentes

Dentro de los antecedentes teóricos se encuentran:

El artículo publicado por el Dr. Daniel Hinostroza de la Cruz, titulado: “Arbitraje Potestativo Laboral: Convirtiendo la Excepción en Regla (y lo Administrativo en Jurisdiccional)”.

En el presente artículo se analizan los diferentes pronunciamientos del Tribunal Constitucional respecto del Arbitraje en la solución de Conflictos Colectivos de Trabajo. Es así que se concluye:

- a) Desde el punto de vista del autor, la magnitud de las modificaciones normativas realizadas por el Decreto Supremo N° 014-2011-TR y la Resolución Ministerial N° 284-2011-TR, ameritaba que estas modificaciones se plasmen en instrumentos normativos de mayor nivel jerárquico, pues en la medida que ello no ha ocurrido, se han generado conflictos normativos con otras normas de rango constitucional y legal.
- b) Se reconoce el esfuerzo del Ministerio de Trabajo por encarar e intentar solucionar algunos problemas jurídicos en la aplicación de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su Reglamento, pero esto debe ir acompañado de un adecuado análisis de compatibilidad de las soluciones propuestas con los Principios y Normas del Ordenamiento Jurídico, en especial con el Principio de Jerarquía normativa.

- c) La normatividad del Arbitraje Potestativo debe ser perfeccionada.

El artículo publicado por los doctores Guillermo Boza y Ernesto Aguinaga, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, titulado: “El deber de negociar y el Arbitraje Potestativo como parte del contenido del derecho constitucional de Negociación Colectiva”. El cual concluye lo siguiente:

“El fundamento normativo del Arbitraje Potestativo como medio alternativo de solución de Conflictos Colectivos de Trabajo lo encontramos en el artículo 28.2. de la Constitución. En ese sentido, las interpretaciones que entienden que tanto la LRCT como su reglamento recogen el arbitraje unilateral o potestativo tienen pleno fundamento constitucional, o para decirlo, en otros términos, ni el reglamento es ilegal, ni este ni la LRCT resultan inconstitucionales por establecer un arbitraje de dicha naturaleza.”

Por otro lado, se encuentra el artículo publicado en la página web:

Dentro de los antecedentes de Campo encontramos:

1. Tesis: El Arbitraje Potestativo en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo: Análisis Crítico y propuestas de mejora.

- **Investigadora:** Rosa Valeria Osorio Véliz
- **Grado:** Abogada
- **Universidad:** Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima).

- **Conclusiones a la que arribó la investigación:**

- a) El Estado tiene el deber de promocionar las formas de soluciones pacíficas de conflictos laborales, conforme lo establece el artículo 28° de la Constitución; en ese sentido, la conciliación, la mediación, el extra proceso, el arbitraje, entre otros, constituyen herramientas que se encuentran acordes a dicho deber.

- b) El arbitraje, como forma de solución pacífica de conflictos colectivos, constituye un mecanismo que presenta diversos beneficios, como es la potenciación de la autonomía colectiva, contribución a la paz social y la reducción de costos para el Estado y las partes (a comparación de lo que implica un proceso judicial). Sin perjuicio de ello, también presenta una serie de falencias, específicamente en el caso del arbitraje potestativo, como es la afectación a la libertad de una de las partes, costo oneroso que lo haría ser accesible solo a algunas organizaciones sindicales y el problema de la imparcialidad de los árbitros.

- c) El arbitraje potestativo es acorde a las normas que rigen nuestro ordenamiento vigente. En ese sentido, este mecanismo se encuentra avalado por el amplio desarrollo que tiene el derecho de negociación colectiva en el artículo 28° de la Constitución, así como por el deber de promoción del Estado de formas de solución pacífica de

conflictos. Asimismo, guarda correspondencia con lo establecido sobre la materia por los Convenios de la OIT, así como con lo señalado por sus órganos de control.

- d) Sobre los órganos de control de la OIT, es importante señalar que - aun cuando sus pronunciamientos no resultan ser vinculantes para el Estado, debido a que no existe ninguna disposición normativa que lo prevea en dicho sentido y que el Tribunal Constitucional ha declarado la naturaleza de esos pronunciamientos como soft law- tanto la CEACR como el CLS admiten que puedan establecerse arbitrajes obligatorios para casos en los que se verifique el bloqueo de las negociaciones. En ese sentido, con mayor razón, un arbitraje potestativo podría ser admitido en ese contexto, lo cual ratifica la validez de este tipo de arbitraje.
- e) La sentencia emitida por el caso portuarios volvió a abrir el debate respecto a la naturaleza del arbitraje previsto en el artículo 61 de la LRCT, dado que el Tribunal Constitucional señaló en la aclaración de la sentencia de dicho proceso que ante la falta de acuerdo sobre el nivel de negociación las partes tendrían que acudir al arbitraje potestativo. Es decir, por la voluntad de una sola de las partes, ambas tendrían que llevar el diferendo a arbitraje.

- f) El arbitraje laboral contemplado en el artículo 61° de la LRCT fue originalmente potestativo e incausado, por lo cual su procedencia no debería depender de las causales señaladas en el Decreto Supremo No. 014-2011-TR, esto es, la falta de acuerdo en la primera negociación o la comisión de un acto de mala fe. Sin embargo, consideramos que, a efectos de que este mecanismo pueda garantizar una real intención de las partes de negociar, es necesario que se establezca un requisito temporal, en el que se verifique que tanto la parte trabajadora como patronal han agotado sus esfuerzos en que exista un acuerdo, sin haberlo conseguido con éxito.
- g) Como plazo referencial, se propone que se establezca el requisito de tres meses, actualmente contemplado por la norma para el caso de primera negociación, como plazo anterior para la procedencia del arbitraje potestativo.
- h) Si bien el arbitraje potestativo incausado fue reconociéndose en la práctica primero mediante los laudos emitidos por los Tribunales Arbitrales, su carácter incausado ha sido respaldado por pronunciamientos del Tribunal Constitucional con posterioridad a la sentencia del caso portuarios (sentencias recaídas en los expedientes No. 2566-2012-PA y 3243-2012-AA), así como por la Corte Suprema (sentencia de la Acción Popular No. 5132- 2014).

- i) Para la procedencia del arbitraje potestativo es necesario que, de acuerdo a lo establecido por el artículo 63° de la LRCT, la parte trabajadora no haya optado por ejercer su derecho de huelga. Ello con prescindencia del tiempo que haya mediado entre la materialización de la huelga y la comunicación de tener la intención de ir al arbitraje; la huelga, en ningún supuesto, podría haberse ejercido; de lo contrario, el arbitraje potestativo sería improcedente.

- j) Las normas aplicables para el procedimiento de arbitraje incausado son las contempladas por el artículo 61°-A, en la medida que dicho artículo regula preceptos que se encuentran acordes a la naturaleza potestativa de este mecanismo de solución de conflictos. Igualmente, es de aplicación lo contenido en el Decreto Legislativo No. 1071 de manera supletoria.

- k) La representación en el arbitraje potestativo se llevará a cabo conforme a las reglas de representatividad contempladas por la LRCT y el RLRCT para la negociación colectiva. En ese sentido, si bien todas las organizaciones sindicales pueden tener capacidad negocial, la legitimidad solo la tendrán aquellas que sean más representativas según la lectura conjunta del artículo 47° de la LRCT y el artículo 9° del RLRCT.

- l) Existen casos en los que más de una organización sindical puede participar en un mismo arbitraje: (i) cuando existan sindicatos mayoritarios que se pongan de acuerdo en representar a todos los trabajadores en la negociación colectiva y (ii) cuando exista un sindicato mayoritario y existan otros sindicatos minoritarios que quieran participar en la negociación colectiva. Cuando no existan organizaciones mayoritarias, y entre las minoritarias no se ponen de acuerdo para representar a la parte trabajadora, cada organización tendría que negociar de forma independiente.
- m) El artículo 9° del RLRCT regula los efectos que tendría el laudo arbitral y su ámbito de aplicación, al operar las mismas normas en materia de negociación colectiva. Cuando el sindicato mayoritario, en medio del procedimiento de arbitraje, perdiera su calidad de mayoritario, los efectos del laudo arbitral deberían ser los mismos que aplicaban al inicio de la negociación (cuando la parte trabajadora era mayoritaria), de manera que se evite que esta pérdida pueda ser causada por la parte empleadora en otros casos.
- n) Consideramos que el arbitraje potestativo solo puede ser iniciado por la parte trabajadora, en atención a que lo contrario significaría que la parte empleadora podría frustrar el ejercicio del derecho de huelga ante la decisión de acudir al arbitraje. Así, la parte empleadora

podría acudir al arbitraje únicamente cuando la organización sindical no comunique su decisión de materializar su derecho de huelga.

- o) Sin embargo, con la finalidad de que existan abusos de derecho en el ejercicio del derecho de huelga, es necesario que se prevea que la parte trabajadora tendrá un plazo para comunicar por escrito a su empleador la decisión de materializar una huelga. Como propuesta, sugerimos que el plazo sea el contemplado para la designación del árbitro de cinco días hábiles desde la comunicación del empleador de querer ir al arbitraje, plazo que resulta razonable para que la organización sindical evalúe si ejerce o no su derecho de huelga.

- p) El sorteo público como mecanismo para elegir a un árbitro en defecto de una de las partes, al presidente del Tribunal Arbitral por desacuerdo de los otros dos árbitros, entre otros supuestos, no es adecuado. Teniendo en cuenta que de los árbitros es de quienes principalmente depende la solución del conflicto y, en un ámbito más macro, también se ve reflejada la confianza de las partes sobre la institución, los requisitos actuales para acceder al Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas resultan ser muy poco exigentes, de forma que no siempre la persona más experimentada será quien sea elegida para conformar al Tribunal Arbitral.

- q) Al respecto, es necesario que se establezcan exigencias mayores para formar parte del Registro bajo comentario, como sería la elevación de los años de experiencia y especificar que esta verse en la materia específica (solución de conflictos colectivos de trabajo).
- r) El arbitraje potestativo debe desarrollarse con todos los miembros del Tribunal Arbitral, en la medida de lo posible. Es por ello que el RLRCT prevé que ante ausencia o renuncia de uno de los miembros del Tribunal Arbitral, se debe proceder a su sustitución de forma casi automática (tres días hábiles para la sustitución o elección de AAT, según corresponda); en base a lo mencionado, consideramos que no podría operar lo contemplado por el artículo 30° del Decreto Legislativo No. 1071, referente a la posibilidad de que las partes acuerden la continuación del arbitraje sin el miembro del Tribunal Arbitral respectivo.
- s) En virtud del principio de *competence-competence*, el Tribunal Arbitral podría declarar la procedencia de un arbitraje por una causal no alegada por la parte trabajadora o del arbitraje incausado –aun cuando no hubiera referencia en el escrito de procedencia-, puesto que dicho principio supone que los árbitros decidirán sobre su competencia teniendo como base lo establecido en la normativa vigente.

- t) La Etapa probatoria tiene duración de 30 días naturales, plazo que – a diferencia del ámbito comercial – es de observancia obligatoria y que no admite pacto en contrario, al operar como un techo a la autonomía privada. Ahora bien, el plazo bajo comentario resulta en muchos casos insuficiente, en la medida que la realización de las actuaciones que comúnmente se llevan a cabo en un arbitraje demandan más tiempo; inclusive, existen casos en los que, por el ínfimo plazo, se concluye el arbitraje sin haber realizado acciones necesarias para la resolución del conflicto, como es la verificación del Dictamen Económico Laboral.

Por dichos motivos, es necesario que el plazo de la etapa probatoria se ampliado, a efectos de que pueda adecuarse a las necesidades reales del arbitraje; se sugiere en esta materia que el plazo alcance una extensión de sesenta días naturales, con la posibilidad de que las partes acuerden un plazo menor.

- u) El arbitraje potestativo es de oferta final, por lo cual el Tribunal Arbitral deberá de elegir una u otra propuesta final dada por las partes, sin que exista la posibilidad de que ambas propuestas puedan ser combinadas entre sí, o modificadas (agregación de otros beneficios a los contemplados, cambio de fórmula respecto al cálculo de un beneficio, entre otros).

- v) La atenuación debería operar de forma excepcional; únicamente en casos en donde se verifique la existencia de propuestas extremas y se utilicen criterios objetivos para su aplicación. Como se señaló, en el arbitraje de oferta final se prevé como regla general que no se combinen las propuestas finales presentadas por las partes, de forma que estas sean más realistas y se ajusten a las verdaderas condiciones de las partes; no obstante, dado que, por un tema de equidad y por lo que demuestra la experiencia, es posible que los árbitros atenúen la propuesta elegida, las partes tenderían a elevar sus requerimientos reales en sus propuestas finales.
- w) Así, el ejercicio de la facultad de atenuación debería ser estrictamente motivado, expresándose en el laudo las razones por las que se consideran extremas las propuestas, y estableciendo soluciones sobre la base de criterios objetivos, tales como la legalidad de la propuesta, la razonabilidad de la atenuación, o las situaciones que obedecen a la realidad de las partes del arbitraje, entre otros.
- x) No nos encontramos de acuerdo sobre la posibilidad de que el Tribunal Arbitral pueda presentar una solución distinta a la planteada por una de las partes, cuando la otra no haya hecho la presentación de su propuesta final. Sobre esto, existen dos factores

por los cuales dicha excepción no es idónea: (i) la arbitrariedad en la que pueda incurrir el Tribunal Arbitral al proponer una solución diferente, al no contar con suficientes elementos para saber qué condiciones o beneficios agregar o disminuir, y (ii) la generación de una especie de premio para la parte que, negligentemente, no cumplió con presentar su propuesta final.

Diferente sería el caso en el que ninguna de las partes presentara una propuesta final o que ambas propuestas finales tuvieran contenido ilegal. En estos casos, consideramos que sí podría ser admisible que el Tribunal Arbitral crease una propuesta, en base a las pruebas y manifestaciones de las partes.

- y) Las solicitudes contenidas en el artículo 58° del Decreto Legislativo No. 1071 –integración y exclusión; se entiende que interpretación constituye lo que es la aclaración de la LRCT-, deberían también ser contempladas para el caso del arbitraje potestativo. Así, sería necesario que se precise que el plazo para plantear dichas solicitudes es el mismo que el previsto para la aclaración en el artículo 58° del RLRCT (un día hábil para solicitarlos y tres días hábiles para contar con la respuesta del Tribunal Arbitral).

- z) El recurso de anulación se basa en la forma del laudo arbitral y no en el fondo, lo que supone que no pueda cuestionarse los montos o la forma de cálculo de los beneficios que se tomaron de la propuesta

final elegida. Actualmente, la línea jurisprudencial no es uniforme en considerar qué supuestos entrarían en cada una de las causales reguladas por el artículo 66° de la LRCT; se evidencia que muchos casos pueden converger en diversas causales a la vez.

2. Tesis: El Arbitraje Laboral y su aplicación normativa con la Jurisdicción

Arbitral Peruana

- Investigadora: Jessica Campos Osorio
- **Grado:** Maestría Derecho Empresarial

- **Problema de Investigación:**

¿En qué medida la experiencia del Arbitraje laboral de la Región la Libertad en los años 1993 al 1998, podrá influir en la aplicación normativa de la jurisdicción arbitral nacional?

- **Universidad:** Universidad Privada Antenor Orrego (Trujillo).

- **Conclusiones a las que arribó la investigación:**

- a) Se concluyó que, de 166 expedientes solucionados sobre pliegos de Reclamos y convenios colectivos, en la Región La Libertad, durante el año 1993 al 1998, fueron resueltos 21 expedientes por Arbitraje Laboral.
- b) Se concluyó que la falta de jurisdicción en la Ley sobre Relaciones Colectivas DL.25593, ha contribuido para que el Arbitraje Laboral en los 6 años de su aplicación (para ese entonces) en la Región La Libertad, no tenga un mayor impulso y desarrollo necesario, para ser considerado como un decidido mecanismo de solución de conflictos, sin necesidad de recurrir al poder judicial.

- c) Se concluyó que el arbitraje es oneroso para las partes que intervienen en la solución de conflictos, ha contribuido también para que no tenga una mayor aceptación y desarrollo en la Región La Libertad.

3. Tesis: El Arbitraje Potestativo y la manera como promueve la solución pacífica de los conflictos laborales en las Negociaciones Colectivas del sector privado, La Libertad 2014.

- **Investigadora:** Mayra Mirella Gil Salinas
- **Grado:** Abogada
- **Universidad:** Universidad Privada Antenor Orrego (Trujillo)
- **Problema de Investigación:**

¿De qué manera el Arbitraje Potestativo, promueve la solución pacífica de los conflictos laborales en las Negociaciones Colectivas del sector privado, La Libertad 2014?

- **Conclusiones a las que arribó la investigación:**

- a) Se ha apreciado en la investigación que ambos expedientes sobre arbitraje potestativo solicitados en la Libertad por la parte sindical, no han tenido resultados favorables. Sin embargo, esto no es beneficioso para ninguna de las partes, ya que lo que debe lograrse es llegar a un acuerdo, pero este acuerdo debe ser logrado con voluntariedad de ambas partes y ambas dispuestas a negociar, no obligando a una a hacerlo. Es por eso que se debe analizar muy bien cada supuesto establecido por el arbitraje potestativo, con el fin de

no ser declarados improcedentes y buscar una solución efectiva y pacífica sin tener que recurrir al arbitraje potestativo.

- b) Este tipo de arbitraje, acarrea ciertas vulneraciones, la que afecta y limita a las partes a negociar libremente, limitándose el derecho a la negociación colectiva. Irónicamente, como está hoy por hoy legislado este mecanismo arbitral, no cumple su finalidad, que es la de facilitar la negociación, sino, por el contrario, podría terminar por dilatarla y finalmente hacerla inviable.
- c) Lo establecido en la Constitución Política del Perú, en los convenios colectivos de la OIT, y lo establecido en el Reglamento de Relaciones Colectivas de Trabajo, deben ser acatados en su totalidad, es decir lo que tienen en común, es que ambas partes, tanto la sindical como la parte empleadora logren resolver sus conflictos laborales establecidos en el pliego de reclamos; pero la única manera de resolverlos es que ambas estén de acuerdo en resolverlos, que prime la voluntariedad de las partes, y se promueva la solución pacífica.
- d) Si desde el inicio del procedimiento de la negociación colectiva, es decir, si en las etapas de negociación directa y conciliación no se llegó a un acuerdo entre ambas partes, y siendo estas voluntarias,

pues, tampoco se llegará a un acuerdo mediante el arbitraje potestativo, si éste obliga a una de las partes.

- e) Si bien es cierto que, si la parte sindical ve que la parte empleadora no tiene los ánimos de llegar a un acuerdo en las etapas de la negociación colectiva, pues se debe buscar una solución alternativa, para que estas arriben a un acuerdo, pero sin obligar a la otra parte. Ya que como se ha visto de los resultados expuestos, los dos únicos arbitrajes solicitados en la Región La Liberta, fueron declarados improcedentes, por lo tanto, no favoreció a la parte que lo solicito y obligo a la otra parte.
- f) Siempre habrán conflictos laborales entre la parte sindical y empleadora, lo que se debe procurar es que estos conflictos disminuyan y que se logren resolver en su totalidad, sin llegar al arbitraje, ya si bien es cierto, este es un mecanismo alternativo, pues, no es el más efectivo, se debe procurar negociar en las etapas previas como son la negociación directa y la conciliación, y si no se llega a un acuerdo en estas etapas, recurrir al arbitraje pero voluntario, donde prime la voluntariedad de ambas partes.
- NOTA DEL INVESTIGADOR:
- La presente investigación no está describiendo lo que realmente sucede en la realidad con relación al Arbitraje Potestativo solo se está señalando la necesidad de establecer un mecanismo efectivo relativo a la solución

de los conflictos colectivos de trabajo, situación que no permite verificar
que se haya contrastado una hipótesis de investigación.

1.2. Bases Teóricas

1. El Proceso Arbitral Peruano

1.1 Evolución Histórica del Arbitraje

El Arbitraje como medio de solución de controversias o conflictos tiene una data muy antigua, es así que, algunos doctrinarios señalan que fue la forma original de impartir justicia. (PALACIOS PAREJA, 2005)

En algunos relatos griegos, se aprecia que, para resolver los conflictos, se elegía a un tercero sabio y amigo de las partes. Por otro lado, existen relatos bíblicos, tal como lo señala el doctor Mario Castillo Freyre, en donde se narra sobre la solución de una controversia por la intervención de un tercero entre las partes, siendo el caso de Jacob y Labán. (CASTILLO FREYRE, 2007)

Sin embargo, el arbitraje se convirtió en un sistema en la existencia del derecho romano, que le dio forma de sistema organizado de solución pacífica a las controversias surgidas entre familiares o entre familias.

1.1.1 El Arbitraje en el Derecho Romano

El Arbitraje, como en todo sistema, surge a raíz de una necesidad. La necesidad de solucionar problemas o conflictos que se suscitaban entre

particulares. Es por ello, que estos particulares toman la decisión de elegir a un tercero imparcial investido de *auctoritas*, con el fin de solucionar la controversia, siendo la decisión obedecida por los litigantes. (VARGAS GARCÍA; LANDA ARROYO, 2009)

El profesor Freixas Pujadas, citado por el doctor Mario Castillo Freyre, señala que el paterfamilias era quien actuaba como tercero imparcial, debido que era el jefe del grupo familiar. Después, se le atribuiría este poder al árbitro. (CASTILLO FREYRE, 2007)

La manera en cómo las partes en litigio acudían al árbitro, era de forma voluntaria mediante un proceso llamado ordalía, (URRUTIA, 1920) la cual estaba compuesta de ritos y reglas con un carácter eminentemente religioso. Posteriormente, las partes pudieron elegir libremente al “tercero imparcial” el cual decidiría sobre la solución del conflicto.

En los inicios del Imperio Romano, cuando la comunidad era pequeña, con la aparición de la Ley de las XII Tablas, se buscaba la eliminación de la venganza privada por la solución pacífica de los conflictos entre privados, es así que el arbitraje como sistema se ve reforzado, no perdiendo su carácter voluntario ni privado.

Cuando la comunidad crece, aparece el “Procedimiento Ordinario”, el cual se convierte en el sistema oficial de solución de conflictos, que toma las

características del antiguo procedimiento arbitral. Sin embargo, el procedimiento arbitral entre privados no pierde su vigencia.

1.1.2 El Arbitraje en la Edad Media

Esta etapa de la historia, se ve enmarcada por una promoción del Arbitraje por parte del papado, debido que la misión que admitía la autoridad pontificia trascendía más allá de la difusión de la fe, la moral y los valores cristianos, sino que además comprendía el ejercicio de su autoridad tutelar sobre los poderes temporales, la misma que le permitía resolver conflictos, tanto internos como internacionales. (MONTROYA ALBERTI, 1988)

Por otro lado, cuando se suscitaban conflictos entre los burgueses, artesanos y comerciantes, se marcaba una tendencia por resolver dichos conflictos dentro de sus propios gremios o corporaciones, en razón que, la justicia que era administrada por el monarca, era muy lenta y generaba entrapamientos, lo que generó que los nuevos comerciantes optaran por dejar de lado la justicia del monarca y diesen prioridad al mecanismo del arbitraje. Así también, en el caso de los señores feudales, solucionaban sus controversias mediante el arbitraje, teniendo al rey como árbitro.

Otra de las grandes características de esta etapa es que se empieza a ver al arbitraje desde una perspectiva judicial, en desmedro de su aspecto contractual, comenzando a usarse una terminología judicial, otorgando a las sentencias arbitrales fuerza ejecutiva y valor de cosa juzgada. Es así

que al finalizar la edad media, aparece procedimiento de *homologación* del fallo arbitral ante el juez, a fin de otorgarle esa *fuerza ejecutiva* antes señalada. (CHARRY URIBE, 1988)

1.1.3 La Revolución Francesa y el Arbitraje

Antes de la Revolución de 1789, el arbitraje se encontraba presente en Francia, a través del Edicto de Francisco II (agosto 1560), en donde se establecía la obligación de recurrir al arbitraje forzoso en los supuestos de conflictos entre mercaderes, demandas de partición entre parientes próximos y las cuentas de tutela y administración. (CASTILLO FREYRE, 2007)

1.2 Definición

El doctor Ulices Montoya en su libro “El Arbitraje Comercial” cita a la “American Arbitration Association”, que define al arbitraje como: “*La remisión de una disputa a una o más personas imparciales para una determinación final y obligatoria*”. (MONTROYA ALBERTI, 1988)

Otro de los autores citados es Jean Robert, quien en su libro “Arbitrage civil et comercial en droit interne et international privé”, define al arbitraje como: “*Instituir una jurisdicción privada por el cual los litigios son excluidos de la jurisdicción pública, a efectos de ser resueltos por personas investidas, para un caso determinado, con los poderes para juzgar tal litigio*”. (BRUXELLES, 1990)

En el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 (El Convenio Europeo de 1961), entiende por arbitraje, el arreglo de controversias entre partes no sólo mediante árbitros nombrados para cada caso determinado (arbitraje ad hoc), sino también por instituciones arbitrales permanentes.

De estas definiciones se rescata los siguientes elementos del Arbitraje, los cuales son:

- a) Un conflicto de intereses
- b) Un acuerdo de voluntades o un mandato legal, en virtud del cual se origina la constitución del Tribunal de Arbitraje. Siendo el *Convenio* el elemento esencial, pues mediante éste las partes deciden someter a decisión de terceros el estudio y solución de la controversia con exclusión de la actividad jurisdiccional del Estado. Se debe precisar, además, que a veces el arbitraje funciona con carácter obligatorio sin el acuerdo de voluntades entre las partes, la que es sustituida por el mandato de la ley. Este arbitraje es conocido como forzoso, y se distingue del otro porque no media la voluntad de las partes.

1.3 Clases de Arbitraje

En la clasificación de las modalidades de Arbitraje se encuentra que la Ley precedente a la actual Ley General de Arbitraje, en su momento, precisaba únicamente la diferencia entre arbitraje nacional con Arbitraje internacional, sin embargo, doctrinariamente, se clasificaba al Arbitraje como de derecho, de

conciencia, Arbitraje Ad Hoc, Arbitraje institucional o administrativo, arbitraje voluntario, forzoso o legal.

En la Ley de Arbitraje clasifica al Arbitraje en Nacional e Internacional, y Ad Hoc e Institucional, sin embargo, doctrinariamente, se mantiene presente la clasificación anterior, agregándose a la lista, la figura del Arbitraje Potestativo, el cual será materia de estudio en otro capítulo por razones didácticas.

1.3.1 Arbitraje Nacional y Arbitraje Internacional

En la anterior Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572) no se establecían los requisitos para la procedencia del arbitraje nacional, simplemente, se señalaban los requisitos donde procedía el Arbitraje Internacional, y todos aquellos casos que no encajaran dentro de estos requisitos, debían irse a Arbitraje Nacional. (MALCA, 1948)

El Decreto Legislativo 1071 - Ley General de Arbitraje en su artículo 5, mantiene el mismo criterio, precisando como requisitos para el Arbitraje Internacional:

- a) Si las partes en un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración de ese convenio, sus domicilios en Estados diferentes
- b) Si el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios.

- c) Si el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto de la controversia tiene una relación más estrecha, está situado fuera del territorio nacional, tratándose de partes domiciliadas en el Perú.

En una interpretación contraria a los requisitos señalados, en el Arbitraje Nacional, las partes deberán estar domiciliadas en el territorio nacional o la ejecución de la prestación se dará en el territorio nacional.

En el caso de tratarse de un Arbitraje Nacional Ad hoc se podrá aplicar reglamentos internacionales, como el de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI, más conocida como UNCITRAL (United Nations Commission Trade Law International), el de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio de París, el de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial y otros, si así lo acordasen las partes. (VIDAL RAMIREZ, 2003)

1.3.2 Arbitraje de Derecho y Arbitraje de Conciencia

Existe un Arbitraje de Derecho cuando los árbitros resuelven la cuestión controvertida con arreglo al Derecho aplicable, y es de conciencia, cuando resuelven conforme a sus conocimientos y a su leal saber y entender.¹

Esta distinción se remonta (como se aprecia en la parte histórica del Arbitraje) a los orígenes del Arbitraje como institución jurídica y a su evolución, pues en el Derecho Romano se distinguía al “*arbiter*”, juez árbitro, del “*arbitrator*”, árbitro arbitrador. El primero aplicaba el derecho para la composición de la Litis, mientras que el segundo lo hacía *aequum bonum*, aplicando la equidad. (VIDAL RAMIREZ, 2003)

Esta diferencia implica que el árbitro de derecho debe interpretar y aplicar la normatividad jurídica, lo que supone un conocimiento especializado, que no le es exigible al árbitro de conciencia que solo debe aplicar su leal saber y entender, aun cuando pueda incurrir en contradicción con la normatividad jurídica.

¹ En la anterior Ley General de Arbitraje (Ley 25672) se hacía una clara diferencia entre arbitraje de conciencia y arbitraje de derecho, prescribiendo en su artículo 3° lo siguiente:

“Art. 3°.- Arbitraje de derecho o de conciencia.- El arbitraje puede ser de derecho o de conciencia. Es de derecho cuando los árbitros resuelven la cuestión controvertida con arreglo al derecho aplicable. Es de conciencia cuando resuelven conforme a sus conocimientos y leal saber y entender. Salvo que las partes hayan pactado expresamente que el arbitraje será de derecho, el arbitraje se entenderá de conciencia. Los árbitros tendrán en cuenta, de tratarse de asuntos de carácter comercial, los usos mercantiles aplicables al caso.”

En la actual Ley de Arbitraje no existe tal diferenciación expresa, sin embargo doctrinariamente si existe.

1.3.3 Arbitraje Ad Hoc y Arbitraje Institucional

La distinción se encuentra respecto a la organización y desarrollo del Proceso Arbitral, es decir, si las partes pactan que el desarrollo se realice fuera del ámbito de una institución arbitral, el arbitraje será Ad Hoc, caso contrario, si el Arbitraje es llevado por una institución arbitral, se le denominará arbitraje institucional o administrativo.

1.3.4 Arbitraje Voluntario y Arbitraje Forzoso

Como regla general, el Arbitraje se origina por la voluntad de las partes manifiesta en el convenio arbitral, pero puede originarse, además, por mandato legal, que lo hace forzoso si dispone que la controversia sea resuelta arbitralmente, sustrayéndose de la jurisdicción ordinaria. En consecuencia, la diferencia radica en la “*causa*” que origina el arbitraje.

Un claro ejemplo de Arbitraje Forzoso es el prescrito en el artículo 45.1 del TUO de la Ley 30225, Ley de Contrataciones con el Estado, señalando lo siguiente: “*Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato ser resuelven, mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes (...)*”.

1.3.5 Arbitraje Potestativo

El Arbitraje Potestativo tiene como antecedente a la interpretación sistemática realizada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el expediente 3551-2009-PA/TC, entre otras, definiéndose como una forma de arbitraje unilateral impuesto por una de las partes en el marco del conflicto que pueda surgir durante la negociación colectiva. (MATOS ZEGARRA, 2014)

Para algunos doctrinarios como Mauricio Matos Zegarra, este arbitraje potestativo encubre un arbitraje obligatorio, debido que la misma norma en base a determinados supuestos obliga a una de las partes a someterse al procedimiento arbitral.

El Arbitraje Potestativo tiene diversas implicancias jurídicas para el derecho colectivo de trabajo, cuestión que será tratada posteriormente en la presente investigación.

1.4 Convenio Arbitral

1.4.1 Definición

El Convenio Arbitral es el sustento del Arbitraje para que éste pueda iniciar. En ese sentido, se define como el acuerdo por el cual las partes, de manera voluntaria, deciden someter a arbitraje la controversia que haya

surgido o pueda surgir entre ellas, en relación a una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sea o no materia de un proceso judicial. (GASPAR LERA, 1998)

La doctrina española denomina al Convenio Arbitral como “Contrato de Compromiso” y lo define como aquel en virtud del cual las partes interesadas en una controversia ya surgida o cuya posibilidad se prevé, confieren a una o más personas en número impar el poder de decidir sobre la misma, haciendo las veces de los órganos de la autoridad judicial del Estado. Es decir, sustraen a la jurisdicción del Poder Judicial el conocimiento de sus contiendas y las entregan y someten al de personas de su confianza para que los resuelvan y terminen conforme a su saber y entender, teniendo sus decisiones, una vez firmes, la autoridad de la cosa juzgada. (OYAGAR Y AYLLON, 1977)

Lo anteriormente expuesto tiene relación con los antecedentes históricos del convenio arbitral, la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral.

Respecto de la Cláusula Compromisoria, se puede definir a ésta como una estipulación contractual en virtud de la cual los contratantes se comprometían a someter a arbitraje los conflictos que en el futuro pudieran surgir entre ellos, sustrayéndolos de la jurisdicción ordinaria. (VIDAL RAMIREZ, 2003)

Se entiende entonces que era un acuerdo preliminar a cualquier conflicto que pudiese surgir entre las partes, a fin de solucionarlo en un proceso arbitral.

Por otro lado, el Compromiso Arbitral era el convenio definitivo que se celebraba en cumplimiento de la cláusula compromisoria, mediante el cual, las partes decidían encargar la solución del litigio al árbitro que escogían.²

Estas figuras se encontraban reguladas en el Código Civil Peruano de 1984, las cuales, por su existencia, hacían que nazca la pregunta que muchos doctrinarios se hacían: ¿Para qué la exigencia de suscribir dos contratos para iniciar el proceso arbitral?

Al respecto el doctor Fernando Cantuarias señalaba que la razón para mantener ambas figuras radicaba básicamente en que: *“Si bien la materia controvertida está debidamente determinada en su máxima expresión, cuando se suscribe una cláusula compromisoria, los árbitros no pueden operar sin una definición previa de los términos de la controversia por las partes.”* (CANTUARIAS SALAVERRY, 2007)

Se entiende entonces que, en el compromiso arbitral, posterior a la cláusula compromisoria, se nombraba recién a los árbitros, a pesar que con la

² El antecedente del compromiso arbitral se encuentra en el Derecho Romano, en el que por el *compromissium* los litigantes escogían al *árbitro* que iba a dirimir su conflicto y se comprometían a acatar su decisión.

cláusula compromisoria ya se podía ir a Arbitraje, pero convertía al Arbitraje en un procedimiento similar al llevado ante el Poder Judicial, en el que una parte demanda a la otra y ésta reconviene, pero al existir este compromiso posterior (compromiso arbitral), las partes llegaban a una situación más de cooperación. (BULLARD GONZALEZ & COAGUILA, 2011)

El Decreto Legislativo N° 1071 - Ley de Arbitraje, en su artículo 13, inciso 1, define al Convenio Arbitral como 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”*.

De acuerdo a lo señalado en la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje, los artículos 13 y 14 de esta última responden a la reforma del artículo 7 de la Ley Modelo UNCITRAL de 2006, generando una aplicación más eficiente del Acuerdo Arbitral, garantizando el respeto a la voluntad de las partes. Si bien se ponen algunos límites y requisitos para su validez y vigencia (como se verá en líneas posteriores) se busca un sistema más flexible y acorde con el mundo de los negocios, en donde la interpretación excesivamente literal del requisito de que el Convenio conste por escrito, es contraria a las prácticas y usos del comercio.

1.4.2 Características

El Convenio Arbitral es un contrato, en consecuencia, se le aplican los principios contractuales, es decir: (i) la autonomía privada (toda persona tiene libertad para contratar y libertad para pactar los términos del contrato), (ii) el pacta sunt servanda (los contratos son obligatorios y son ley privada entre las partes) y (iii) el efecto relativo de los contratos (debido a que los contratos sólo generan efectos entre las partes y no pueden afectar a terceros). (BULLARD GONZALEZ & COAGUILA, 2011)

De esto se determina que el convenio arbitral es obligatorio sólo entre las partes que han expresado su consentimiento de someter su controversia al fuero arbitral. Por tanto las consecuencias de esta manifestación de voluntad son las siguientes:

- Someter sus controversias a un proceso arbitral (obligación de hacer)
- Cumplir con los mandatos impuestos en el laudo arbitral (obligación de hacer)
- No acudir a los tribunales judiciales para resolver sus controversias, pues al celebrar el convenio arbitral han renunciado a la competencia del poder judicial.

1.4.3 El Consentimiento como requisito de validez y existencia del Convenio Arbitral

La voluntad de las partes es un requisito indispensable para que el convenio arbitral sea válido. Esto se deduce de lo prescrito en el artículo 13, numeral 1 del Decreto Legislativo 1071, que define al Convenio Arbitral como 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.

Este consentimiento por regla general debe ser expreso, dado que el silencio no constituye manifestación de voluntad (según lo prescrito en el artículo 142° del Código Civil) salvo que así lo señale el convenio entre las partes.

El doctor Alfredo Bullard señala que si bien la Ley de Arbitraje no utiliza la palabra “consentimiento” al definir el convenio arbitral en el artículo 13, sí lo hace en el artículo 14, referido a la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias. Este artículo señala que: *“El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o*

beneficios del contrato, según sus términos.” (BULLARD GONZALEZ
& COAGUILA, 2011)

1.4.4 Capacidad para Celebrarlo

El Convenio Arbitral es considerado un contrato y como tal, debe cumplir ciertos requisitos para su validez, siendo uno de éstos la capacidad jurídica de las partes. (MONTESINOS GARCÍA, 2007)

Para celebrar un Convenio Arbitral, las partes deben tener plena capacidad para contratar, esto es, capacidad para el ejercicio de derechos civiles.

La capacidad de ejercicio es *“la posibilidad o aptitud del sujeto de derecho a ejercer, por sí mismo, los derechos de que goza en cuanto persona”*. En otras palabras, es la aptitud que se tiene para ejercer por sí mismo los derechos y deberes que comprenden las relaciones jurídicas. (FERNANDEZ SESSAREGO, 1986)

En el caso de personas naturales, la capacidad de ejercicio se adquiere al cumplir la mayoría de edad (18 años), según lo prescrito en el artículo 42° del Código Civil.

Si se trata de una persona jurídica, deben estar inscritas en el Registro correspondiente para poder contar con personería jurídica, conforme lo señala el artículo 6 de la Ley 26887 - Ley General de Sociedades. Además,

deben contar con representantes legales debidamente facultados, los que celebrarán el Convenio Arbitral en representación de las personas jurídicas.³

1.4.5 La forma del Convenio Arbitral

El Convenio Arbitral al ser un acto jurídico, es una manifestación de voluntad de quienes, con la capacidad requerida, tiene necesariamente forma, desde que ésta es la manera como se manifiesta la voluntad y, además, es el medio de prueba de la existencia y contenido del convenio. Por tanto, es necesario analizar en este estadio la forma que exige la Ley de Arbitraje para la validez del Convenio Arbitral, es decir si reviste una forma *ad solemnitatem* o *ad probationem*.

En el primer caso si hay una inobservancia de la formalidad, esto determina la nulidad del acto jurídico o del contrato, por cuanto constituye un requisito de validez del acto jurídico. En cambio, en el segundo caso, la ley exige una formalidad y no sanciona con nulidad su inobservancia, pues solo constituye un medio de prueba de la existencia del acto jurídico.

El artículo 13, en sus numerales 2, 3, 4 y 5, prescriben que el Convenio Arbitral será escrito y se considerará como tal en diferentes situaciones, sin embargo, no se sanciona con nulidad su inobservancia, es decir cuando no conste por escrito. En tal sentido la Ley de Arbitraje ha abandonado la

³ El Artículo 6 de la Ley 26887 - Ley General de Sociedades señala que: “La sociedad adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro y la mantiene hasta que se inscribe su extinción.”

exigencia de una formalidad solemne (escrito) para la celebración del Convenio Arbitral y ha optado por una formalidad *ad probationem*.

En consecuencia, las partes pueden celebrar un Convenio Arbitral verbalmente, por medios electrónicos o por mensajes de voz, lo importante será probar la existencia del consentimiento de las partes. (BULLARD GONZALEZ & COAGUILA, 2011)

En tal sentido, cuando se refiere sea “escrito”, se trata de una formalidad *ad probationem*, lo cual elimina el uso de “escritura” y no condiciona la existencia de la “firma” como requisito de validez del convenio arbitral.

En consecuencia, será válido un acuerdo arbitral celebrado verbalmente, siempre que se deje constancia de su contenido. Se privilegia, entonces, la existencia comprobable de un acuerdo de voluntad entre las partes, por encima de cualquier requisito formal.

1.4.6 Contenido del Convenio Arbitral

Cuando se trata sobre el contenido del Convenio Arbitral, es necesario determinar qué materias pueden someterse a Arbitraje. Respecto de ello, la Ley de Arbitraje tiene un criterio de máxima amplitud de lo que puede ser materia de arbitraje, estableciendo en su artículo 2 lo siguiente:
“pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre

*disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los
tratados o acuerdos internacionales autoricen.”*

De la lectura del presente artículo se desprende que cuando se pacta un convenio arbitral, las partes no disponen del derecho sustantivo, o del derecho subjetivo, sino que disponen del cauce procesal para resolver su Litis. Es así que el Arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos.

En la legislación nacional, se ha señalado (genéricamente) que serán materia de arbitraje, todas las controversias que sean materia de libre disposición de las partes y ha dejado de lado la técnica de enumerar los supuestos que no pueden ser materia de éste.⁴

Si bien en la Ley de Arbitraje señala que pueden arbitrarse las *materias de libre disposición*, éstas están relacionadas con los intereses esencialmente patrimoniales y privados de las partes, los cuales generalmente son materia de transacción. (BULLARD GONZALEZ & COAGUILA, 2011)

Asimismo, la Ley de Arbitraje es mucho más amplia pues señala que pueden someterse a Arbitraje, además, las controversias que sean

⁴ Ley de Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071, prescribe lo siguiente:

“Artículo 2 - Materias susceptibles de arbitraje.

1. Pueden someterse a Arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.
2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral.”

autorizadas por determinada ley, tratado o acuerdo vigente, con lo cual deja la posibilidad de que la ley o un tratado permitan el Arbitraje en materias que no necesariamente sean de libre disposición de las partes.

Finalmente, el artículo 13 prescribe algunos de los supuestos de las materias que pueden ser arbitrables, las cuales son:

- Se puede arbitrar todas las controversias o ciertas controversias.
- Se puede arbitrar controversias que hayan surgido o puedan surgir.
- Se puede arbitrar controversias que surjan de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

1.5 Proceso Arbitral

El Proceso Arbitral inicia con la fecha de la recepción de la solicitud para someter la controversia a Arbitraje, el cual puede estar constituido por un árbitro único o un colegiado, finalizando con el laudo arbitral.⁵

1.5.1 Las Normas del Proceso

Las normas para el Proceso Arbitral pueden ser determinadas por las partes o por los árbitros, debiendo estar enmarcadas dentro de las reglas del debido proceso y el principio de Buena Fe. Por otro lado, dicho proceso podrá tener sus reglas establecidas si es un Arbitraje Institucional.

⁵ El Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, en su artículo 33 señala que: “*Salvo acuerdo distinto de las partes, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje.*”

1.5.2 Competencia de los Árbitros

El artículo 40 de la Ley de Arbitraje reza lo siguiente: *“El Tribunal Arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas.”*

1.5.2.1 La Oposición a la Competencia de los Árbitros

La oposición a la competencia de los Árbitros está íntimamente ligada al principio *kompetenz – Kompetenz*, el cual implica que el Tribunal Arbitral es competente para conocer sobre su propia competencia, dicho de otra manera, no se puede recurrir a otra instancia para determinarla.

Este principio es de importancia pues reduce la posibilidad de que procedimientos arbitrales sean descarrilados a través de la simple alegación de que una cláusula arbitral es inejecutable debido a un gran número de posibles defensas contractuales.

Es así que el artículo 41 de la Ley de Arbitraje recoge el principio antes mencionado, en su numeral 1, en donde prescribe: *“El Tribunal Arbitral es el único competente para decidir sobre su*

propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al Arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del Convenio Arbitral o por no estar pactado el Arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. (...)”.

Una de las grandes implicancias, es la “*separabilidad del Convenio Arbitral*” con el contrato principal, debido que uno es independiente y autónomo respecto del otro.⁶

La oposición a la Competencia de un árbitro puede estar basada en oponerse cuando el Tribunal Arbitral ha excedido el ámbito de su competencia, y puede ser planteada durante las actuaciones arbitrales, la materia que supuestamente exceda su competencia.

Si existiera una demora y la presentación de observaciones demorase, éstas podrán ser admitidas si dicha demora resulta justificada. Además de ello el Tribunal Arbitral podrá considerar estas observaciones de manera propia en cualquier momento.

⁶ El Artículo 41 inciso 2 del Decreto Legislativo N° 1071 señala que: “*El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral.*”

Por otro lado, el Tribunal Arbitral desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia, su decisión sólo podrá ser impugnada mediante Recurso de Anulación contra dicho laudo.

1.5.2.2 El Funcionamiento del Tribunal

El Tribunal Arbitral, en cuanto a sus funciones, va a depender en gran medida de lo que se establezca en el Convenio Arbitral, es decir que dentro de dicho Convenio, las partes pueden acordar qué facultades va a tener por ejemplo el Presidente del Tribunal, el cual podría tener la opción del voto dirimente que resuelva la controversia en caso no hay un voto unánime.

Por otro lado, con la finalidad de darle más agilidad y fluidez al proceso arbitral, se faculta al Tribunal Arbitral a delegar en uno o más de sus miembros la realización de determinados actos procesales.

De acuerdo al artículo 52 del Decreto Legislativo N° 1071, el Tribunal Arbitral funciona con la concurrencia de la mayoría de árbitros, en ese sentido las decisiones serán adoptadas por la mayoría, salvo se haya establecido lo contrario. Respecto a las

deliberaciones que realice el Tribunal Arbitral, éstas tienen el carácter de secretas. Por otro lado, los árbitros están obligados a emitir su voto y en caso tomaran una abstención, se entenderá que se adhieren a lo decidido por la mayoría o al voto dirimente del presidente, según sea el caso.

1.6 El Laudo Arbitral

1.6.1 Definición

Se puede definir al laudo como aquella decisión o fallo por el cual los árbitros resuelven la controversia, amparando o desamparando todas las pretensiones de las partes, las cuales están obligadas a acatarlo.

El doctor Ulises Montoya precisa que el laudo tiene una existencia y eficacia propia que lo hace susceptible de ser atacado sin afectar el compromiso; lo que se discute es el laudo, aunque los hechos provengan de actos anteriores o del compromiso mismo. (ULISES MONTOYA).

1.6.2 Clasificación

Según la clasificación doctrinal existen dos tipos de laudo:⁷

- a) El laudo final, el cual tiene dos implicancias, la primera es que resuelve todos los puntos controvertidos, o puede culminar la labor de los

⁷ El artículo 54 del Decreto Legislativo 1071, precisa la clasificación de laudos parciales y finales, prescribiendo: “*salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estime necesarios*”

árbitros “finalizando” de resolver todos los puntos controvertidos que quedaban pendientes después de otros laudos parciales previos.

- b) El laudo parcial, que como su nombre lo indica resuelve parcialmente la controversia, dictaminando sobre algunos puntos controvertidos, dejando pendientes otros por resolver.

1.6.3 Efectos del Laudo

El artículo 59 de la Ley de Arbitraje, en sus numerales 1) y 2), prescribe que el laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento y produce efectos de cosa juzgada.

Por otro lado, una vez emitido el laudo, ya sea éste parcial o final, la parte interesada podrá solicitar al Tribunal Arbitral la rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo y, además, su “anulación” ante el Poder Judicial.

En ese orden de ideas, ante la pregunta que si se puede solicitar la anulación de un laudo parcial, la respuesta sería que el laudo parcial tiene el mismo valor que el laudo definitivo y, respecto de la cuestión que resuelve su contenido es invariable, es decir, sería procedente el recurso de anulación.

1.6.4 Formalidades

Las formalidades que debe cumplir el Laudo Arbitral se encuentran prescritas en el artículo 55 de la Ley de Arbitraje y deben tenerse en cuenta de dos maneras:

La primera es que el laudo debe constar por escrito. El artículo 55 en su inciso 1 de la Ley en mención, prescribe que el Laudo al igual que el Convenio Arbitral, debe estar por escrito y puede encontrarse en un soporte electrónico, óptico o de otro tipo, con el único fin que exista constancia de su contenido y sea accesible.

Esto lleva a la idea que puede existir un Proceso Arbitral que se lleve por medios informáticos y electrónicos, siempre que las partes así lo dispongan.⁸

La posibilidad apertura la norma es una razón por la cual el Arbitraje puede ser más expeditivo que otros medios de solución de conflictos.

El segundo punto es respecto a la votación de los árbitros y firma del laudo.

Al respecto, la norma es clara al precisar los siguientes supuestos.

⁸ La posibilidad de utilizar medios electrónicos para soporte del laudo arbitral que es la manifestación de voluntad del Tribunal Arbitral, se ve sustentada en el artículo 141 del Código Civil, el cual reconoce que la manifestación de voluntad puede ser expresada a través de algún medio electrónico.

El primero de ellos es mantener la regla de la mayoría, es decir, el Laudo Arbitral se dicta por mayoría de los árbitros. El segundo supuesto se refiere a la facultad o poder que se le otorga al presidente del Tribunal Arbitral de dirimir la controversia mediante su voto, en caso de empate o cuando no exista acuerdo mayoritario.

Finalmente, el tercer supuesto se da sobre *“el que calla, otorga”*. La norma precisa que el árbitro que no manifiesta su voluntad en el laudo, ya sea que no firme o no vote, se presume que se adhiere a la voluntad de la mayoría.

La norma en comentario, es beneficiosa en el sentido que elimina el poder que tenían los árbitros parcializados que no querían votar o firmar el Laudo, pues la decisión no favorecía a la parte que los eligió.

1.6.5 Motivación del Laudo

La decisión tomada por el árbitro o Tribunal Arbitral debe estar debidamente motivada, es decir debe contener argumentos lógicos y suficientes como para sustentar el fallo.

Para algunos doctrinarios, la motivación del laudo resulta innecesaria pues se entiende que las partes al elegir a sus árbitros confían en la decisión que a su leal saber y entender, toman para resolver el conflicto, por tanto, no sería necesario explicar las razones de su fallo. (CANTUARIAS, 2002)

Según la normatividad nacional, el Laudo sí debe estar motivado, toda vez que esto ejemplifica un debido proceso.

1.6.6 Rectificación, interpretación, integración y exclusión del Laudo

La rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo, se encuentra prescrita en el artículo 58 de la Ley de Arbitraje.

Dentro de los recursos mencionados en el artículo 58, se distinguen los recursos no impugnativos, los cuales buscan aclarar el Laudo, pues es probable que deba ser corregido, o que éste haya omitido resolver algún punto controvertido pues su finalidad es terminar con la litis. Dentro de estos recursos se encuentran: la rectificación, interpretación, integración y la exclusión del laudo.

Antes del análisis de cada uno de los recursos en mención, es preciso que se señale que estos recursos constituyen requisitos de procedencia indispensable, cuando el defecto se puede corregir por esa vía, para poder recurrir vía anulación del Laudo Arbitral ante el Poder Judicial, de acuerdo a lo prescrito en el inciso 7 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje.⁹

⁹ El Inciso 7 del Artículo 63 del Decreto Legislativo N° 1071, prescribe: “*No procede la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada mediante rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo y la parte interesada no cumplió con solicitarlos.*”

1.6.6.1 Rectificación

La rectificación antes llamada por la Ley anterior, “corrección”; procede dentro de los 15 días de notificado el Laudo, cuando existe cualquier error de cálculo, de transcripción, tipográfico o informático, o de naturaleza similar.¹⁰

La interposición del presente recurso no modifica la decisión de fondo del Laudo. En consecuencia, no procederá si se solicita al Árbitro o Tribunal Arbitral, directa o indirectamente, que se rectifique el análisis propuesto en el Laudo, o que se aprecien otra vez los hechos o las pruebas.

1.6.6.2 Interpretación

Conocida en la Ley anterior como “aclaración”, por medio de esta se busca que el Árbitro o el Tribunal Arbitral, manifieste la forma cómo se debe interpretar su decisión, pues a su simple revisión genera dudas en las partes. Al igual que el anterior no se busca resolver o poner en duda el fondo de la controversia ya resuelta.

1.6.6.3 Integración

El objetivo de la integración es que el Árbitro o Tribunal Arbitral completen el Laudo. Es decir, se busca resolver aquellos extremos

¹⁰ El literal a) del numeral 1, del artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1071 señala lo siguiente: “(...) a. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la rectificación de cualquier error de cálculo, de transcripción, tipográfico o informático o de naturaleza similar”.

de la controversia que se sometieron a su conocimiento y que omitió resolver. Ahora bien, estos extremos tienen que ver directamente con la solución de la controversia, razón por la cual las partes fueron al Proceso Arbitral, pues no todos los puntos que son tratados tienen que ver directamente con la solución de la Litis.

Esta situación ha generado una buena práctica dentro de los Procesos Arbitrales llevados en el Perú, pues comúnmente se opta por fijar los puntos controvertidos a fin de que no se escape ningún asunto con real importancia para la solución de la litis.

Finalmente, si bien el artículo 63, numeral 7, toma como requisito indispensable a estos recursos (rectificación, interpretación, integración y exclusión) para solicitar la anulación del Laudo. Además, la Ley de Arbitraje no ha contemplado como causal para anular un Laudo el hecho de que esté incompleto, más aún si se tiene en cuenta que dicho artículo afecta a los Laudos Arbitrales que contienen excesos y no omisiones (como es el caso). Es decir, se puede anular un Laudo cuando ha resuelto materias no sometidas a conocimiento del árbitro o Tribunal Arbitral.

1.6.6.4 Exclusión

Este recurso es considerado por el profesor Bullard, así como el doctor Soto Coaguila como “novedoso”, pues parece no tener antecedentes que refieran su existencia en otra legislación.

El Laudo debe enmarcarse dentro de lo que las partes quieren resolver de la controversia, pues estando en lo contrario, se podrá solicitar mediante el presente recurso la anulación total o parcial del punto en el que se pronuncia el árbitro, el cual no es materia del Proceso Arbitral, es decir mediante la exclusión se pretende que el tribunal arbitral excluya o retire del laudo algún extremo que ha sido resuelto por el tribunal pero que no fue sometido por las partes a su conocimiento.

1.7 Anulación del Laudo

La normatividad nacional actual señala que la anulación es el único recurso admisible para interponer frente al Laudo. Es decir, la norma excluye definitivamente al recurso de apelación, el cual sí era considerado en la Ley General de Arbitraje– Ley N°26572, avocándose de acuerdo a lo prescrito en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Esto se ve plasmado en su artículo 34° donde refiere: *“a la petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral.”*

Este recurso solo revisa los aspectos externos del Laudo, pues como bien se conoce, este no puede ser apelado, es decir, ya no se podrá revisar el fondo de la controversia.

De acuerdo a lo prescrito en el artículo 62 inciso 1 de la Ley de Arbitraje, el recurso de anulación tiene por objeto la revisión de la validez del laudo.¹¹

Las causales se encuentran taxativamente en el artículo 63 de la Nueva Ley de Arbitraje y son las siguientes:

El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

- a) Que, el Convenio Arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.
- b) Que, una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de actuaciones o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

¹¹ El artículo 62 del Decreto Legislativo N° 1071, respecto del Recurso de anulación del Laudo, señala:

1. *Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.*
2. *El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.”*

- c) Que, la composición del Tribunal Arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieron apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.
- d) Que, el Tribunal Arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.
- e) Que, el Tribunal Arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a la ley son manifiestamente no susceptibles de Arbitraje, tratándose de un Arbitraje nacional.
- f) Que, según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de Arbitraje o Laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un Arbitraje internacional.
- g) Que, la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el Tribunal Arbitral.

1.8 Ejecución del Laudo

Según lo prescrito en la Ley de Arbitraje, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1071, en sus artículos 67 y 68, el Laudo Arbitral puede ser ejecutado por el árbitro o por el juez.

Respecto de la primera forma de ejecución, el artículo 67 prescribe: *“1. A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable. 2. Se exceptúa de lo dispuesto en el numeral anterior, el caso en el cual, a su sola discreción el tribunal considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en costo de ésta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución.”*

La ejecución del laudo por parte del Tribunal Arbitral tiene una especial connotación, debido que por un lado un proceso arbitral tiene el beneficio de ser ágil y expeditivo, sin embargo, después de resuelto el conflicto mediante el laudo, se presenta la desventaja de que muchas veces el arbitro o tribunal arbitral no puede ejecutarlo debido que la parte afectada con el mismo se desiste a cumplir lo decidido. Es por ello que el arbitro al no tener esa facultad *coercitiva*, devuelve

copia de los actuados a las partes para que ellas a través del poder judicial busquen la ejecución del Laudo Arbitral.¹²

Si bien los árbitros no pueden utilizar la fuerza (coerción) como los jueces que tienen el *Ius Imperium* que le otorga el Estado, tienen la facultad de ordenar las medidas de ejecución que corresponda, oficiando al poder judicial para que las haga efectivas, a fin de dar cumplimiento al Laudo. Estos mandatos de ejecución del Laudo, pueden tener efectos sobre las partes que celebraron el convenio o sobre los terceros que no se sometieron al arbitraje.

Por otro lado, la Ejecución del Laudo Arbitral ante el poder judicial parte de lo señalado en el artículo 59 de la Ley de Arbitraje, el cual prescribe: “*Todo Laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes (...). 2. El laudo produce efectos de cosa juzgada (...)*”. Ahora bien, de lo advertido en la Ley se puede determinar que para su ejecución, el laudo no requiere estar administrativamente firme, es decir que se haya transcurrido un plazo para su impugnación, sin que la parte desfavorecida haya interpuesto un recurso de anulación. En consecuencia, el laudo al no ser firme, puede ser impugnable mediante un recurso de anulación.

El artículo 68 de la Ley de Arbitraje, señala respecto a la Ejecución Judicial del Laudo Arbitral lo siguiente:

¹² Con el Decreto Legislativo N° 1071 se faculta al árbitro o al Tribunal Arbitral a ejecutar sus laudos, haciendo que esta sea la regla y la ejecución judicial del Laudo sea residual.

1. La parte interesada podrá solicitar la ejecución del laudo ante la autoridad judicial competente acompañando copia de éste y de sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones y, en su caso de las actuaciones de ejecución efectuada por el Tribunal Arbitral.
2. La autoridad judicial, por el solo mérito de los documentos referidos en el numeral anterior, dictará mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla con su obligación dentro de un plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de ejecución forzada.
3. La parte ejecutada solo podrá oponerse si acredita con documentos el cumplimiento de la obligación requerida o la suspensión de la ejecución conforme al artículo 66. La autoridad judicial dará traslado de la oposición a la otra parte por el plazo de cinco (5) días. Vencido este plazo, resolverá dentro de los cinco (5) días siguientes. La resolución que declara fundada la oposición es apelable con efecto suspensivo.
4. La autoridad judicial está prohibida, bajo responsabilidad, de admitir recursos que entorpezcan la ejecución del laudo.

2. El Arbitraje Potestativo

2.1. Definición

A fin de poder esbozar una acertada definición del Arbitraje Potestativo, que no se encuentra detallada ni en el Decreto Supremo N° 014-2011-TR, tampoco en la Resolución Ministerial N° 284-2011-TR, el cual complementa al primero; es preciso señalar, que el arbitraje contemplado en el TUO de la LRCT, el cual dirimía los conflictos colectivos de trabajo, en base a una interpretación literal, es a todas luces un arbitraje de carácter voluntario. Sin embargo, la introducción del Arbitraje Potestativo en el RLRCT, se posibilita a una de las partes a conminar a la otra, a un proceso arbitral, es decir la ley le otorga la “potestad” a una de las partes, la cual normalmente es el sindicato, en determinadas circunstancias o causales, a obligar a la otra parte (generalmente el empleador) a iniciar un proceso arbitral.

Todo ello, conllevó al Tribunal Constitucional, a determinar la correcta interpretación del arbitraje señalado en el TUO de la LRCT, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la Constitución Política del Perú, determinando entre otros aspectos, que el arbitraje señalado en el TUO de la LRCT es potestativo, pues el Estado está obligado a promocionar o promover la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo, y al haberse culminado con el trato directo y la conciliación en la negociación colectiva, solo quedan dos caminos, tanto el arbitraje o la huelga, en ese sentido, el Estado debe preferir la promoción de la vía más pacífica, el arbitraje.

Esto se refleja en la realidad, cuando en la negociación colectiva, al no existir igualdad de armas y de información entre las partes enfrentadas, teniendo clara ventaja el empleador sobre el sindicato, éste normalmente, pondrá trabas al arbitraje y en general a la solución del conflicto colectivo de trabajo, muchas veces con actos de mala fe; por ello, el Tribunal Constitucional interpreta el arbitraje regulado en el TUO de la LRCT es potestativo, puesto que sería un caso aislado en el que ambas partes decidieran por mutuo acuerdo ir al arbitraje a fin de resolver el conflicto, siendo la vía más utilizada, la huelga.

El criterio adoptado por el Tribunal Constitucional, es el antecedente principal del Arbitraje Potestativo, sin embargo, todo ello generó cuestiones a considerar, como, por ejemplo, cuál es la naturaleza del proceso arbitral en relación a la Negociación Colectiva, toda vez que la Organización Internacional del Trabajo OIT, considera que en el arbitraje siempre tiene que primar la voluntad de las partes; por otro lado, existe acaso una afectación al Principio de Jerarquía Normativa, cuando se modifica con un Decreto Supremo el sentido de lo señalado en el TUO de la LRCT, finalmente, cabe preguntarse si el Arbitraje Potestativo afecta el derecho de negociación que tienen las partes, sobre todo a la cual se le impone el proceso arbitral.

La Exposición de Motivos del Decreto Supremo N° 014-2011-TR, señala que *“El derecho a la negociación colectiva tiene un rol de pacificación en las relaciones de trabajo, su contenido, en cuanto derecho – medio, concentra el diálogo y la*

negociación con la finalidad de encausar los conflictos colectivos; en cuanto derecho – producto, resuelve el conflicto mediante la producción de una norma jurídica (convenio colectivo)”.

Asimismo, refuerza dicha premisa señalando: “no en todas las ocasiones es posible llegar a un acuerdo, por lo que la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, contempla en su artículo 61, como alternativa al acuerdo directo de las partes, el sometimiento del conflicto a arbitraje. Así, el arbitraje potestativo se presenta como una institución de garantía del propio derecho a la negociación colectiva (en su faceta de derecho-producto) que permite concluir el conflicto mediante un producto denominado “laudo” que, si bien no es propiamente un convenio colectivo, el artículo 70º de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, le confiere tal naturaleza y los mismos efectos”.

De lo señalado en la exposición de motivos antes descrita, se puede deducir una característica principal del Arbitraje Potestativo, el cual es la *“falta de voluntad de ambas partes”* es decir, basta la voluntad de una de ellas para obligar a la otra a concurrir al proceso arbitral, a fin de concluir la negociación colectiva mediante el Laudo Arbitral, siendo esta idea sustentada por el ahora vigente artículo 70 del TUO de la LRCT, el cual señala: “Los acuerdos adoptados en la conciliación o mediación, los laudos arbitrales y las resoluciones de la Autoridad de Trabajo tienen la misma naturaleza y surten idénticos efectos que las convenciones adoptadas en negociación colectiva”.

Por otro lado, en dicha exposición de motivos se plantea un análisis lógico y de interpretación, sustentando que el arbitraje potestativo, se encuentra en la interpretación conjunta del artículo 61 y 63 del TUO de la LRCT. En ese orden de ideas, el artículo 61 señala que *“si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, podrán las partes someter el diferendo a arbitraje”*. Por otro lado, el artículo 63 precisa que, si durante el desarrollo de la huelga los trabajadores decidieran someter el diferendo a arbitraje, *“se requerirá la aceptación del empleador”*; en consecuencia, contrario sensu, en todos los demás supuestos (cuando no se esté desarrollando la huelga) **no sería necesaria la aceptación del empleador para someter el diferendo a arbitraje.**

Finalmente, en la exposición de motivos mencionada, se fija la última característica que tiene este Arbitraje Potestativo, las cuales son las causales por las que una de las partes puede solicitarlo. Dichas circunstancias son las siguientes:

- a) Para fijar el nivel de negociación.
- b) Para resolver la primera negociación.
- c) Para resolver las negociaciones en las que alguna de las partes ha actuado de mala fe.

Por otro lado, el mismo Decreto Supremo N° 014-2011-TR, precisa el último elemento importante a tener en cuenta cuando se quiere sustentar la procedencia del arbitraje potestativo, en el caso medie mala fe de una de las partes, y este

consiste en la afectación, dilatación o entorpecimiento de la negociación, imposibilitando a las partes a llegar a un acuerdo.

Con todos los elementos señalados, se puede definir al arbitraje potestativo como aquel, tipo de arbitraje, donde una de las partes somete u obliga a otra a concurrir al arbitraje cuando la primera negociación haya fracasado, no llegándose a un acuerdo sobre el nivel de negociación o de su contenido; o cuando en el desarrollo de la misma negociación, una de las partes incurra en actos de mala fe, que conlleven a dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo.

2.2. Causales del Arbitraje Potestativo

El Decreto Supremo N° 014-2011-TR, modifica el Decreto Supremo N° 011-92-TR, introduciendo el artículo 61-A, en el cual precisa dos causales para ir al Arbitraje Potestativo.

La primera precisa que: *“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; (...).”*

Este primer supuesto posiciona al arbitraje potestativo como un segundo estadio que tienen las partes para resolver el conflicto colectivo de trabajo, siempre que en la primera etapa es decir el trato directo falle, debido que las partes no se pongan de acuerdo en cuanto al nivel o al contenido de la negociación colectiva.

En la segunda parte del artículo 61-A, se precisa: *“Las partes tienen la facultad de interponer el arbitraje potestativo en los siguientes supuestos: (...) b) cuando durante la negociación del pliego se advierten actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo.”*

En ese sentido, el Decreto Supremo N° 014-2011-TR, precisa en su artículo 5 que, por Resolución Ministerial se podrán establecer disposiciones complementarias. En ese sentido, mediante la Resolución Ministerial N° 284-2011-TR, se emitieron normas complementarias a las disposiciones establecidas en el Decreto Supremo en mención, precisando de manera más extensa las causales de mala fe por las cuales una de las partes puede solicitar el arbitraje potestativo en la negociación Colectiva de Trabajo.

Las causales de mala fe que contempla la Resolución Ministerial N° 284-2011-TR, no son una lista taxativa ni enumerativa, sino son meramente enunciativa, es decir *numerus apertus*, dejando abierta la posibilidad que otro hecho que no esté contemplado en dichas causales, pero afecte a la negociación colectiva, pueda considerarse como de mala fe. Dichas causales son las siguientes:

- a) **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.**

La presente causal, nos remite, al caso del sindicato de trabajadores portuarios, el cual será analizado en la presente investigación, siendo materia de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional, el cual declaró fundada la demanda de acción de amparo, en mérito a la causal en análisis; pues la empresa se negaba a recibir el pliego de reclamos por rama de actividad del sindicato de trabajadores portuarios.

Dicha negativa, por parte de la empresa, se sustentó en el desacuerdo de las partes respecto del nivel de negociación.

Ante esta situación, el Tribunal Constitucional consideró en primer término, que el nivel de negociación debía ser determinado por las partes, en ese sentido, que la empresa se negara a negociar bajo ese criterio no afectaba a la Negociación Colectiva. Sin embargo, contrario sensu, si se manifestara la mala fe de una de las partes al momento de la negociación, sin mediar una razón justificada para no negociar, con la única finalidad de afectar el desarrollo de la actividad sindical y de negociación colectiva, es decir actuando de mala fe, una de las partes podrá solicitar el Arbitraje Potestativo.

Finalmente, el criterio del Tribunal Constitucional es considerar la negativa de recepción del proyecto del convenio colectivo, como un acto de mala fe, por consecuencia, corresponde ir al Arbitraje Potestativo.

- b) 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 ésta.**

A fin de analizar esta causal de mala fe en la Negociación Colectiva de Trabajo, es preciso revisar lo que se entiende por asimetría de la información existente entre el empleador y el sindicato de trabajadores. Esta asimetría, en teoría, genera determinada ventaja a favor del empleador sobre el manejo de los conflictos colectivos de trabajo.

Es por ello que la ley busca equilibrar dicha asimetría, otorgando la facultad al sindicato de solicitar al empleador, la totalidad de la información económica, financiera, social y/o laboral, si así lo considere, a fin de poder elaborar el pliego de reclamos.

Esto, por un lado, puede resultar beneficioso para el Sindicato y hasta para el mismo empleador debido que el sindicato basará sus solicitudes en un pliego de Reclamos más acorde con la situación real de la empresa.

El T.U.O. de la LRCT y su Reglamento le dan un tratamiento a la situación antes descrita. Es así que el TUO de la LRCT, en su artículo 55, prescribe: *“A petición de los representantes de los trabajadores, los empleadores deberán proporcionar la información necesaria sobre la situación*

económica, financiera, social y demás pertinente de la empresa, en la medida en que la entrega de cada información no sea perjudicial para ésta.”

Por otro lado, precisa que “(...) *Los trabajadores, sus representantes y asesores **deberán guardar reserva absoluta sobre la información recibida,** bajo apercibimiento de suspensión del derecho de información, sin perjuicio de las medidas disciplinarias y acciones legales a que hubiere lugar.*”

Asimismo, el artículo 38 del Reglamento de la LRCT, señala que: “*La información que ha de proporcionarse a la comisión negociadora conforme el artículo 55 de la Ley, podría solicitarse dentro de los (90) días naturales anteriores a la fecha de la caducidad de la convención vigente*”

Por otro lado, la Organización Internacional de Trabajo también contempla la prerrogativa otorgada al sindicato para solicitar la información económico financiera del empleador. En ese sentido, emite dos Recomendaciones que buscan dar un trato y criterios limitantes respecto del manejo de dicha información.

La Recomendación N° 143 de la OIT – Recomendación sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores en la empresa (1971); señala: “*La empresa debería poner a disposición de los*

*representantes de los trabajadores*¹³, en las condiciones y en la medida que podrían determinarse por los métodos de aplicación a que se refiere el párrafo 1 de la presente recomendación, **las facilidades materiales y la información que sean necesarias para el ejercicio de sus funciones**”

De la misma manera, la Recomendación N° 163 - de la OIT – Recomendación sobre el fomento de la negociación colectiva (19 junio de 1981), señala que:

*“(1) En caso necesario, deberían adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales para que las partes dispongan de las informaciones necesarias para poder negociar con conocimiento de causa. (2) Con este objeto: (...) (a) a petición de las organizaciones de trabajadores, los empleadores – públicos y privados – **deberían proporcionar las informaciones acerca de la situación económica y social de la unidad de negociación y de la empresa en su conjunto que sean necesarias para negociar con conocimiento de causa; si la divulgación de ciertas de esas informaciones pudiese perjudicar a la empresa, su comunicación debería estar sujeta al compromiso de mantener su carácter confidencial en la medida que esto sea necesario; las informaciones que puedan proporcionarse deberían ser determinadas por acuerdo entre las partes en la negociación colectiva**”.*

¹³ La Recomendación N° 143 de la OIT, precisa en su párrafo 2, que: “A los efectos de esta Recomendación, la expresión **representantes de los trabajadores** comprende las personas reconocidas como tales en virtud de la legislación o la práctica nacionales, ya se trate:

(a) **de representantes sindicales**, es decir, representantes nombrados o elegidos por los sindicatos o por los afiliados a ellos; o (...)”

De acuerdo a lo señalado en las normas precedentes, se puede distinguir claramente que si bien la norma busca equilibrar la diferencia de información entre empleador y sindicato, también protege al primero frente a un posible perjuicio ante la divulgación de la información que maneje la empresa; es por ello que el TUO de la LRCT en su artículo 55, considera que la transferencia de dicha información se realice de mutuo acuerdo entre las partes involucradas. En ese sentido, las partes deberán estar de acuerdo a los alcances de dicha información, con la finalidad que la empresa se comprometa a suministrar la misma de manera fiable completa y oportuna, caso contrario, se le deberán aplicar las sanciones administrativas correspondientes, señaladas en el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, el cual en su artículo 24.9 señala: *“El incumplimiento de las disposiciones relacionadas con la entrega a los representantes de los trabajadores de información sobre la situación económica, financiera, social y demás pertinente de la empresa, durante el procedimiento de negociación colectiva”*.

La solicitud del Sindicato sobre la información económica financiera de la empresa puede darse en dos momentos. El primero, cuando se esté preparando el proyecto de pliego de reclamos. El segundo momento, se da después de la presentación del pliego de reclamos y es necesaria para afrontar el desarrollo de la negociación colectiva, por lo que el plazo de entrega debe ser lo más inmediato posible.

En ese sentido, los supuestos de acuerdo a la norma que se podrían presentar en la realidad, serían los siguientes casos:

- a) Cuando exista una negativa a entregar la información al sindicato: esta negativa puede ser de *manera explícita*, de manera escrita o verbal, o de *manera implícita*, cuando se omite responder la solicitud presentada por el sindicato.

- b) Cuando se suministra la información de manera incompleta: esto es que por ejemplo, el sindicato solicita información sobre la situación económica, financiera y laboral, y el empleador proporciona únicamente la información económica y financiera, omitiendo proporcionar la laboral. Esto se configuraría en una causal de mala fe, es por ello que cuando la información solicitada no puede ser proporcionada, el empleador debería consensuarlo con el sindicato, a fin de no ser considerada como incompleta o impertinente para los objetivos que busque conseguir el sindicato. En otras palabras, el empleador debería mostrar interés en llegar a un acuerdo con el sindicato sobre la proporción de dicha información requerida.

- c) Cuando se suministra la información, pero de manera extemporánea. Es decir, el empleador tiene un plazo estimado para proporcionar la información solicitada por el sindicato. Dicho supuesto se ve enmarcado

en el artículo 38 del Reglamento de la LRCT, el cual señala: “*La información que ha de proporcionarse a la comisión negociadora conforme al artículo 55 de la Ley, podrá solicitarse dentro de los (90) días naturales anteriores a la fecha de la caducidad de la convención vigente*”.

Si bien puede existir un retraso injustificado por parte del empleador, al no hacer la entrega de dicha información en un lapso de tiempo corto, pudiendo ser tomado como un acto de mala fe; el empleador puede considerar las siguientes circunstancias que eximiría dicho retraso como un acto de mala fe. Los dos supuestos son: 1. Dicha información era proporcionada al sindicato todos los años en esa misma fecha (ej.: en el mes de mayo). 2. Que por diversas circunstancias exista un limitante para proporcionar dicha información antes de la fecha.

c) Negarse a entregar la información acordada por las partes o precisada por la Autoridad Administrativa de Trabajo.

La presente causal enmarca dos supuestos legales:

El primero es aquel relacionado al artículo 55 del TUO de la LRCT, en el cual ambas partes se ponen de acuerdo para la entrega de la información requerida o es precisada por la AAT.

El segundo supuesto que enmarca la causal en mención, se encuentra en el artículo 56 del TUO de la LRCT, cuyo primer párrafo señala lo siguiente: *“En el curso del procedimiento, a petición de una de las partes o de oficio, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, a través de una oficina especializada, practicará la **valorización de las peticiones de los trabajadores y examinará la situación económico – financiera de las empresas y su capacidad para atender dichas peticiones**, teniendo en cuenta los niveles existentes en empresas similares, en las misma actividad económica o en la misma región”*.

Mediante la Directiva N° 001-2007-MTPE/2/9.3 se busca regular los plazos de entrega de la información solicitada de parte o por la Autoridad Administrativa de Trabajo – AAT.

Dicho plazo consta 08 días hábiles para la entrega, pudiéndose prorrogar por 05 días hábiles más, por causas, debidamente fundamentadas, bajo apercibimiento de ser sancionada pecuniariamente. Asimismo, si la empresa al presentar la información requerida, incurriese en una observación por parte de la AAT, se otorgará un plazo de 03 días hábiles para la absolución de dichas observaciones.

d) No guardar reserva absoluta sobre la información recibida siempre que la misma no sea de carácter público.

Respecto de la presente causal, deben concurrir determinadas características para que la misma se configure. La primera es que debe existir una clara divulgación de información. El segundo requisito es que dicha información sea de carácter reservada, privada. El tercer requisito es que debe existir el “animus nocendi” es decir, buscar obtener un beneficio para si mismo y/o causar perjuicio al empleador.

Respecto del tercer requisito, en la Casación Laboral N° 1396-2011-Lima, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, se señala que “*para la configuración de la falta grave referida a "El uso o entrega a terceros de información reservada de empleador; la sustracción o utilización no autorizada de documentos de la empresa", **no basta la acreditación del hecho objetivo, requiriéndose también que la falsedad obedezca a la voluntad del trabajador de causar perjuicio al empleador***”. (AELE, 2018)

- e) **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.**

La presente causal de mala fe señala dos supuestos:

El primero refiere a la negativa del empleador para recibir a los representantes del sindicato. Dentro de dicho grupo de representantes deben ser considerados los asesores, pues muchas veces, la negativa a recibir a dichos representantes se sustenta en el cuestionamiento de su legitimidad para obrar en representación del sindicato.

Por otro lado, también existen los casos en que el empleador se niegue a negociar con los representantes legítimos del sindicato, cuestión que ha sido tratada tanto por el TUO de la LRCT, su reglamento y la OIT.

El segundo supuesto se enmarca en la negativa a negociar en los plazos establecidos en la Ley. En este caso, el sustento fundamental para alegar dicha causal es el retraso en el tiempo por parte del empleador o del sindicato, los cuales se pueden presentar al momento de convocar a la primera reunión de la negociación colectiva, a través de una invitación o comunicación escrita por parte de las empresas a sus sindicatos.

El segundo momento, se presenta en la propia instalación de la mesa de negociación, cuando una de las partes se niegue a negociar o a iniciar las conversaciones para alcanzar ese fin, a pesar que no lleguen a un acuerdo en concreto; es por ello que el legislador, consideró necesario precisar en la norma laboral, un plazo máximo de diez (10) días calendario contados a partir de presentado el pliego de reclamos para que ambas partes inicien dichas negociaciones.¹⁴

Se debe tener presente que, en cuanto a la determinación de la mala fe en esta causal, no basta con tener en cuenta el factor tiempo, pues el retraso puede ser justificado y aceptado por parte del sindicato, en tanto éste haya manifestado su conformidad y no se haya visto afectado.

f) Ejercer presión para obtener el reemplazo de los integrantes de la representación de los trabajadores o del empleador.

Esta causal esta referida a desconocer en primer término la legitimidad de representatividad de un miembro del sindicato. En ese sentido, se considerará como acto de mala fe cuando se desconoce a uno de los miembros de la comisión negociadora el derecho de gozar de permiso remunerado sólo por el hecho de no ser dirigente sindical y sí reconocérselo a los dirigentes violando

¹⁴ El artículo 57 del TUO de la LRCT señala que: “*La negociación colectiva se realizará en los plazos y oportunidades que las partes acuerden, dentro o fuera de la jornada laboral, y debe iniciarse dentro de los diez (10) días calendario de presentado el pliego.*”

así un mínimo criterio de equidad y su derecho a un trato similar no discriminatorio.

g) Ejercer fuerza física en las cosas, o física o moral en las personas, durante el procedimiento de negociación colectiva

Este supuesto esta referido al caso de un trabajador perteneciente al sindicato o que ejerza representación del mismo, el cual se encuentra físicamente impedido de ejercer sus labores dentro de la empresa por su estado de salud. Un ejemplo, sería cuando el trabajador tiene un problema lumbar, requiriendo un mejor mobiliario con características ergonómicas, para el desarrollo de sus funciones, y el empleador, conociendo dicha situación, no toma ninguna decisión al respecto. Ahora bien, dichos actos por parte del empleador a no apoyar al trabajador, tienen que tener como finalidad entorpecer el desarrollo de la negociación colectiva.

Es decir, tiene que existir una conexión entre los actos que propician la incomodidad del trabajador para desempeñar sus funciones, con la finalidad de dilatar, entorpecer o impedir el arribo a un acuerdo en la negociación.

Es necesario tener presente que en el presente caso existe además de la mala fe, un incumplimiento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.

h) Los actos de hostilidad ejercidos contra los representantes de los trabajadores o los trabajadores afiliados al sindicato.

Esta causal al igual que las anteriores no se refiere a todos los actos de hostilidad que puedan ejercer el empleador contra los representantes de los trabajadores o de los trabajadores afiliados al sindicato, sino que dichos actos deben estar relacionados con el proceso de negociación colectiva o que puedan afectar el desarrollo del mismo.

En el derecho individual de trabajo, el artículo 30 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), se considera como actos de hostilidad los siguientes:

- La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador.
- La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría;
- El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio;
- La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador.
- El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia;

- Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier índole;
- Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador;
- La negativa injustificada de realizar ajustes razonables en el lugar de trabajo para los trabajadores con discapacidad.

Los actos de hostigamiento sexual se investigan y sancionan conforme a la Ley sobre la materia.

Asimismo, la investigación señalada como antecedente de la presente, precisó tres supuestos en los que se manifiestan actos de hostilidad contra los miembros del sindicato.

El primero se refiere al desconocimiento de un trabajador como parte de la comisión negociadora por carecer de la condición de dirigente sindical.

El segundo, se refería a la retención de cuotas sindicales, las cuales eran indebidas, debido que limitaban de forma injustificada los recursos del mismo sindicato.

El tercer supuesto, está recogido en el artículo 30 del TUO de la LTCL y se refiere a la reducción inmotivada de categoría.

i) El incumplimiento injustificado de las condiciones acordadas por las partes para facilitar la negociación.

En cuanto al presente supuesto, es preciso señalar que las partes de una negociación colectiva tienen la obligación de actuar de buena fe, en ese sentido están obligados a cumplir con lo acordado mutuamente, lo cual se puede dar en cuatro momentos. El primero cuando se suspenden unilateralmente las reuniones dentro de la negociación colectiva. La segunda, cuando se realiza la suspensión de viáticos por ejercer medidas de fuerza. El tercer supuesto se manifiesta cuando se da una reducción inmotivada de categoría.

j) Cualquier práctica arbitraria o abusiva con el objeto de dificultar, dilatar, entorpecer o hacer imposible la negociación colectiva.

La presente causal tiene un alcance general, en el sentido que no precisa cada uno de los casos en los que se pueden considerar como actos de mala fe, sin embargo, hay que tener presente que dichos actos de manera aislada no necesariamente pueden constituir actos de mala fe, sin embargo, de forma conjunta, si lo pueden hacer.

Un ejemplo se muestra en la página 79 de la tesis presentada por la Magíster Carole Ivonne Neyra Salazar, denominada “EL ARBITRAJE POTESTATIVO COMO FORMA DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES”, en la cual señala como una de la casuística relacionada a la presente causal, el impedimento del ingreso del asesor del sindicato.

La configuración de la mala fe se dio por diferentes situaciones o circunstancias que convencieron al Tribunal de que dicha mala fe existía. En primer término, el Tribunal Arbitral declaró que se había constituido la mala fe porque la empresa no permitió al sindicato que el asesor ingrese a la mesa de negociación conjuntamente con los representantes del sindicato, indicando, además, que dicho acto, muy aparte de ser uno de mala fe, era un incumplimiento al TUO de la LRCT. El segundo momento, se determinó cuando se le permitió al asesor participar de la reunión, sin embargo, en la comunicación por la cual se convocaba a dicha reunión, se consignó en un párrafo: *“Por último, se les reitera que la política de la empresa ha sido siempre la de tener reuniones de trato directo en nuestras instalaciones entre los representantes de cada comisión, **sin la participación de los asesores, para ninguna de las partes**”*, revelando claramente su no predisposición a respetar el derecho del sindicato a contar con un asesor, sin embargo, a pesar de ello, el asesor participó de la reunión. Finalmente, el tercer caso, que consideró el Tribunal fue el hecho que el asesor fue invitado a participar de una reunión con el empleador, pero sentándose fuera de la mesa de

negociación, encontrándose en la parte de atrás. El Tribunal Arbitral determinó que ello limitó su participación, por tanto, teniendo en cuenta los demás casos y la suma de los mismos, se puede concluir que la empresa busca entorpecer, dilatar o afectar de cualquier manera el proceso de negociación al no permitir el libre derecho del sindicato de contar con un asesor, por tanto, la suma de los casos presume una mala fe, a pesar de que ellos individualmente no serían suficientes para llegar a dicha conclusión.

- k) 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.**

Esta causal está referida a la intromisión en el desarrollo de las funciones que son propias de los sindicatos, por parte de la empresa. Asimismo, es necesario precisar que tanto el artículo 4 del TUO de la LRCT como el artículo 8 del Reglamento de la LRCT, precisan la prohibición de injerencia por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo – AAT, como la empresa empleadora, respecto a la gestión propia de los sindicatos.

El artículo 4 del TUO de la LRCT señala: *“El Estado, los empleadores y los representantes de uno y otros deberán abstenerse de toda clase de actos que tiendan a coactar, restringir o menoscabar, en cualquier forma, el derecho de sindicalización de los trabajadores, y de intervenir en modo alguno en la creación, administración o sostenimiento de las organizaciones sindicales que éstos constituyen.”*

El artículo 8 del Reglamento de la LRCT precisa: *“En los conflictos inter o intra sindicales la Autoridad de Trabajo se atenderá a lo que resuelve el Poder Judicial”*.

1) Discriminar entre trabajadores con el fin exclusivo de incentivar o desestimular la afiliación o desafiliación sindical

Esta causal está referida a cualquier acto que tenga como finalidad generar una discriminación a un trabajador que por su condición de afiliado o por su deseo de serlo, se ve perjudicado en determinadas actividades laborales o evaluaciones, que pueden resultar beneficiosas para él, sin embargo, el empleador lo priva de ello, por la condición o circunstancia descrita.

2.3. Registro de Árbitros

El artículo 64 del TUO de la LRCT, precisa que *“El arbitraje puede estar a cargo de un árbitro unipersonal, un tribunal ad – hoc, una institución representativa, la propia Autoridad de Trabajo, o cualquier otra modalidad que las partes específicamente acuerden, lo que constara en el acta de compromiso arbitral. Si no hubiere acuerdo sobre el órgano arbitral se constituirá de oficio un tribunal tripartito integrado por un árbitro que deberá designar cada parte y un presidente designado por ambos árbitros o, a falta de acuerdo, por la Autoridad de Trabajo. En ningún caso podrán ser árbitros los abogados, asesores, representantes, apoderados o, en general, las personas que tengan relación con las partes o interés, directo o indirecto, en el resultado. Las normas procesales serán idénticas para toda forma de arbitraje y están regidas por los principios de oralidad, sencillez, celeridad, inmediatez y lealtad (...)”*.

El Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas fue creado con el Decreto Supremo N° 014-2011-TR (artículo 2). Posteriormente, con la emisión de la Resolución Ministerial N° 284-2011-TR, se emitieron normas complementarias a las disposiciones establecidas en el Decreto Supremo N° 014-2011-TR, sobre arbitraje en materia de relaciones colectivas de trabajo, señalando en su artículo 3 los Requisitos de los árbitros para la negociación colectiva en entidades y empresas del Estado, en ese sentido precisa: *“Para arbitrar en el proceso de negociación colectiva en entidades y empresas del Estado sujetas al régimen*

laboral de la actividad privada”. Además, en el artículo 4 de la norma en mención, precisa que *“en el arbitraje de negociaciones colectivas es aplicable supletoriamente el Decreto Legislativo N° 1071, Norma que regula el arbitraje, y sus normas modificatorias, en lo que resulten aplicables con su naturaleza”.*

2.4. Los requisitos para pertenecer en el Registro Nacional de Árbitros de Negociación Colectivas

Los requisitos se encuentran debidamente estipulados en el artículo 1 de la Resolución Ministerial N° 331- 2011-TR, el mismo que señala: “pueden inscribirse en el Registro de Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas las personas naturales que se encuentren en pleno ejercicio de sus derechos civiles y que acrediten el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a. Título Profesional.
- b. Registro hábil del colegio profesional correspondiente, en los casos en que la colegiación es obligatoria por ley.
- c. Experiencia en el ejercicio profesional y/o en la docencia universitaria en la materia, no menor de cinco (5) años.
- d. No encontrarse inhabilitado para prestar servicios para el Estado y/o ejercer la función pública.
- e. No haber sido sancionado a consecuencia de su ejercicio profesional por el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional o algún colegio profesional.”

Asimismo, el artículo 2, precisa que, en caso de tratarse de funcionarios y servidores públicos, dichos cargos son incompatibles con la la función de árbitro, es decir, éstos se encuentran imposibilitados de ejercer dicha función, por lo tanto, tampoco pueden pertenecer al Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas, esto de conformidad al artículo 21 de la Ley de Arbitraje.¹⁵

Por otro lado, el artículo 3 señala que en caso se disponga en las normas sobre relaciones colectivas de trabajo o una o ambas partes soliciten, la Dirección General de Trabajo designará al árbitro atendiendo a los siguientes criterios:

- a) Debe contar con registro hábil del Registro Nacional de árbitros de Negociaciones Colectivas.
- b) Tratándose de Negociaciones Colectivas en entidades y empresas del Estado sujetas al régimen laboral de la actividad privada, debe haber culminado el Curso de Capacitación sobre Negociaciones Colectivas en el Sector Público de conformidad con lo dispuesto en la Resolución Ministerial N° 284-2011-TR.
- c) En ningún caso podrán ser árbitros los abogados, asesores, representantes, apoderados o, en general, las personas que tengan relación con las partes o interés, directo o indirecto, en el resultado.

¹⁵ El artículo 21 del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, señala: “*Tienen incompatibilidad para actuar como árbitros los funcionarios y servidores públicos del Estado peruano dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad respectivas*”.

- d) En ningún caso podrán ser árbitros en Negociaciones Colectivas con entidades y empresas del Estado sujetas al régimen laboral de la actividad privada, los funcionarios o servidores públicos.

2.5. Naturaleza Jurídica

La determinación de la naturaleza del Arbitraje Potestativo al ser uno de los objetivos específicos de la presente investigación, será tratado en la Discusión.

2.6. Designación de Árbitros

2.6.1. Reglas de Designación de Árbitros

De conformidad con la Resolución Ministerial N° 004-2012-TR-DVMT, la cual aprobó la Directiva General “Lineamientos para la aplicación del principio de publicidad en la designación de Árbitros y presidentes de Tribunales Arbitrales a cargo de la autoridad central de trabajo y del registro de laudos arbitrales correspondientes al sector privado”, las reglas de designación de Árbitros que precisa dicha Directiva se aplica en los siguientes casos:

- a) En los procesos arbitrales en materia de conflictos colectivos en los que le corresponde a la Dirección General de Trabajo dicha labor.
- b) En los arbitrajes potestativos o voluntarios con empleadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, incluyéndose en esta lista a

las entidades estatales o empresas públicas a las que se aplique dicho régimen. En este caso las reglas se aplicarán cuando las partes a cargo de la designación de árbitros no han cumplido con dicha designación o cuando no hayan sustituido al árbitro dentro del plazo correspondiente.

- c) En caso que los árbitros designados por las partes o por la Dirección General de Trabajo, no hayan acordado la identidad del presidente del Tribunal Arbitral.

En este punto hay que tener presente que en cuanto a las reglas de la Directiva sobre designación del presidente del Tribunal Arbitral no son de aplicación para el Consejo Especial, en cuyo caso será de aplicación el Decreto Supremo N° 009-2012-TR.

2.6.2. Procedimiento de Designación

- a) Designación de árbitros o presidentes de Tribunales Arbitrales por la Dirección General de Trabajo.

En el caso del Arbitraje voluntario, las partes designan a los árbitros en un plazo no mayor a los cinco (05) días hábiles, contados desde que se suscribe el “compromiso arbitral”. (artículo 49 del Reglamento de la LRCT)

En el caso del Arbitraje Potestativo, la parte contra la que se interpuso el Arbitraje Potestativo esta obligado a designar a su árbitro en un plazo no mayor a cinco (05) días hábiles, contados desde que se le notifica la comunicación por escrito de su contraparte, en la cual designa su árbitro.

En caso no se cumplieran con los plazos anteriores, la Dirección General de Trabajo designa al árbitro correspondiente, siendo el costo del mismo asumido por la parte responsable de dicho incumplimiento.

En el supuesto que alguno de los árbitros dejara de asistir o renunciara, la parte afectada deberá sustituirlo en el término tres (03) días hábiles. En caso no se diera, le corresponde al presidente del Tribunal Arbitral solicitar a la Dirección General de Trabajo su sustitución.

Respecto a la designación del presidente del Tribunal Arbitral, los árbitros designados por las partes deberán elegirlo dentro del plazo máximo de quince (15) días calendario, siendo este plazo contabilizado desde la aceptación del último de los árbitros nombrado por las partes o desde que la Dirección General de Trabajo lo designa y esto es comunicado por las partes mediante auto directoral general, todo ello en aplicación supletoria del inciso b) del artículo 23 de la Ley de Arbitraje. En el supuesto que no se llegase a un acuerdo sobre la designación, los árbitros podrán comunicar a la Dirección General de

Trabajo dentro del plazo de los quince días calendario antes señalados, o en su defecto a partir del decimo sexto día, los árbitros o cualquiera de las partes interesadas podrán poner en conocimiento dicho desacuerdo.

Si la designación tanto de Árbitros o del presidente del Tribunal Arbitral se da por la Dirección General de Trabajo, ésta se realizará mediante sorteo público, aleatorio y por turnos rotativos, siendo las partes citadas para presenciar dicho acto. Si una de ellas no pudiese asistir, se procederá a invitar a un funcionario público de nivel F-5 del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo del acto del sorteo.

En el sorteo se elegirá un número correspondiente al Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas del sector privado y la designación formal del árbitro sorteado será mediante un auto directoral general por la Dirección General de Trabajo, quedando a su vez excluido de futuros sorteos hasta que todos los árbitros hayan sido sorteados y designados por la Dirección General de Trabajo para conformar un Tribunal Arbitral. Esta elección aleatoria de uno de los profesionales inscritos en el registro de árbitros, es presenciada por las partes. Asimismo, el auto directoral que designa a un árbitro o a un presidente del Tribunal Arbitral es inimpugnable de conformidad con lo señalado en el artículo 25 de la Ley de Arbitraje. Sin embargo, las partes tienen el derecho de recusar a los árbitros, mediante el

procedimiento de Arbitraje (potestativo o voluntario), una vez que se instaló el Tribunal Arbitral.

Es facultad del árbitro elegido excusarse de participar, en ese caso la Dirección General de Trabajo realizará un segundo sorteo, exceptuando a los árbitros ya elegidos, siguiendo el proceso antes descrito.

El artículo 64 de la LRCT señala que cada árbitro deberá ser imparcial e independiente de las partes a la hora de aceptar la designación y permanecerá a lo largo del procedimiento arbitral hasta que se dicte el laudo o el procedimiento se concluya de forma definitiva por cualesquiera otros medios.

En caso que el árbitro tenga dudas sobre su imparcialidad o independencia, deberá negarse a aceptar su designación, debiendo comunicar sus razones a la Dirección General de Trabajo, antes de su designación o dentro de un plazo no mayor de tres (03) días hábiles siguientes a la notificación de dicha designación.

- b) Respecto de la remisión de Laudos emitidos en Arbitrajes Potestativos y voluntarios del sector privado a la Dirección General de Trabajo

El árbitro o el presidente del Tribunal Arbitral debe devolver a la Autoridad de Trabajo, en un plazo de cinco (05) días hábiles, el expediente de la negociación colectiva y/o proceso arbitral. En caso no fuese así, la Autoridad Administrativa de Trabajo deberá comunicar a la Dirección General de Trabajo bajo responsabilidad. Posteriormente, la Dirección General de Trabajo será la encargada de requerir por escrito el expediente y el laudo correspondiente.

Con la recepción del Expediente, la Autoridad Administrativa de Trabajo remitirá a la Dirección General de Trabajo, en un plazo de tres (03) días, una copia fedateada del laudo arbitral que puso fin al conflicto. Esto con la finalidad de hacer un seguimiento de los efectos del Decreto Supremo N° 014-2011-TR en el desarrollo de la negociación colectiva del sector privado a nivel nacional y a la labor de los Árbitros.

3. Negociación Colectiva de Trabajo

3.1. Definición de Negociación

A fin de analizar qué es la Negociación Colectiva es preciso entender cual es su razón de ser, o que finalidad busca. La OIT precisa que tiene dos objetivos, siendo el primero: determinar las remuneraciones y las condiciones de trabajo de aquellos trabajadores a los cuales se aplica un acuerdo que se ha alcanzado mediante negociaciones entre dos partes que han actuado libre, voluntaria e independientemente. Por otro lado, hace posible que empleadores y trabajadores definan, mediante acuerdo, las normas que regirán sus relaciones recíprocas. (OIT, 2019)

La Negociación Colectiva se da entre un empleador, un grupo de empleadores una o más organizaciones de empleadores, por un lado, y una o más organizaciones de trabajadores (sindicatos).

En resumen, la Negociación Colectiva es el proceso de diálogo entre los trabajadores y el empleador, por intermedio de sus representantes, orientado a lograr acuerdos en materia remunerativa, de condiciones de trabajo y productividad, que regulen las relaciones laborales entre dichas partes. (MINTRA, 2020)

3.2. Sustento Normativo

La OIT señala que, para el funcionamiento de la Negociación Colectiva, se requiere de cimientos democráticos y un marco jurídico que aseguren la independencia y participación efectiva de los interlocutores sociales. En tal sentido, el sustento internacional se da mediante los Convenios suscritos por los Estados referentes a la protección de este derecho. Dentro de ellos se encuentra: el Convenio N° 87 sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación (1948) y del Convenio N° 98, sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva (1949). Asimismo, se encuentran las Recomendaciones de la OIT relacionados a la Negociación Colectiva, los cuales señalan principios y derechos de los trabajadores de determinados sectores económicos, tal es el caso de Recomendación N° 91 sobre los Contratos Colectivos (1951), Recomendación N° 143 sobre los Representantes de los Trabajadores (1971), Recomendación N° 149 sobre las Organizaciones de Trabajadores Rurales (1975), Recomendación N° 159 sobre las Relaciones de Trabajo en la Administración Pública (1978) y la Recomendación N° 163 sobre la Negociación Colectiva (1981).

A nivel nacional, el Perú ha suscrito los Convenios y Recomendaciones relacionadas a la Negociación Colectiva de Trabajo, siendo miembro de la OIT desde el año 1919, habiendo ratificado en total 76 convenios (67 actualmente vigentes).

3.3. Niveles de Negociación Colectiva

3.3.1. De Empresa

Cuando se aplica a todos los trabajadores de empresa o a los de una categoría, sección o establecimiento determinado de aquella.

3.3.2. Por Rama de Actividad

Cuando comprende a todos los trabajadores de una misma actividad económica.

3.3.3. De Gremio

Cuando se aplica a todos los trabajadores que desempeñen una misma profesión, oficio o especialidad en distintas empresas.

3.4. Procedimiento

La Negociación Colectiva inicia mediante la presentación del pliego de reclamos, directamente al empleador en el caso de una negociación a nivel de empresa o, a través de la Autoridad Administrativa de Trabajo, si es a nivel de rama de actividad o gremio.

El Pliego de Reclamos deberá contener:

- Denominación, número de registro y domicilio del organismo sindical, o a las indicaciones que permitan identificar al grupo de trabajadores que lo presente.

- Nómina de los integrantes de la comisión negociadora, con las atribuciones de ésta.
- Nombre o denominación social y domicilio del empleador.
- Proyecto de convenio colectivo.
- Copia de la comunicación remitida al empleador tratándose de negociaciones a nivel de empresa.
- Firma de los representantes de los trabajadores.

El Pliego de Reclamos deberá ser presentado no antes de 60 días ni después de 30 días calendario anteriores a la fecha de caducidad de la convención vigente.

En caso se presentase con posterioridad a dicho plazo (30 días previos), su vigencia se postergará en forma directamente proporcional al retardo.

3.5. Etapas

Las etapas de la negociación colectiva son las siguientes:

a) Negociación Directa

La negociación Directa inicia dentro de los 10 días calendario presentado el pliego de reclamos, debiendo este último ser admitido por la autoridad Administrativa de Trabajo.

En esta etapa las partes se reúnen a fin de encontrar una solución al pliego de reclamos, suscribiendo acuerdos parciales o el convenio colectivo, en caso de llegar a un acuerdo final.

b) Conciliación

La conciliación es la etapa del procedimiento de negociación colectiva, mediante la cual un conciliador aplicando los principios de flexibilidad y simplicidad, debe desempeñar un papel activo en la promoción del acuerdo entre las partes, con la finalidad que éstas lleguen a una solución mutuamente satisfactoria en torno al pliego de reclamos.

c) Arbitraje o Huelga

En esta etapa se presentan dos opciones al sindicato de trabajadores por las cuales deberán optar. En caso del Arbitraje (voluntario o potestativo), este es un medio alternativo, el cual consiste en que un Árbitro o Tribunal Arbitral, según sea el caso, lleve a cabo el proceso arbitral, recibiendo de ambas partes sus propuestas finales, para así emitir un laudo arbitral que recoja en su integridad una de las propuestas antes mencionadas. (MINTRA, 2020)

En el caso de la Huelga, el cual es un derecho constitucional que le asiste al sindicato de trabajadores, deberá contar con determinados requisitos para su legalidad, siendo una medida de presión que afecta a ambas partes. Este derecho será tratado con mayor profundidad y alcance más adelante, en lo concerniente a los derechos sindicales.

3.6. Efectos de la Convención Colectiva

La convención colectiva tiene fuerza vinculante en razón de obligar a quienes la adopten, a las personas en cuyo nombre se celebró y a quienes les sea aplicable, así como a los trabajadores que se incorporen con posterioridad a la empresa, con excepción de quienes ocupan puestos de dirección o desempeñan cargos de confianza.

La Convención colectiva rige desde el día siguiente al de caducidad de la convención anterior o, si no lo hubiera, desde la fecha de presentación del pliego de reclamos.

Dicha vigencia continúa hasta el vencimiento de su plazo, en caso de fusión, traspaso, venta, cambio de giro del negocio y otras situaciones similares.

Asimismo, rige durante el periodo que acuerden las partes, siendo que, a falta de acuerdo, su duración será de un (01) año.

Las partes tienen la potestad de suscribir un Convenio Colectivo sin necesidad de recurrir al Proceso de Negociación Colectiva ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, para lo cual deberán presentar comunicación dirigida a la Sub Dirección de Negociaciones Colectivas o dependencia que haga a sus veces, adjuntando el convenio respectivo, con la finalidad que la precitada dependencia proceda a su registro.

3.7. Derecho Colectivo de Trabajo

3.7.1. Definición

El Derecho Colectivo de Trabajo forma parte del Derecho General del Trabajo, avocándose al estudio de las organizaciones sindicales, las negociaciones y Convenciones Colectivas de Trabajo, los conflictos colectivos y el ejercicio del derecho de huelga.¹⁶

El Derecho Colectivo del Trabajo también es conocido con otras denominaciones, tales como, Derecho Industrial, Derecho Obrero o Derecho Sindical.

El Derecho Colectivo de Trabajo se ocupa, como en todo derecho laboral, del trabajo subordinado, pero de un grupo o conjunto de personas (los trabajadores dependientes), y fija las condiciones para protegerlos, y asimismo reglamenta los fenómenos laterales que derivan de ese hecho, especialmente organizaciones socioeconómicas, tales como la empresa, el sindicato, etc. (BOZA FERNÁNDEZ, 1998)

3.7.2. Diferencia con el Derecho Individual del Trabajo

Parte de la Doctrina ha sostenido que el Derecho Colectivo de Trabajo es un derecho individual, puesto que los beneficios de la Negociación

¹⁶ El doctor Rendón Vásquez, citado por el doctor Haro Carranza, señala que existen tres grandes aspectos, a saber: de las organizaciones sindicales, de la prevención y solución de los conflictos de trabajo, en los que intervienen las organizaciones sindicales; y de las paralizaciones colectivas de trabajo.

Colectiva, terminan siendo aplicados individualmente, en ese sentido, el derecho colectivo sería solo una ficción.

Actualmente, la doctrina sostiene que se considera al Derecho Colectivo de Trabajo como una rama del derecho laboral, por cuanto, su especial naturaleza, se caracteriza por aplicarse a grupos, entidades o asociaciones y no individuos aisladamente, por tanto, las decisiones se dirigen al colectivo.

La diferencia que existe entre el Derecho Individual del Trabajo con el colectivo, es que el primero estudia al contrato de trabajo, entendiéndolo como una labor personalísima, donde existe una subordinación que es el elemento principal del contrato de trabajo, y donde se paga una remuneración. Por tanto, el énfasis subyace en las obligaciones y los derechos que tiene el trabajador “individualmente” según dicho contrato. Por su parte, el Derecho Colectivo de Trabajo, se avoca a estudiar al grupo humano de trabajadores en su conjunto, que por lo general se ve en la figura del sindicato, atendiendo entonces al estudio de la relación de este con el empleador.

3.7.3. Fuentes del Derecho Colectivo del Trabajo

Las fuentes del derecho consisten en acontecimientos jurídicos ya sean actos o hechos que sirven para crear modificar o extinguir normas. Dentro

de las fuentes del derecho colectivo de trabajo encontramos a las generales y específicas.

3.7.3.1. Fuentes Generales

a) La Ley

Conocida en este sentido como la norma escrita, dictada por el orden público, frente a las necesidades y para el bien de la convivencia social.

b) La Costumbre

La costumbre es definida como un conjunto de hábitos o prácticas que son regularmente mantenidos en una comunidad o profesión, las cuales se vuelven obligatorias. Se debe tener en cuenta que, para reconocer la fuerza jurídica de una costumbre se reclama la comprobación de la presencia de los elementos clásicos o sea de una práctica constante durante un tiempo, no necesitando que ésta tenga aceptación general.¹⁷

c) La jurisprudencia

La jurisprudencia lo constituye todos los fallos firmes o definitivos de las autoridades judiciales, y su principal labor

¹⁷ El doctor Haro Carranza señala, en su libro: *El Derecho Colectivo de Trabajo*, que: “*Se admite la eficacia de la costumbre de un establecimiento o empresa, siempre que se reúnan los requisitos materiales y el elemento psicológico.*”

es que permite aplicar el mismo criterio para casos o conductas parecidas.

Para el derecho del trabajo, la doctrina constituye una fuente enriquecedora, por cuanto ha servido, como lo señala Haro Carranza, como “*proyectora de la doctrina al medio social y aún como sustituto de la legislación (...)*”, por tanto, se habla de una “*justicialización*” del derecho del trabajo gracias al aporte determinante de la jurisprudencia.

Por otro lado, el doctor Haro Carranza, hace hincapié en que la dimensión de esta fuente guarda relación con la amplitud del campo que le dejan a los fallos de los tribunales de trabajo las apuntadas características de la legislación laboral, así como con el peso que adquieren las convicciones de los magistrados en las decisiones judiciales sobre la materia social. (HARO CARRANZA, 2009)

d) La Doctrina

La doctrina por definición, está constituida por los puntos de vista, opiniones y estudios serios de en materia laboral. Este trabajo se traduce en obras especializadas, conferencias, investigaciones, revistas, etc.

Tienen importancia mediata en la interpretación y aplicación del derecho, ya que el prestigio y la autoridad de los destacados juristas influyen a menudo sobre la labor del legislador e incluso en la interpretación judicial de los textos vigentes.

e) Principios del Derecho Laboral

Son preceptos normativos, o directrices que se aplican ante la ausencia o vacíos de la ley laboral.

3.7.3.2. Fuentes Especiales

a) El Contrato de Trabajo

El Contrato de Trabajo, constituye un acto jurídico, cuyos requisitos están establecidos en el Código Civil, en el artículo 140 que norma todo lo relacionado a su validez. Este a su vez, como se señaló anteriormente, puede ser expreso o tácito, pues basta el inicio de la relación laboral o de trabajo para que se pueda confirmar la existencia de derechos y obligaciones.

El Contrato de Trabajo es fuente del derecho colectivo del trabajo por cuanto sirve para sustento de derechos y obligaciones entre el trabajador y el empleador, debido que

todo parte de dicho contrato para normar la relación colectiva
o individual de trabajo.

b) El Contrato Colectivo de Trabajo

Este contrato a diferencia del anterior, es suscrito por el sindicato con el empleador. Generalmente es suscrito después de solucionados los pliegos de reclamos, conteniendo incrementos en las remuneraciones y mejoras en las condiciones de trabajo. Este contrato es conocido por diferentes acepciones, tales como: “contrato de paz social”, “concordato de trabajo”, “tratado intersindical”, “acuerdo corporativo”, entre otros. (BERNUY ALVAREZ, 2010)

En el Contrato de Trabajo se produce una suma de contratos individuales; y la gran diferencia que existe con el anteriormente citado, es que se ejecuta en forma colectiva por la pluralidad de sujetos. (GOMEZ VALDEZ, 2007)

c) El Reglamento Interno de Trabajo

El Reglamento Interno constituye la norma que regula las relaciones internas de una empresa, y debe estar autorizado y refrendado por la Autoridad de Trabajo.

Entre las disposiciones que puede contener se encuentran:

- a. La admisión o ingreso de los trabajadores.
- b. La jornada y horario de trabajo
- c. Las normas de control de asistencia.
- d. Las normas de permanencia en el puesto de trabajo.
- e. La modalidad de los descansos semanales.
- f. Los derechos y obligaciones del empleador.
- g. Los derechos y las obligaciones del trabajador.
- h. Las normas tendentes a la armonía laboral.
- i. Las medidas disciplinarias.
- j. La persona o dependencia encargada de atender las reclamaciones laborales.
- k. Las normas elementales que se deben observar para evitar accidentes de trabajo.

Otras disposiciones que se consideren necesarias.

3.7.4. Principios del Derecho Colectivo del Trabajo

De conformidad con el doctor Haro Carranza, “*Los principios del Derecho de Trabajo son lineamientos o preceptos que orientan e inspiran la normatividad en materia laboral*”. (HARO CARRANZA, Derecho Colectivo de Trabajo, 2004)

El doctor Jorge Rendón Vásquez señala que existe una diferencia entre un principio adoptado por la legislación de otra norma legal es el carácter más abstracto que aquél tiene, su campo más extenso dentro del cual el operador del derecho puede jugar para resolver un litigio, o conceder o denegar una petición, esto a su vez, separa los principios legislados de los doctrinales, cuya aplicación solo procede a falta de norma y en el orden previsto por la ley, no admitiéndose una oposición contra estos.
(RENDÓN VASQUEZ)

Asimismo, el jurista Antonio Vásquez Vialard y el profesor De Castro señalan, respecto de los principios del derecho en general, que cumplen las siguientes funciones: la primera es la función *informativa*, es decir sirven para inspirar al legislador, la segunda función es la *normativa*, la cual actúa subsidiariamente, pues en ausencia de una ley integran el derecho; y finalmente la tercera función que es la *interpretativa*, puesto que los principios constituyen un criterio orientador para el intérprete de las normas jurídicas, ya que como se señaló líneas arriba, una norma legal no podría ir en contra de un principio, es por ello que esta función servirá para restringir el campo de interpretación de la norma jurídica y circunscribirlo al principio rector. (RENDÓN VASQUEZ)

Mario Pasco Cosmópolis, citando al maestro uruguayo Plá Rodríguez, señala que para este último existen seis principios que gobiernan el

derecho del trabajo y son: el Principio Protector, de Irrenunciabilidad de Derechos, de Continuidad de la Relación Laboral, de Primacía de la Realidad, de Razonabilidad y de Buena Fe. (PASCO COSMÓPOLIS, 2009).

En ese orden de ideas, a fin de mantener un orden metodológico, se requiere hacer una diferencia entre los Principios Generales o Fundamentales del Derecho del Trabajo y los Principios Específicos del Derecho Colectivo del Trabajo.

3.7.4.1. Principios Generales o Fundamentales del Derecho del Trabajo

Dentro de los principios Fundamentales del Derecho del Trabajo, reconocidos por la doctrina internacional se encuentran los siguientes:

a) Principio de Irrenunciabilidad de Derechos

Este principio se encuentra contemplado en el inciso 2) del artículo 26 de la Constitución Política del Perú, el mismo que señala: *“En la relación laboral se respetan los siguientes principios: (...) 2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley”*.

Este derecho implica que toda manifestación del trabajador por renunciar a los derechos que le asiste por su condición, es un acto nulo, debido que es considerada una declaración de voluntad contraria al orden público, al ser un mandato de orden constitucional su irrenunciabilidad. Este razonamiento se sustenta en primer término que el derecho antes descrito se encuentra reconocido en la Constitución Política, por tanto, es una norma de orden público. En tal sentido, al no ser cumplida, se afectaría el Principio contenido en el Artículo V del Título Preliminar del Código Civil, el cual señala que *“es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres”*.

El doctor Pasco Cosmópolis señala que *“el principio de Irrenunciabilidad o indisponibilidad viene sufriendo el embate de la individualización de las relaciones de trabajo, que deposita en la autonomía individual muchos de los contenidos que estaban reservados tradicionalmente a la autonomía colectiva. De similar manera, se relativiza el antiguo rigor de la norma imperativa, permitiéndose por vía colectiva puedan ser dejados sin efecto preceptos que antiguamente estaban representados en normas de derecho necesario relativo”*. (PASCO COSMÓPOLIS, 2009)

El doctor Jorge Toyama comenta sobre el Principio de Irrenunciabilidad de Derechos Sociales, el cual requiere para su aplicación lo siguiente: *“primero tiene que haber un derecho que nazca de una ley o que un Convenio Colectivo lo reconozca y, en segundo lugar, tiene que haber un acto expreso del trabajador renunciando o disponiendo de ese derecho. Los casos mas comunes, son, por ejemplo, cuando en una liquidación de beneficios sociales el trabajador señala: “Acepto que he cobrado todos los beneficios laborales y no me deben nada”. Si hubiera algo que reclamar, corresponde aplicar este principio y es nula esa renuncia”. (...) no se aplica el principio, cuando el trabajador dispone de un derecho nacido de un contrato de trabajo, por ejemplo, se acordó S/ 1000.00 soles de Sueldo, pero por acuerdo individual, el trabajador acepta S/ 900.00 soles (...).”* (TOYAMA, 2017)

Contrario a lo señalado, el doctor Víctor García Toma, precisa que este principio solo alcanza a los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, no cubriendo los provenientes de la Negociación Colectiva de Trabajo. Además, el origen de una norma laboral puede provenir de una norma taxativa o dispositiva, siendo la irrenunciabilidad aplicable cuando se

trate de ésta última, la cual opera al no existir manifestación de voluntad, es decir, el Estado las hace valer únicamente por defecto u omisión en la expresión de voluntad de los sujetos de la relación laboral. (GARCÍA TOMA, 2001)

b) Principio de Primacía de la Realidad

El principio de primacía de la realidad, implica sobreponer la realidad (los hechos) que se manifiesta en la relación laboral sobre el contrato verbal o escrito.

El fin de este principio es proteger al trabajador ante situaciones fraudulentas por parte del empleador, respecto al contrato laboral o un contrato civil que esconde un contrato laboral.

Asimismo, es importante para la autoridad administrativa de trabajo, a efectos de resolver conflictos que se presentan en las inspecciones en los centros de trabajo. (HARO CARRANZA, Derecho Colectivo de Trabajo, 2004)

La Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, acoge este principio, en su artículo 2, estableciendo que “*en caso de discordancia, entre los hechos constatados y los hechos*

*reflejados en los documentos formales debe siempre
privilegiar los hechos constatados”.*

c) Principio Protector

Este principio tal como su nombre lo indica, busca proteger la parte más débil de la relación laboral, el trabajador.

En este principio se encuentran los siguientes subprincipios:

- **El principio Indubio Pro – Operario (La duda favorece al trabajador)**

Este Principio se encuentra contemplado en el inciso 3) del artículo 26 de la Constitución Política del Perú, el cual señala: *“En la relación laboral se respetan los siguientes principios: (...) 3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma”.*

Este principio implica que ante cualquier situación sujeta a dos o más normas de sentido distinto o regido por una norma oscura o ambigua, o no sometida a ninguna norma debe ser resuelta, aplicando la disposición o el criterio más favorable al trabajador.

El principio en mención fue recogido por la Constitución Política de 1979, en su artículo 57, que prescribía: *“En la interpretación o duda sobre el alcance y contenido de cualquier disposición se está a lo que es más favorable al trabajador”*.

En la Constitución Política de 1993, específicamente en su artículo 26, numeral 3; se señala que *“en la relación laboral se respeta el principio de interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma”*. Esta disposición, termina siendo consecuente en la Ley 26636 - Ley Procesal del Trabajo, en ese entonces vigente, la cual señalaba en su artículo II lo siguiente: *“El juez, en caso de duda insalvable sobre los diversos sentidos de una norma o cuando existan varias normas aplicables a un caso concreto, deberá interpretar o aplicar la norma que favorezca al trabajador.”*¹⁸

¹⁸ La Ley 26636 – Ley Procesal del Trabajo fue derogada por la Primera Disposición Derogatoria de la Ley N° 29497, publicada el 15 enero 2010, disposición que entró en vigencia a los seis (6) meses de publicada en el Diario Oficial El Peruano.

Este principio está abocado a resolver el conflicto de normas que se puede producir al querer aplicarlas. En primer término, se debe señalar, que si bien es cierto se debe tener presente que cuando se está en un conflicto de normas de diferentes jerarquías, debe prevalecer la que tenga más jerarquía, salvo que sea insuficiente o dudoso, y si es que la norma de menor rango reconoce una ventaja al trabajador que ha llegado a tener el carácter de un derecho adquirido. (RENDÓN VASQUEZ)

El jurista Rendón Vásquez, señala que la incertidumbre se puede dar sobre los hechos, por cuanto, si al trabajador se le imputa un hecho que no puede ser del todo probado, la duda lo favorece. Contrario sensu, si un hecho se le es imputado al empleador, el cual debe desvirtuar, debido que la carga de la prueba recae sobre él, y no hubiera demostrado que no se produjo, no podría invocar la duda a su favor.

La Ley 29497, La Nueva Ley Procesal del Trabajo, (en adelante la NLPT), al derogar a la Ley 26636 – Ley Procesal del Trabajo vigente hasta fines del año 2009,

cobran importante vigencia los “*Principios Operacionales*”.

Los principios operacionales están integrados por:

i. La intermediación

Implica que el juzgador deberá tomar contacto directo e inmediato con los elementos objetivos y subjetivos de la controversia. En tal sentido, las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad.

ii. La oralidad

En el artículo 12 de la NLPT, se manifiesta la prevalencia de la oralidad en los procesos por audiencias, señalando en el inciso 12.1 lo siguiente:

“En los procesos laborales por audiencias las exposiciones orales de las partes y sus abogados prevalecen sobre las escritas sobre la base de las cuales el juez dirige las actuaciones procesales y pronuncia sentencia. Las audiencias son sustancialmente un debate oral de posiciones presididas por el juez, quien puede interrogar a las partes, sus abogados y terceros participantes en

“EL ARBITRAJE POTESTATIVO EN LAS NEGOCIACIONES
COLECTIVAS DE TRABAJO, EN LA DIRECCIÓN REGIONAL DE
TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO LA LIBERTAD.”

*cualquier momento. Las actuaciones realizadas en
audiencia, salvo la etapa de conciliación, son
registradas en audio y vídeo utilizando cualquier
medio apto que permita garantizar fidelidad,
conservación y reproducción de su contenido. Las
partes tienen derecho a la obtención de las
respectivas copias en soporte electrónico, a su
costo.”*

iii. La concentración

Este principio refiere que el proceso se realiza
procurando que su desarrollo ocurra en el menor
número de actos procesales.

iv. La celeridad

Respecto de la celeridad, esta implica que los actos
procesales se realicen diligentemente y dentro de los
plazos establecidos, debiendo el juez, a través de los
auxiliares bajo su dirección, tomar las medidas
necesarias para lograr una pronta y eficaz solución del
conflicto de intereses o incertidumbre jurídica.

v. **La Economía Procesal**

La economía procesal implica que el Juez dirige el proceso buscando una reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran.

vi. **El favorecimiento del proceso**

Este principio implica que los jueces interpretan los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso, de conformidad con lo establecido en el artículo III del Título Preliminar de la NLPT. Asimismo, si el juez tuviese alguna duda sobre la procedencia de la demanda, deberá preferir darle trámite a la misma.

• **La norma más beneficiosa o más favorable al trabajador**

Este principio implica que ante la existencia de varias normas o reglas aplicables a un determinado caso laboral, las autoridades administrativas y judiciales deberán aplicar la que sea más favorable al trabajador.

- **La condición más beneficiosa para el trabajador**

La interpretación de este principio se puede dar en dos sentidos. El primer sentido, denominado “negativo” es: *“cuando se dicta una reglamentación o disposición de carácter general, sobre diferentes situaciones laborales, éstas no serán modificadas en la medida que exista una afectación al trabajador.”* La segunda situación, es positiva, por cuanto si las nuevas disposiciones reglamentarias legislativas, afectan favorablemente a la situación del trabajador, éstas deberán ser aplicadas. En ese sentido, la condición más beneficiosa puede crearse por ley, por voluntad de las partes, por convenio colectivo, por uso y costumbre. (RENDÓN VASQUEZ)

Al respecto la Constitución de la OIT, en 1919, reconoce este principio en los términos siguientes: *“En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación (art. 19, 8)”*. (International Labour Organization, 2019)

Ahora bien, este principio parece verse afectado por la aplicación inmediata de la ley, prescrita en el artículo 103 de la Constitución Política, el cual prescribe: *“La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”*, esto es, dichas situaciones o relaciones jurídicas son previas a la nueva ley, las cuales pueden ser contractuales y no contractuales; es por ello que también se vería inmerso el artículo 62 de la Constitución Política, el cual garantiza la inviolabilidad de los contratos.¹⁹

En ese orden de ideas, el artículo 62 de la Constitución en relación con el artículo 103 del mismo cuerpo legal, es aplicable a las relaciones laborales individuales y colectivas; pero sólo en cuanto las nuevas leyes importen modificaciones “desfavorables” a los trabajadores; esto atendiendo además, a la obligación que tiene el Estado de promover las condiciones para el progreso social y económico, según lo prescribe el artículo 23 de la Constitución Política del Perú.

¹⁹ El artículo 62 de la Constitución Política del Perú prescribe: *“Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase”*

El principio de la condición más beneficiosa se limita, respecto al pago de las remuneraciones de los empleados públicos, que por diversas circunstancias resultan ser excesivas y concedidas arbitrariamente, señalándose en el artículo 77 de la Constitución Política lo siguiente: *“El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos. Su programación y ejecución responden a los criterio de eficiencia, de necesidades sociales básicas y de descentralización.”*

d) Principio de la Buena Fe

La buena Fe en la relación laboral consiste en que ambas partes (trabajador y empleador) cumplan fielmente sus obligaciones y ejerzan sus derechos con sana intención, evitando dañarse moral o materialmente.

e) Principio de la Retroactividad Benigna

El doctor Haro Carranza señala que este principio *“consiste en la aplicación de la normatividad laboral para hechos efectuados en el pasado siempre que beneficien al trabajador, es reconocido por la doctrina internacional y fue elevado a*

“EL ARBITRAJE POTESTATIVO EN LAS NEGOCIACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO, EN LA DIRECCIÓN REGIONAL DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO LA LIBERTAD.” *norma constitucional en la Carta Magna de año 1979.*²⁰ Sin embargo, la Constitución vigente, que es el sostén del modelo liberal y flexibilizador de la economía nacional, no lo ha considerado en su artículo 103, al disponer la retroactividad solamente en materia penal.” (HARO CARRANZA, Derecho Colectivo de Trabajo, 2009)

f) Principio de la Igualdad de Oportunidades sin Discriminación

Este principio, al igual que el anterior también estuvo considerado en el artículo 42 de la Constitución de 1979, siendo recogido, posteriormente por la Constitución de 1993, en su artículo 26 numeral 1, el cual señala: “En la relación laboral, se respetan los siguientes principios: 1. Igualdad de oportunidades sin discriminación”. Asimismo, este principio se encuentra contenido en el Convenio 111 de la OIT, el mismo que consiste en la prohibición de cualquier distinción, exclusión o preferencia basados en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, etc., que tenga por efecto alterar o anular la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo. Sin embargo, el texto legal del dictamen de reforma constitucional aprobado por el Congreso de la República

²⁰ El artículo 187 en la Constitución Política de 1979 señalaba: “Ninguna Ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal, laboral o tributaria, cuando es más favorable al reo, trabajador o contribuyente respectivamente”

establece preferencias para los trabajadores peruanos frente a los extranjeros.

3.7.4.2. Principios Específicos del Derecho Colectivo de Trabajo

En el presente tema de la investigación, se abordarán los principios específicos que corresponden al derecho colectivo de trabajo, según lo señalado por el doctor Haro Carranza.

a) **Principio de Libertad de Asociación o Libertad Sindical**

Este principio consiste en el derecho que tienen los trabajadores a afiliarse, desafilarse o no afiliarse a una organización sindical.²¹

El Estado es el llamado a defender este principio puesto que busca equiparar las diferencias existentes entre las partes laborales y así lograr un Estado de Derecho.

Este principio encuentra también sustento en lo señalado por el convenio 87 de la OIT, en el que se determina que le

²¹ La Constitución Política recoge este principio en el artículo 28, inc. 1, el cual prescribe: *En la relación laboral, se respetan los siguientes principios: 1. Igualdad de oportunidades sin discriminación.*

corresponde este derecho tanto al trabajador como al
empleador.²²

b) Principio de Autonomía Colectiva o Sindical

El presente principio implica que depende solo y exclusivamente de la voluntad de las partes la constitución, existencia y extinción de la organización sindical, estando este principio enmarcado en el artículo 30 de la reforma constitucional.

Este principio abarca no sólo la constitución del sindicato, sino que, además, como bien lo señala Julio Haro Carranza, mencionando a Martínez Vivot, está relacionado con la libertad de fijar los estatutos, regular el funcionamiento sin intervenciones ni restricciones de terceros ajenos al sindicato.

Algunos tratadistas tales como Alfredo Villavicencio Ríos, señalan que este principio puede ser visto de una manera más amplia, en donde también se proteja a las

²² El artículo 2 del Convenio 87 de la OIT señala: “Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de construir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.”

organizaciones de empleadores respecto de las decisiones que tomen en sus respectivas organizaciones.²³

Por otro lado el profesor Villavicencio precisa que así como el Estado se reserva para sí la facultad de regular el interés público a través de las normas imperativas de orden público o irrenunciables, y así como se reconoce a los individuos la facultad de autorregular sus intereses estrictamente privados dentro del marco legal correspondiente, a través de la autonomía de la voluntad, también se reconoce la facultad de los grupos intermedios (refiriéndose a los sindicatos por ejemplo) de regular sus intereses grupales o colectivos en un marco de máxima autonomía y mínima heteronomía.

La autonomía colectiva está compuesta principalmente de las siguientes partes: a) *institucional*, que comprende la autorregulación de grupo y la autorregulación de su esfera de actuación interna; b) *normativo*, como potestad de producir normas autónomamente dirigidas a regular las relaciones laborales; y, c) *de autotutela*, que importa la

²³ El doctor Villavicencio Ríos señala que “*La autonomía colectiva puede ser definida como el elenco de facultades de que disponen las organizaciones de trabajadores y empresarios, para regular conjuntamente sus intereses (contrapuestos o coincidentes).*”

potestad de recurrir a medios de presión propios para que los intereses defendidos sean atendidos.

Respecto a las facultades que otorgan estos componentes se encuentra que, respecto al ámbito institucional, otorga atribuciones o derechos que giran alrededor de la libertad de constitución y afiliación, por otro lado, el derecho que tienen estas organizaciones a autorregular su esfera de actuación interna, elaborando sus propias normas estatutarias y reglamentarias para seguir su funcionamiento, creando la estructura que les parezca idónea. Por otro lado, se debe tener en cuenta que esto trae consigo el ordenamiento profesional, como lo indica Villavicencio, es decir, de nada sirve promover la existencia de las organizaciones colectivas si es que se les va a recortar el ejercicio de sus funciones que les son inherentes, tales como la negociación colectiva, que es una de las principales atribuciones de estas organizaciones.

Es también importante señalar que la autotutela está íntimamente ligada al concepto de autonomía colectiva, puesto que la primera va a garantizar la segunda, logrando una igualdad de fuerzas, pudiendo presionar a la contraparte

para inducirla a hacer o no alguna cosa. La manifestación más pura de lo antes señalado es la huelga.

Respecto del segundo componente, la autonomía normativa, si bien la extensión restrictiva de su significado tiene que ver con la regulación de condiciones de trabajo aplicado a los contratos individuales, esto es, normas sustanciales del convenio colectivo, ésta no termina ahí, sino que se puede señalar que abarca también a las normas que reglamentaran la futura producción normativa y su actuación concreta, es decir, las normas procedimentales del convenio colectivo.

El principio de autonomía colectiva no es absoluto y tiene dos clases de limitaciones. La primera es la heterónoma que es impuesta por el ordenamiento jurídico. La segunda proviene de la propia voluntad colectiva.

Respecto a los límites heterónomos, se debe iniciar tratando el pluralismo jurídico existente que implica una gran variedad de normas que no solo provienen del ordenamiento legal estatal sino también de los ordenamientos particulares que se dan en las relaciones de trabajo. Es por ello que las normas imperativas del Estado

deben encauzar a las segundas y darle una “especial consideración” cuando cumpla con tales disposiciones. Esto trae como consecuencia que la normatividad creada particularmente deba ser lícita y no ir en contra del ordenamiento estatal, así podrá surtir todos sus efectos. Es por ello, que en la doctrina se habla que *“el derecho a negociar como derecho de base constitucional no puede llevar a la conclusión de que la intervención legislativa carece de trascendencia, en el sentido de que no pueda operar ni sobre la selección de los sujetos negociadores, ni sobre la fuerza vinculante de los convenios”* (GONZALES ORTEGA)

Existe entonces una competencia compartida, que por un lado está la autorregulación que el Estado reconoce a los individuos laborales, y por otro lado se reconoce una competencia estatal en materia de normas de interés público, de encuadramiento general o de establecimiento de condiciones mínimas, para señalar las más comunes. Esto genera que se dé un debate sobre la ubicación jerárquica de las normas, estando en primer lugar la voluntad del legislador por cuanto representa la voluntad general de la sociedad, sin embargo, si queremos obtener una visión integral de las relaciones ley convenio, hemos de matizar

los condicionales funcionales de la autonomía colectiva lo que permitirá dar esencia a las normas originarias constitucionales, pues los convenios colectivos tienen un papel preponderante en la regulación de las relaciones laborales.²⁴

c) Principio de Democracia Sindical

La organización sindical se organiza democráticamente por sus dirigentes elegidos. Esto quiere decir, que la voluntad general del sindicato debe ser siempre manifiesta en la elección de sus representantes.

d) Principio de representabilidad sindical

Este principio se liga intrínsecamente con el anterior, puesto que implica que los dirigentes sindicales deben representar proporcionalmente a sus afiliados. Como un ejemplo de ello, se ve en organizaciones sindicales de segundo y tercer grado, donde la junta directiva debe estar debidamente representada por los diferentes organismos sindicales de base o pluralidad de éstos.

²⁴ El Comité de Libertad Sindical de la OIT, señaló que si en alguna ocasión ciertas materias propias de la autonomía colectiva (Ejm: los salarios) pasasen a tener relevancia general, como por ejemplo en un contexto de aguda crisis económica, se genera excepcionalmente una posibilidad de intervención estatal razonable a través de la fijación de la política salarial, que, en todo caso, deberá respetar los requisitos de gravedad, transitoriedad, utilidad, consulta, no afectación de convenios vigentes y establecimiento de mecanismos compensatorios.

3.8. El derecho a la Sindicación

3.8.1. Definición

Para comenzar a esbozar una definición del derecho a la sindicación, se debe precisar que en el artículo 10, de la Parte I, del Convenio 87 de la OIT, se define al sindicato como una **“organización”**, señalando que este consiste en: *“Toda organización de trabajadores y empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores”*.

A esto se le suma las diferentes definiciones que hacen los doctrinarios respecto de la implicancia conceptual del sindicato, es así que, muchos de ellos precisan que no se trata de cualquier organización, sino que está conformada por un grupo de personas naturales o jurídicas, que ejercen actividad profesional o económica para la defensa de sus respectivos intereses. (HARO CARRANZA, Derecho Colectivo de Trabajo, 2004). Dicha organización busca permanecer en el tiempo lo que le diferencia de las otras clases de organizaciones y su finalidad es mejorar las condiciones económicas y sociales de los trabajadores.²⁵

²⁵ Guillermo Cabanellas, citado por Julio Haro, señala: *“Un análisis estructural y finalista del sindicato permite señalarlo como toda unión **libre** de personas que ejerzan la misma profesión u oficio, o profesión u oficios conexos. Que se constituya con carácter **permanente** y con el objeto de defender los intereses profesionales de sus integrantes o para mejorar sus condiciones **económicas y sociales**”*

3.8.2. Naturaleza Jurídica

El sindicato es calificado como una organización que se caracteriza por la libertad de afiliarse o desafilarse de la misma, sin que llegue a considerarse un organismo abierto. El sindicato es considerado una entidad asociativa de derecho privado, a la que no se le atribuye ninguna prerrogativa jurídica pública. (BERNUY ALVAREZ, 2010)

3.8.3. La Libertad Sindical

3.8.3.1. Definición

La libertad sindical es el derecho de independencia que se otorga al trabajador para constituir una organización sindical, estando su funcionamiento libre de toda intervención de terceros. (MONTROYA, 2008) Además, el trabajador puede afiliarse o desafilarse cuando crea conveniente. Esta afiliación no puede estar asociada a cualquier clase de discriminación por sexo, nacionalidad, edad, etc.

La libertad sindical implica dos presupuestos, tal como lo señala Gómez Valdez, citado por el profesor Haro Carranza, el primero es la libertad para constituir un sindicato y el segundo es la adhesión al mismo cuando ya está constituido. (HARO CARRANZA, 2009)

3.8.3.2. Clases

La libertad sindical puede ser entendida en dos clases o tipos. La primera desde un punto de vista individual y la segunda desde un punto de vista colectivo.

3.8.3.3. Libertad Sindical Individual

El artículo 2 del Convenio 87 de la OIT, prescribe: *“Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.”*²⁶

De este artículo se distingue que cuando se refiere a *“las organizaciones sindicales que estimen convenientes”*, se está otorgando la facultad a los trabajadores para organizarse en diferentes organizaciones en distintos ámbitos. En la legislación actual se contempla cuatro ámbitos: la empresa, la actividad, el gremio y los oficios varios.

²⁶ Según el doctor Julio Haro, el convenio 87 y 98 de la OIT, garantizan claramente que *“no podrá sujetarse el empleo (...) causar perjuicio o provocar el despido de un trabajador para lograr su afiliación o su desafiliación.”*

Los requisitos con los que debe cumplir un trabajador para pertenecer a un sindicato varían de acuerdo al sector al cual pertenezca. Si pertenece al sector privado debe pertenecer a una empresa, actividad u oficio; en cambio, si se trata del sector público, debe pertenecer a la carrera administrativa.

Respecto a la edad con la que debe contar un trabajador para pertenecer a un sindicato, el Código de los Niños y Adolescentes señala que los menores de edad que sean adolescentes (entre 12 y 18 años) están expresamente autorizados para sindicarse.²⁷

Otro de los temas importantes es el número mínimo de trabajadores que se requiere para constituir un sindicato. En tal sentido, la legislación nacional no hace una distinción entre los sectores públicos y privado, siendo veinte (20) el número de trabajadores mínimo que se requiere para constituir un sindicato en cualquiera de los dos sectores respecto de la empresa o la entidad a la que pertenezcan.

²⁷ El artículo 66 del Código de los Niños y Adolescentes – Ley N° 27337, prescribe: “*los adolescentes pueden ejercer derechos laborales de carácter colectivo, pudiendo formar parte o constituir sindicatos por unidad productiva, rama, oficio o zona de trabajo. Estos pueden afiliarse a organizaciones de grado superior*”.

Por otro lado, son cincuenta (50) el número de trabajadores para los ámbitos mayores en el sector privado. Si es que no se llegase a cumplir con el requisito del número de trabajadores, la Ley prescribe que los trabajadores podrán elegir a los delegados, los cuales cumplirán similares funciones.²⁸ En ese sentido, la Ley determina una distinción entre los dos sectores antes mencionados, señalando que en el privado no existe un número mínimo de trabajadores para elegir a los delegados, presumiéndose lógicamente que serán como máximo diecinueve (19), contrario a ello, en el sector público, el número de trabajadores mínimo es de cinco (05) trabajadores integrantes, para poder elegir a los delegados. Este requisito del número mínimo de trabajadores con los que se debe contar en el sector público para ser representados por delegados en defensa de sus derechos colectivos de trabajo, genera posiciones opuestas y críticas de diferentes doctrinarios.

El profesor Javier Neves Mujica señala que, en el ordenamiento peruano, los empleados públicos estuvieron prohibidos de sindicarse por el artículo 49 de la Ley 11377 a pesar de que iba expresamente opuesta al Convenio 87 de la OIT, hasta que por la Decimosétima Disposición General y Transitoria de la constitución

²⁸ Artículo 15 del TUO de la LRCT, señala: “*En las empresas cuyo número de trabajadores no alcance al requerido para constituir un sindicato, podrán elegir a dos (2) delegados que los representen ante su empleador y ante la Autoridad de Trabajo. La elección de los delegados debe ser comunicada a la Autoridad de Trabajo y al empleador dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes*”.

de 1979 se ratificó el Convenio 151 de la OIT. Además, que el supuesto que señala la Ley en cuanto al mínimo de trabajadores que se requiere en el sector privado para ser representados por delegados va en contra del Convenio 87 de la OIT.

En la legislación nacional se recoge la pluralidad sindical es decir, se admite varias organizaciones sindicales en cada ámbito o empresa.²⁹

Para constituir los sindicatos se requiere en el sector privado, como se señaló en párrafos anteriores el número de 20 trabajadores; en cambio, en el sector público no solo se exige el mínimo de 20 trabajadores, sino que además este número debe significar el 20% del total de trabajadores.

Finalmente, para que se adquiriera la personalidad gremial y/o jurídica se requiere la inscripción en el Registro del Sindicato, en tanto el legislador no tenga poderes discrecionales.

²⁹ El doctor Haro Carranza, señala que en la doctrina nacional se ha discutido el hecho que la legislación al aceptar la pluralidad sindical se atentaría contra el principio de unidad sindical. Al respecto cita a Vasquez Vialard, quien señala que frecuentemente se pone como requisito de la libertad sindical la existencia de una pluralidad sindical de asociaciones profesionales para la misma actividad, oficio o profesión y con el mismo ámbito territorial, con igualdad de derechos. Por lo tanto, se reprocha al sistema de reconocimiento de la “personería gremial” el incumplimiento de este requisito, puesto que las asociaciones con esta personería son titulares de privilegios o derechos exclusivos de los que no gozan quienes no la tienen.

3.8.3.4. Libertad Sindical Colectiva

La Libertad Sindical Individual implica el derecho a la constitución, afiliación o desafiliación de un sindicato por parte del trabajador. En la Libertad Sindical Colectiva este derecho se traslada al hecho de que los trabajadores pueden hacer los mismo, pero respecto de otro grado superior, es decir que las organizaciones sindicales de primer grado pueden a su vez constituir organizaciones sindicales de segundo grado y éstas pueden también constituir una organización de tercer grado en el ámbito internacional o nacional. Las organizaciones de primer grado se les denomina sindicatos, a la segunda, federaciones y a las terceras confederaciones.³⁰

Al igual que en la Libertad Sindical Individual respecto a la constitución de las organizaciones sindicales en diferentes grados, existe también una diferencia entre el sector público y el sector privado. En el sector privado, se requiere dos (02) sindicatos como mínimo, de la misma clase o actividad, para formar una federación y dos federaciones para formar una confederación.

³⁰ Este derecho encuentra sustento jurídico en el artículo 5 del Convenio N° 87 de la OIT, que prescribe: “*Las organizaciones de trabajadores y empleadores tienen el derecho de constituir federaciones y confederaciones, así como el de afiliarse a las mismas, y toda organización, federación o confederación tiene el derecho de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores*”.

En el sector público, la situación resulta ser mucho más compleja, tal es así que para formar una federación se requiere de 20 sindicatos y para formar una confederación existen dos posibilidades, la primera es constituirla con 5 federaciones o la segunda es constituirla con 2 federaciones y 30 sindicatos reconocidos.

3.8.4. Clases de Sindicato

De Conformidad a la legislación peruana actual, los sindicatos se clasifican en:

3.8.4.1. Sindicato de Empresa

Esta clase de sindicato puede ser conformado por diferentes tipos de trabajadores con diversas profesiones, oficios o especialidades, pero con un mismo empleador.

3.8.4.2. Sindicato de Actividad

Está conformado por trabajadores con diferentes profesiones, oficios o especialidades que laboran para dos o más empresas de la misma rama o actividad. Sin embargo, a diferencia del Sindicato de Empresa, deben coincidir en el tipo de actividad que realizan para las empresas, puesto que como se deduce se presta el servicio a una pluralidad de empleadores.

3.8.4.3. Sindicato de Gremio

Está conformado por trabajadores de diversas empresas que desempeñan un mismo oficio, profesión o especialidad. No es muy común en el Perú, sin embargo, otorga la posibilidad de la agremiación de trabajadores de diversas actividades cuando no se den las condiciones de número para la formación de los sindicatos de gremio o de actividad.

3.8.4.4. De Oficios Varios

Es una clase de sindicato bastante peculiar, puesto que responde a la necesidad de protección de los derechos sindicales. Esto se debe a que se constituye por trabajadores de diversas profesiones, oficios o especialidades que trabajan en empresas diversas o de distinta actividad, cuando en determinado lugar, provincia o región el número de trabajadores no alcance al mínimo legal necesario para constituir sindicatos de otro tipo.

3.8.5. Organización de Sindicatos

3.8.5.1. Finalidad y Funciones

Los fines y funciones que señala la LRCT en su artículo 8 son las siguientes:

- a) *“Representar el conjunto de trabajadores comprendidos dentro de su ámbito, en los conflictos, controversias o reclamaciones de naturaleza colectiva.”*

El sindicato es la organización encargada de velar por los derechos de los trabajadores. El presente artículo cuando se refiere a “ámbito”, enmarca a los diferentes niveles de empresa, o los de una categoría, sección o establecimiento determinado de aquella; y los de actividad, gremios, oficios de que trata el artículo 5 de la LRCT.

Por otro lado, al hablar de representación del sindicato, existe la extensión de esta representación, la cual implica que cuando el número de trabajadores afiliados al sindicato representan la mayoría del total de trabajadores que laboran en una empresa, se entiende que el sindicato representa a todos los trabajadores, salvo se haya constituido otro sindicato, entonces, cada sindicato representará a sus afiliados.³¹

³¹ Esto tiene sustento en el artículo 9 del T.U.O de la L.R.C.T., que prescribe en su primer párrafo: *“En materia de negociación colectiva, el sindicato que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito asume la representación de la totalidad de los mismos, aunque no se encuentren afiliados (...)”*

- b) *“Celebrar convenciones colectivas de trabajo, exigir su cumplimiento y ejercer los derechos y acciones que de tales convenciones se originen.”*

Este artículo está vinculado con el artículo 9 de la LRCT, el cual versa sobre la extensión de representación en materia colectiva, por el cual, como se señaló en líneas anteriores, el sindicato ejercerá en la negociación colectiva la representación de los que no estén afiliados, y además, señala en su segundo párrafo, que en el supuesto de existir dos sindicatos o más, podrán ejercer la representación del total de los trabajadores.

El profesor Haro Carranza señala que en ese caso *“Los sindicatos determinarán la forma en que ejercerán esa representación, sea a prorrata, proporcional al número de afiliados, o encomendada a uno de los sindicatos”*. De no existir acuerdo, se entiende que cada sindicato ejerce la representación de sus afiliados.

- c) *“Representar o defender a sus miembros en las controversias o reclamaciones de carácter individual, salvo que el trabajador accione directamente en forma voluntaria o por*

*mandato de la ley, caso en el cual el sindicato podrá actuar en
calidad de asesor.”*

Se le otorga un poder limitado al sindicato para representar ante la autoridad judicial o cualquier otra instancia al trabajador que se ha visto afectado individualmente, es decir el sindicato podrá asesorarlo ante las diversas controversias o reclamaciones de carácter laboral.

d) *“Promover la creación y fomentar el desarrollo de cooperativas, cajas, fondos y, en general, organismos de auxilio y promoción social de sus miembros.”*

Esta función está relacionada con la función social que tiene el sindicato para con el trabajador, ante la crisis económica que el país atraviesa, buscando así dar una oportunidad de desarrollo a los trabajadores que conforman el sindicato.

e) *“Promover el mejoramiento cultural, la educación general, técnica y gremial de sus miembros.”*

La preparación continua de los afiliados a un sindicato siempre trae consecuencias favorables no sólo para dicha organización sino también para un óptimo desempeño en el trabajo. Es por

ello que el sindicato debe promover eventos culturales y un mayor desarrollo técnico educacional de sus afiliados.

f) *“En general, todos los que no esté reñidos con sus fines esenciales ni con las leyes.”*

Este inciso precisa que el sindicato podrá desarrollar todas las actividades que corresponden a una organización social, sin faltar a la legalidad y a la moral.

3.8.5.2. Prohibiciones

La Ley 27912, que modificó el Decreto Ley N° 25593, la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, absuelve las observaciones de la OIT, señalando que las organizaciones sindicales están impedidas de dedicarse de manera exclusiva a asuntos de política partidaria, en contra de las libertades que la Constitución Política y los Convenios internacionales de la OIT ratificados por el Perú les reconocen.

3.8.5.3. Requisitos y formalidades para formar el Sindicato y ser parte

Existen tres requisitos para formar parte del sindicato, señalados en Artículo 12 de la Ley de Relaciones Colectivas:

- a. “Ser trabajador de la empresa, actividad, profesión u oficio que corresponda según el tipo de sindicato”.
- b. “No formar parte del personal de dirección o desempeñar cargo de confianza del empleador, salvo que el estatuto expresamente lo admita”.
- c. No estar afiliado a otro sindicato del mismo ámbito”

Por otro lado, existen requisitos para formar una organización sindical, los cuales serán clasificados de la siguiente manera:

- a. Número de afiliados.

Este requisito deberá ser cumplido de acuerdo a la clasificación en la que se encuentre el sindicato. Tal es así, que si se trata de un sindicato de empresa el número mínimo de trabajadores será veinte (20). Respecto de otra clasificación el número mínimo de trabajadores deberá ser cincuenta (50).

La LRCT no deja vacíos en cuanto a la posibilidad de no contar con el número de trabajadores antes citados y en pro de salvaguardar los derechos colectivos de los trabajadores, acepta la posibilidad de que éstos puedan elegir dos delegados que los representen ante su empleador y ante la Autoridad de Trabajo. A este grupo que no cumple con el número mínimo

de trabajadores para constituir un sindicato se le denomina
“Comité Sindical”.

b. Asamblea Constitutiva

La Asamblea debe aprobar tres puntos fundamentales:

1. La voluntad de los afiliados de constituir el sindicato.
2. La aprobación del estatuto.
3. La elección de la primera junta directiva. Ésta está comprendida por diferentes cargos con sus funciones especializadas.

Todo lo actuado y acordado en la Asamblea Constitutiva deberá constar en acta refrendada por el notario público o por un juez de paz de ser el caso. Se deberá indicar el lugar, fecha y nómina de asistentes.

3.8.5.4. Derechos y Obligaciones Sindicales

Las normas internacionales protegen los derechos de los trabajadores. Dentro de ellas tenemos:

A. Instrumentos de Derechos Humanos

Dentro de los instrumentos internacionales, tanto a nivel mundial como a nivel regional americano, se encuentran los siguientes:

- Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 23.4)
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 22)
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Declaración de Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo XXII).
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 16).

Los instrumentos de las Naciones Unidas son más concretos que los Pactos Internacionales, por ejemplo, en la Declaración Universal solo se alude a los derechos a fundar sindicatos y a sindicarse, en los instrumentos de las Naciones Unidas, específicamente en el Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; abarca también el derecho a fundar federaciones y confederaciones, funcionar sin obstáculos y a la huelga.³²

³² El artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala: “*Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: a) derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección (...). b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales, y el de estas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que son necesarias en una sociedad democrática (...). d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las reglas de cada país (...)*”.

B. Convenios de la OIT

Dentro de los varios Convenios de la OIT, se encuentra el N°87, el cual refiere sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación). El Convenio N° 98 que se manifiesta sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva. El Convenio N° 135, versa sobre los representantes de los trabajadores y el N° 151, se refiere a las relaciones de trabajo en la administración pública.

El Dr. Julio Haro Carranza explica que todos excepto el N° 135 están aprobados y ratificados por el Perú. Además, señala que este derecho es muy importante para la OIT, tanto así que si bien hay países que no han aprobado ni ratificado alguno de estos convenios, se encuentran obligados a respetar este derecho por el solo hecho de ser parte de la Organización. Así mismo, se han previsto procedimientos especiales de control para su tutela, consistente en la presentación de quejas ante el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración. (HARO CARRANZA, Derecho Colectivo de Trabajo, 2004)

La OIT califica al derecho de la libertad sindical, al igual que la libertad de trabajo y la igualdad, como un “derecho humano laboral”.

Finalmente, la Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución de 1993 es, pues, perfectamente aplicable a los convenios 87,98 y 151 de la OIT.

C. Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador.

Esta convención es conocida como “Pacto de San José de Costa Rica”, debido que fue suscrita en la ciudad de San José, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos; entró en vigor el 18 de julio de 1978, conforme al artículo 74.2 de la convención.³³

Este instrumento internacional es relativo a derechos humanos de carácter regional. En el artículo 6, trata a la materia del trabajo, bajo el título “Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre”, en cuyos incisos se establece que

³³ El Perú aprobó dicho instrumento internacional por Decreto Ley N°2231 del 11 de julio de 1978, siendo ratificado por la Décimo sexta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1979. El instrumento de ratificación fue de 1978, reiterado en 1980 y vigente desde el año 1981.

ninguna persona puede ser sometida a esclavitud o servidumbre. Prohíbe el trabajo forzoso u obligatorio; exceptuando algunos trabajos que no deben ser considerados forzosos u obligatorios, como por ejemplo los trabajos o servicios que exijan normalmente de una persona recluida en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad competente.

3.8.6. Registro y Personería de las Organizaciones Sindicales

El registro del sindicato constituye un acto meramente formal, en consecuencia, no es constitutivo. Es por ello, que implica la anotación en el registro del sindicato ya constituido en función a los requisitos previamente expuestos.

CAPÍTULO IV. RESULTADOS

4.1. Respecto del Primer Objetivo Específico: Determinar la Naturaleza jurídica del Arbitraje dentro del marco normativo del Derecho Colectivo de Trabajo.

En lo referente a al presente resultado, se procedió a entrevistar a especialistas laboristas y árbitros a fin de determinar la naturaleza jurídica del Arbitraje que se encuentra en la Ley de relaciones Colectivas de Trabajo LRCT y su Reglamento.

Antes de la entrada en vigencia del DS-014-2011-TR, ¿Cuántos tipos de Arbitraje contemplaba la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo?	
<p>DRA. JENNY DIAZ HONORES (ÁRBITRO)</p>	<p>Respuesta:</p> <p>Existía, principalmente, el Arbitraje Voluntario y, de manera excepcional, el Ministerio de Trabajo podía obligar a las partes, en determinadas circunstancias, a ir a un Arbitraje Obligatorio. En circunstancias que, por ejemplo, la huelga se haya declarado ilegal, entonces se tenía que resolver en Arbitraje, puesto que el Ministerio de Trabajo daba un ultimátum.</p> <p>Por otro lado, las negociaciones de Trato Directo casi siempre</p>

	<p>fracasaban. No siempre se podía llegar a un acuerdo. Adicionalmente, se ha vuelto una práctica común que cada año se pida una Negociación Colectiva. Como la Negociación Colectiva es anual, todos los años el Sindicato lo solicita y es un tema interesante porque te pone sobre aviso qué pasa con los criterios para ir a una Negociación Colectiva, solamente porque venció el plazo, o solamente porque ellos tienen derecho a ir a una Negociación Colectiva. Es allí que el Tribunal Constitucional, mediante las sentencias, obliga al Estado a establecer los criterios para las Negociaciones Colectivas y yo creo que un criterio es el de temporalidad, ¿cada cuánto tiempo se debe pedir ir a una Negociación Colectiva? porque acaso ¿todos los años cambia drásticamente la situación del trabajador? No lo creo. Ha habido tiempos que han sido buenos. Es interesante saber cómo el legislador va a tomar en cuenta estos criterios para establecer las Negociaciones Colectivas, pues</p>
--	---

	<p>son muy abiertas las libertades que se tienen en ese sentido.</p>
<p>DR. JOSÉ GUANILO HERNÁNDEZ (LABORALISTA)</p>	<p>Respuesta: Hasta ahí había dos tipos de Arbitraje. El primero que era por acuerdo de partes y el segundo, el Arbitraje Obligatorio con la intervención de la Autoridad de Trabajo. Ahora bien, cuando no había acuerdo de partes para que vayan al Arbitraje o, generalmente, el empleador no proponía su árbitro, el sindicato iniciaba la huelga y cuando ésta se alargaba demasiado, el mismo Ministerio de Trabajo, en el ámbito regional, era el que procedía a obligar a las partes que entren al Arbitraje</p>
<p>DR. JUAN CARLOS GUTIERREZ AZABACHE (LABORALISTA)</p>	<p>Respuesta: Por el Art. 61 de la LRCT las partes podían acudir al Arbitraje, siendo éste un arbitraje consensuado o sea un arbitraje que para que las partes acudiesen necesitaban de un Compromiso Arbitral. Cabe señalar que hay un sector de la doctrina, además</p>

alguna sentencia de la Corte Suprema que precisaban que el Arbitraje prescrito en el Artículo 61, era un Arbitraje “Incausado”, por cómo estaba redactado. A mi entender se daba el Arbitraje siempre y cuando hubiese acuerdo de las partes.

Mi experiencia laboral (en el MINTRA) empieza a partir del año 2014. Al día de hoy, puedo precisar que si han existido sentencias anteriores, no tuve acceso a ellas, sin embargo, existe un sector en la doctrina nacional, que ha entendido por muchos años que no se puede dejar un conflicto laboral sin solucionarse. En ese sentido, si no existiese el arbitraje potestativo sino solo el consensuado, cabe la posibilidad que frente a un conflicto no resuelto por las partes el único camino sería la huelga, y no se tendría otro camino pacífico para solucionarlo, por tanto, se tendría al Arbitraje como la posibilidad o la única vía de solucionar mediante el pronunciamiento de un tercero sobre aquello que las

	<p>partes, de manera directa, no pudieron solucionar.</p>
<p>DR. JAVIER NEVES MUJICA (LABORALISTA)</p>	<p>Respuesta:</p> <p>Yo creo que en el Perú hemos tenido desde el DS-06-71-TR hasta la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo de 1992, un “Arbitraje Obligatorio” a cargo del Ministerio de Trabajo y que la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo introduce el Arbitraje Potestativo.</p> <p>La doctrina interpreta por una lectura concordada entre el artículo 61 y 63 de la Ley y luego precisado por el artículo 46 del reglamento, que el Arbitraje que se regula en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo es el potestativo, lo interesante que eso lo señalan no solo abogados cercanos al mundo sindical sino abogados cercanos al mundo empresarial. Hay una relación en algún laudo que te voy a pasar en el que constan quiénes, en qué documento han sostenido eso.</p>

RESULTADO DEL INVESTIGADOR:

1. Hasta antes de la entrada del DS. 014-2011-TR, existían dos tipos de Arbitraje. El primero era el voluntario o consensual y el segundo, era el obligatorio.
2. El consensual prescrito en el artículo 61 de la LRCT, se generaba por acuerdo de las partes, y el Obligatorio se daba cuando la huelga era ilegal o se alargaba demasiado, excepcionalmente, la Autoridad del Trabajo resolvía el conflicto, obligando a las partes a irse a Arbitraje.
3. La Doctrina y el Tribunal Constitucional interpretan que el artículo 61 de la LRCT, corresponde a un Arbitraje Potestativo, debido que, si se interpretara como un Arbitraje Voluntario, las partes, posiblemente, nunca accederían al Procedimiento Arbitral.

4.2. Respetto del Segundo Objetivo Específico: Analizar las implicancias fácticas, jurídicas y, posteriormente, normativas de la interpretación del Tribunal Constitucional respecto a la Sentencia N° 03561-2009-PA/TC, mediante la cual se crea el Arbitraje Potestativo, frente al Derecho de Negociación Colectiva.

DATOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- EXPEDIENTE: EXP. N° 03561-2009-PA/TC – Callao
- MAGISTRADOS:
 - Mesía Ramírez
 - Beaumont Callirgos
 - Eto Cruz
- FECHA DE EMISIÓN: 17.08.2009
- FECHA DE PUBLICACIÓN: 17.08.2009
- IMPUGNANTE: SUTRANPORPC – SINDICATO ÚNICO DE TRABAJADORES MARÍTIMOS Y PORTUARIOS DEL PUERTO DEL CALLAO
- MATERIA: Interposición de Amparo

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL:

SUTRANPORPC interpone demanda de amparo contra la Asociación Peruana de Operadores Portuarios (en adelante, ASPPOR), la Asociación Peruana de Agentes Marítimos (APAM) y la Asociación

SITUACIÓN JURÍDICA RELEVANTE

El Tribunal Constitucional realizan una interpretación sistemática del artículo 61 de la

Marítima del Perú (ASMARPE), solicitando que se les ordene el cumplimiento del Decreto N° 447, de fecha 23 de noviembre de 2007, emitido por la División de Negociaciones Colectivas y Registros Generales de la Dirección de Trabajo y Promoción del Empleo del Callao (en adelante, la División), que dispone la continuación del procedimiento de negociación colectiva en la etapa de trato directo, por considerar que la omisión de su cumplimiento vulnera su derecho de negociación.

Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, mediante el cual se regula el Arbitraje en la negociación colectiva de Trabajo, conjuntamente con el artículo 28 de la Constitución Política del Perú, por el cual, el Estado Peruano debe promover soluciones pacíficas de resolución de conflictos. En ese sentido se requiere un análisis del derecho a la negociación colectiva y sus alcances para determinar si la interpretación del TC resulta errónea.

FALLO:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda porque se ha acreditado la vulneración del derecho de negociación colectiva del Sindicato demandante.
2. Declarar **INAPLICABLE** a las partes del presente proceso la segunda oración del primer párrafo del artículo 45° del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, cuyo texto dispone que “A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa”.
3. Ordenar a la Asociación Peruana de Operadores Portuarios, a la Asociación Peruana de Agentes Marítimos y a la Asociación Marítima del Perú que, en cumplimiento del Decreto N° 447, asistan a las reuniones convocadas en el Expediente N° 052-2007-MTPE/2/12.710, debiéndose retrotraer el procedimiento de negociación colectiva hasta el momento anterior a la emisión del decreto referido.

4. Precisar que, a falta de acuerdo para decidir el nivel de negociación, éste deberá ser determinado mediante el Arbitraje, sin que exista previa declaración huelga.

CONCLUSIONES:

1. El Tribunal Constitucional al declarar inaplicable la segunda oración del primer párrafo del artículo 45° del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, al ser éste inconstitucional, cuyo texto dispone que “A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa”, debido que éste contraviene el artículo 28 de la Constitución Política del Perú, vulnerando el derecho a decidir el nivel de negociación y lesionar el derecho a la negociación colectiva, puesto que la ley no puede fijar imperativamente el nivel de negociación.
2. El Tribunal Constitucional determina que el Arbitraje por el cual se determinará el nivel de negociación será uno Potestativo, haciendo una interpretación del artículo 61 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, el cual se entendía como un arbitraje voluntario.

Por otro lado, respecto de la opinión de expertos en las entrevistas realizadas, se obtuvo el siguiente resultado:

¿Considera usted correcta la interpretación que hace el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 03561-2009-PA/TC, respecto del Artículo 61 y 63 de la LRCT, determinando que debe entenderse al Arbitraje, señalado en el artículo 61, como un Arbitraje Potestativo, debido que, si no fuese así, se estaría afectando el derecho constitucional de Negociación Colectiva?

DRA. JENNY DIAZ HONORES
(ÁRBITRO)

Respuesta:

Recuerda que el Tribunal Constitucional no solo va a analizar el marco normativo nacional. El Tribunal Constitucional va a interpretar el marco normativo en concordancia con el derecho internacional y los convenios y tratados internacionales que hemos ratificado, entre ellos los convenios de la Organización Internacional del Trabajo. El Tribunal Constitucional hace mención sobre los convenios antes mencionados y es por eso que el Tribunal recomienda al Estado, sobre todo en actos de mala fe, una parte pueda solicitar el Arbitraje. Supongamos, los trabajadores del callao

	<p>(Trabajadores Aduaneros), si ellos paralizan sus actividades, y eso son negociaciones por rama, y son varios sindicatos que determinan ir a la huelga, la afectación no es solamente para el empresario o para el trabajador, la afectación es para la economía, para los exportadores, entre otros; es decir, hay una afectación que se multiplica, en consecuencia, es pérdida para Estado y otras personas que no están involucradas en ese conflicto entre sindicato y empleador, las consecuencias van mucho más allá. A razón de eso es importante el Arbitraje Potestativo.</p> <p>En lo referente al artículo 28 de la Constitución Política del Perú el Estado, por un lado, promueve la Negociación Directa y la Negociación Colectiva, pero, por otro lado, está la promoción de las formas pacíficas de resolución de conflictos, entendiéndose no solo a la negociación en cualquier escala, sino también a la Mediación, Conciliación o Arbitraje. Estos son los llamados mecanismos de solución de</p>
--	--

	<p>conflictos, en los cuales, los Estados, hoy en día, tienen un gran interés de impulsarlos. Los gobernantes no solo se preocupan en el medio ambiente o los derechos humanos, sino otro punto de real importancia es la resolución pacífica de los conflictos y el mayor interés sobre todo cuando el alcance o las consecuencias del conflicto tiene una afectación social y económica, creo que por allí va el tema de análisis.</p>
<p>DR. JOSÉ GUANILO HERNÁNDEZ (LABORALISTA)</p>	<p>Respuesta:</p> <p>En la constitución también está previsto el Arbitraje como un modo de solución de conflictos. En consecuencia, a raíz de ello se empieza a obligar a las partes a acudir al Arbitraje. En ese sentido, (el Arbitraje) ya no solo está en las contrataciones del Estado o en las compra ventas, sino que ya entra en vigencia con el DS-014-2011-TR del 2011, logrando con esto que la parte renuente a la elección del árbitro vaya al Arbitraje y de paso darle viabilidad a la solución del conflicto laboral.</p>

DR. JUAN CARLOS GUTIERREZ
AZABACHE
(LABORALISTA)

Respuesta:

En mi opinión personal frente a un conflicto laboral tienes dos posibilidades. La primera, consiste en que únicamente lo solucionen las partes, con la eventualidad de que no haya una solución, debido a la posibilidad de no existir un acuerdo, teniendo presente la asimetría de información y de poder que hay en una relación laboral entre empleador y trabajador. En ese sentido, se opta por ese camino de que no hay una solución o se opta por la Segunda posibilidad que es que alguien lo resuelva.

Si se analizan esas dos alternativas desde un punto de vista de querer contribuir a la paz social, de buscar una solución y de generar un incentivo a la negociación colectiva, es más óptimo de que tengas una salida como es el Arbitraje Potestativo.

La negociación colectiva es finalmente la manifestación de la voluntad de las partes, pues teóricamente no hay sujetos mejor

	<p>preparados o mejor condicionados que los involucrados en un conflicto para darle solución porque cada uno busca satisfacer su interés de la mejor manera posible. Entonces, no voy a someterme en un principio a que un tercero me resuelva, con la eventualidad o con el riesgo que no vea satisfecho mi interés, pues nadie mejor que uno para satisfacer su interés.</p> <p>En ese orden de ideas, en la norma al precisarse que al no existir solución, cabe el Arbitraje (Potestativo), lo que se está buscando es que las partes busquen solucionar su conflicto porque si no, se van a un tercero que deberá resolver. Es así que hoy, en la práctica, lo que se está dando es, por ejemplo, ese tercero sea arbitro unipersonal o tribunal arbitral debe resolver según la norma acogiendo la posición o la propuesta de una de las partes, solo en casos excepcionales, pasa a ser la atenuación, entonces, nuestro sistema específico nos dice: “opta por A o por B”, es</p>
--	---

	<p>decir, si te das cuenta como está concebido, lo que te está diciendo es: “mejor que las partes arreglen, porque si van a un tercero, será lo uno o lo otro, con lo cual, obviamente, dentro de un esquema de negociación existe la posibilidad de que una de las partes pierda”.</p> <p>Lamentablemente, ese tema de la atenuación excepcional, hoy se ha convertido en un tema de atenuación generalizada, entonces se está distorsionando. De acuerdo a tu pregunta planteada, si te das cuenta con el razonamiento que te hago yo te diría si, pues con esa interpretación se está generando que no haya conflictos laborales abiertos, dando la posibilidad de que todos los conflictos estén solucionados, posiblemente no satisfactoriamente para las partes, pero si solucionado. En ese sentido, justamente al darse cuenta uno que no puede ser una solución satisfactoria (el Arbitraje), te está diciendo anda y negocia, en consecuencia, hay un desincentivo para ir al Arbitraje Potestativo y privilegiar la</p>
--	--

	<p>Negociación en Trato Directo, o, en todo caso, con la intervención del Ministerio de Trabajo.</p> <p>Para muchas organizaciones sindicales el problema está en que no se fomenta la negociación colectiva, en que hay que presionar a los empresarios para que negocien. Pero yo lo que estoy viendo a nivel de la Dirección General del Trabajo, <u>es que los acuerdos de Trato Directo están aumentando entre el 2015 y 2016.</u> En tal sentido considero que es un tema de percepción. Por ejemplo, los que te dicen que no hay Trato Directo son las Centrales Sindicales que tienen afiliados a determinados Sindicatos, pues no todos los sindicatos están afiliados a las centrales sindicales. En ese contexto, los Sindicatos que pertenecen a Centrales Sindicales son los que finalmente tienen eco o caja de resonancia, es decir “llegada”, en consecuencia, lo que sucede allí es de rebote público, pero no por el sindicato en sí, sino por la Central Sindical, mientras hay muchos casos de Sindicatos</p>
--	--

que no están afiliados a Centrales Sindicales y pueden tener Trato Directo con sus empresas empleadoras y solucionan en Trato Directo, pero eso no es muy difundido públicamente.

En ese sentido, existirán casos puntuales donde las empresas empleadoras no querrán negociar, y existirán casos de malas empresas con poca disposición a negociar, que harán que se frustré el Trato Directo y que finalmente se vayan a un Arbitraje.

En conclusión, muchas veces la atenuación que debería ser excepcional se convierte en generalizada entonces hacer una atenuación generalizada, así como perjudica a los empleadores perjudica a los trabajadores, en muchos casos en los cuales hayan sindicatos que no van a estar de acuerdo pero que finalmente sean resueltos en laudo arbitral.

DR. JAVIER NEVES MUJICA
(LABORALISTA)

Respuesta:

Estoy de acuerdo plenamente, el Tribunal Constitucional hace la interpretación no solo de la Ley sino desde la Constitución y señala acertadamente que la Constitución fomenta la solución pacífica, los mecanismos de solución pacífica entre ellos el Arbitraje y que si las partes no se han puesto de acuerdo deberían buscar un medio alternativo pacífico.

La huelga es una medida de conflicto, es constitucional, pero es un último recurso, entonces, si el Arbitraje fuera voluntario le bastaría al empleador oponerse para empujar a los trabajadores a la huelga y eso no puede ser, entonces, el Tribunal señala que de la solución pacífica de los conflictos fluye la promoción de la Negociación Directa o del Arbitraje, pero no de la huelga, por tanto, el Arbitraje tiene que ser potestativo.

¿Considera usted que con la puesta en vigencia del DS-014-2011-TR, que realiza modificatorias sobre la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, se está yendo en contra del Principio de Jerarquía normativa, reconocido por la Constitución Política del Perú?

DRA. JENNY DIAZ HONORES
(ÁRBITRO)

Respuesta:

Yo creo que no, por la siguiente razón: la Ley establece el marco, los reglamentos van a establecer las reglas, las clases, los tipos, la naturaleza, van a profundizar sobre lo que se ha normado. No se está creando realmente algo nuevo, se está hablando del Arbitraje. Que sean de diferentes tipos no va a señalar una vulneración a la jerarquía normativa.

Tengamos en cuenta que la ley no lo prohíbe porque si fuese así, la Ley le hubiese puesto un candado, los reglamentos regulan en base a ese marco normativo.

<p>DR. JOSÉ GUANILO HERNÁNDEZ (LABORALISTA)</p>	<p>Respuesta: Efectivamente, el Decreto Supremo realmente lo que está modificando no es otro Decreto Supremo sino la Ley originaria: “La Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo”, la cual tiene un Decreto Supremo que se centra en el Texto Único Ordenado. En consecuencia, debió salir otra Ley en esos mismos términos que el Decreto Supremo 014-2011-TR para modificar la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.</p>
<p>DR. JUAN CARLOS GUTIERREZ AZABACHE (LABORALISTA)</p>	<p>Respuesta: Al respecto, en su momento hubo un proceso de Acción Popular por la Sociedad Nacional de Industrias, bajo dichos argumentos, pero fue desestimado.</p>
<p>DR. JAVIER NEVES MUJICA (LABORALISTA)</p>	<p>Respuesta: Hubo una acción popular que interpuso la Sociedad Nacional de Industrias contra el Decreto Supremo 014-2011-TR, pero la</p>

	<p>Corte Suprema llegó a la conclusión que era compatible con la Ley, resolviendo con sentencia contundente. El proceso de acción popular concluyó y se ha convalidado el Decreto.</p> <p>En ese sentido yo creo que tenemos dos tipos de Arbitraje Potestativo: el “Incausado” que es al que se refiere el Tribunal Constitucional y el Arbitraje Potestativo “Causado” en primera negociación o mala fe que es al que se refiere el Decreto Supremo 014-2011-TR. En verdad, ¿podría desaparecer el Arbitraje considerado en el Decreto Supremo 014-2011-TR y quedarnos solo con el Arbitraje Potestativo Incausado? La respuesta es: “Sí”. Yo creo que sería lo mejor porque cuando el sindicato alega mala fe se crea un problema adicional, que profundiza la enemistad entre las partes, lamentablemente, la posición del Ministerio de Trabajo es al revés, es eliminar el Arbitraje Potestativo Incausado y quedarnos solo con el causado.</p>
--	---

¿Considera usted necesaria la introducción del Arbitraje Potestativo en las Negociaciones Colectivas de Trabajo? Si la respuesta es un “SI”, ¿Cuáles son los Beneficios que presenta?

DRA. JENNY DIAZ HONORES
(ÁRBITRO)

Respuesta:

Considero que si es beneficiosa. Básicamente, los beneficios que puede traer es evitar un conflicto de naturaleza social y generalmente estos afectan bienes y servicios que se prestan a la ciudadanía como por ejemplo los trabajadores de una municipalidad, que sean obreros que se van a la huelga. La consecuencia inmediata es que tienes a la ciudad llena de desperdicios y basura, con lo cual se afecta la salud pública y considero que es el único campo a donde debería estar dirigido este tipo de Arbitraje, pues para todos no podría ser. Creo que el Estado tiene un interés público al regularlo y creo que el Estado lo ha visto de esta manera y no creo que vaya a regular totalmente la naturaleza privada.

Por otro lado, creo que hay un cambio cultural, no solo por las

	<p>negociaciones directas, sino que, dentro de las mismas negociaciones directas, son las mismas partes que deciden ir a Arbitraje. Claro que estamos hablando allí de Arbitraje Voluntario.</p> <p>Cuando surge la Negociación Colectiva y esta no funciona, te puedes ir a la negociación, conciliación y finalmente la huelga o el Arbitraje. Pero qué ocurre en la Negociación Directa, cuando la relación entre los sindicatos y los empleadores no es mala y las partes deciden firmar compromisos arbitrales, eso ya no es un Arbitraje Potestativo sino un Arbitraje Voluntario. El Arbitraje Potestativo va cuando una de las partes se resiste a negociar, es más van a decir que el Arbitraje es ilegal, van cuestionar la competencia del árbitro y van a poner sustentos que evidencien la mala relación entre el sindicato y la empresa.</p>
--	--

DR. JOSÉ GUANILO HERNÁNDEZ
(LABORALISTA)

Respuesta:

Considero que si, porque el hecho de que una de las partes no elija o no designen sus árbitros generaba un conflicto mayor que era la huelga. Es así que, con la aparición del Arbitraje Potestativo, si una de las partes propone ir al Arbitraje y si la otra parte no designa su árbitro, entonces automáticamente se continúa, evitándose las huelgas, por ello ahora son casi nulas.

Ahora bien, el ínterin final de las Negociaciones Colectivas llevadas por el Dirección Regional a la fecha no conozco a cabalidad. Sin embargo, reconozco que, si existe un cambio en el comportamiento de las partes, pues ahora tratan de solucionar el conflicto con el Trato Directo para no llevar la Negociación a Arbitraje.

<p>DR. JUAN CARLOS GUTIERREZ AZABACHE (LABORALISTA)</p>	<p>Respuesta: Sí, es necesario de acuerdo a los comentarios anteriores.</p>
<p>DR. JAVIER NEVES MUJICA (LABORALISTA)</p>	<p>Respuesta: Yo creo que lo ideal es que las partes resuelvan su controversia directamente. Pero si eso no es posible el Arbitraje me parece es la mejor solución, pero no es perfecta porque hay una serie de objeciones de la manera cómo está regulado el Arbitraje Potestativo, pero es la mejor.</p>

Respecto de las causales por la que se puede someter a las partes a un Arbitraje Potestativo. ¿Considera que son correctas y proporcionales?

<p>DRA. JENNY DIAZ HONORES (ÁRBITRO)</p>	<p>Respuesta: Cada caso es muy particular. La buena fe se presume, por ello la parte que alega mala fe, deberá probarla, haciendo llegar al Tribunal el sustento de los actos que constituyen mala fe. Creo que en principio es adecuado, talvez, con mucha más experiencia en el</p>
--	---

	<p>tema arbitral se pueden hacer modificaciones. Sin embargo, considero que no hay que ser muy reglamentarista, la práctica debe ser lo que perfeccione la norma.</p>
<p>DR. JOSÉ GUANILO HERNÁNDEZ (LABORALISTA)</p>	<p>Respuesta:</p> <p>Realmente es un poco difícil probar la mala fe de la otra parte, entonces me parece que se debió dejar abierto y no precisar causales. Es muy difícil probar la Mala fe pues es tan subjetivo como de quien lo pide como de aquel que lo niega y para la Autoridad de Trabajo para ampararse también. La mala Fe por ser subjetivo debería salir de la norma. El tema debió limitarse a la demora injustificada de una parte a no querer designar su árbitro.</p>
<p>DR. JUAN CARLOS GUTIERREZ AZABACHE (LABORALISTA)</p>	<p>Respuesta:</p> <p>En la práctica no he visto mayor inconveniente en la aplicación del Arbitraje Potestativo. Se ha dado el Potestativo, porque ha pasado tanto tiempo y no hubo voluntad de negociar, no han llegado a un</p>

acuerdo y, finalmente, a quien le corresponde calificar es al Tribunal Arbitral y no a la Autoridad del Trabajo, sin embargo, no he escuchado mayor cuestionamiento a las causales, es más, la única causal que se aplica, normalmente, es la primera, es decir el hecho referido a que hay Mala Fe en negociar, porque existe una demora injustificada. Por ejemplo, en el caso que hayan pasado tantas reuniones y una de las partes no ha asistido, o también, no se dio el Trato Directo, ni alguna propuesta satisfactoria, pero si te das cuenta, los tribunales no han hecho un mayor análisis de lo que es Mala Fe.

Es decir, puede darse el caso que una empresa haga una propuesta que no satisfaga al sindicato, pero pueda ser que haga esa propuesta porque no puede dar más, generando una serie de reuniones infructuosas que conlleven un determinado tiempo, y el sindicato al no encontrar una solución, finalmente va a activar el Arbitraje aduciendo Mala Fe.

	<p>La pregunta es ¿Cómo determinas que es Mala Fe?, tendiendo a ser subjetivo. En todo caso, quien es el llamado a determinar la procedencia del Arbitraje en primera instancia, es el mismo Tribunal Arbitral.</p>
<p>DR. JAVIER NEVES MUJICA (LABORALISTA)</p>	<p>Respuesta: Lo que se quiere es que las partes no se vayan al Arbitraje sin haber hecho un esfuerzo por solucionar el conflicto, lo cual seria muy saludable. Tienen que ser tres meses o seis sesiones de Negociación Directa o de Conciliación. No es demasiado tres meses o seis sesiones, pues si en este plazo no se han puesto de acuerdo, es mejor que vayan a Arbitraje. Las partes deben ir de buena fe, por ello que ir de frente al Arbitraje no me parece lo más conveniente.</p>

¿Qué opinión le merece la implementación del Registro de Árbitros?

DRA. JENNY DIAZ HONORES
(ÁRBITRO)

Respuesta:

Creo que allí si voy a ser un poco crítica. Yo estuve en la primera capacitación, de la cual yo esperé un poco más. Se focalizaron básicamente en el tema del conflicto: La Ley Anual de Presupuesto por el tema de compensaciones económicas y que los árbitros no deberíamos resolver esto porque había una colisión normativa o constitucional. Lo que querían es que nos mentalicemos que cuando llegue a nuestras manos esos temas no resolvamos. Considero que debería implementarse un programa mas exhaustivo y que haya una evaluación con cuestiones básicas mínimas para todo aquel que está postulando.

DR. JOSÉ GUANILO HERNÁNDEZ
(LABORALISTA)

Respuesta:

El Registro de Árbitros lo maneja en lima a nivel nacional. El que

	<p>quiere ser arbitro se tiene que inscribir en Lima y no existe una descentralización en ese tema.</p>
<p>DR. JUAN CARLOS GUTIERREZ AZABACHE (LABORALISTA)</p>	<p>Respuesta: Está implementado, la información está en la web del Ministerio, hay árbitros para el sector público y para el sector privado. En general no ha habido cuestionamientos al sistema de emisión, pero hay consideraciones de elevar la vaya de requisitos para seleccionar a los árbitros, como por ejemplo haber participado en un número determinado de Arbitrajes o algún curso de especialización relacionado a las materias que pueden estar en conflictos.</p>
<p>DR. JAVIER NEVES MUJICA (LABORALISTA)</p>	<p>Respuesta: Estoy de acuerdo con que exista un Registro de Árbitros que tenga un nivel mínimo de calificación profesional y que habilite para el ejercicio del Arbitraje. El proyecto del Ministerio de Trabajo busca suprimir el sorteo, entonces se designaría a dedo,</p>

	siendo mas objetivo el sorteo (más imparcial).
--	--

4.3. Respecto del Tercer Objetivo Específico: Determinar el porcentaje de utilización del Arbitraje Potestativo frente a otros Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en las Negociaciones Colectivas de Trabajo antes y después de la entrada en vigencia del D.S.014-2011-TR.

En cuanto al presente objetivo se tuvo acceso al registro referente a las conclusiones de las Negociaciones Colectivas dentro de la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo La Libertad, con la finalidad de determinar la utilización del Arbitraje (Potestativo o no), frente al Trato Directo y Conciliación, los cuales son medios pacíficos de resolución de conflictos colectivos de trabajo dentro de la Negociación Colectiva y los resultados en porcentajes fueron los siguientes:

Tabla 1 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2006

Descripción	Cantidad	%
Arbitraje	3	5%
Conciliación	3	6%
Trato Directo	11	20%
Otros	38	69%
Total	55	

Figura 1 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2006



Tabla 2 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2007

Descripción	Cantidad	%
Arbitraje	1	2%
Conciliación	2	4%
Trato Directo	5	11%
Otros	39	83%
Total	47	

Figura 2 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2007



Tabla 3 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2008

Descripción	Cantidad	%
Arbitraje	1	2%
Conciliación	2	5%
Trato Directo	5	12%
Otros	34	81%
Total	42	

Figura 3 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2008



Tabla 4 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2009

Descripción	Cantidad	%
Arbitraje	0	0%
Conciliación	3	11%
Trato Directo	6	21%
Otros	19	68%
Total	28	

Figura 4 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2009

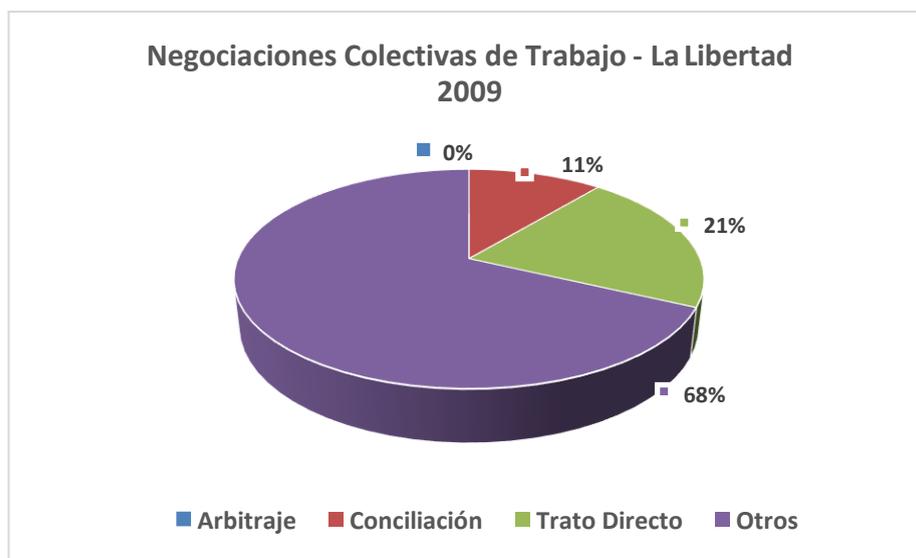


Tabla 5 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2010

Descripción	Cantidad	%
Arbitraje	1	2%
Conciliación	1	3%
Trato Directo	8	19%
Otros	32	76%
Total	42	

Figura 5 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2010



Tabla 6 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2011

Descripción	Cantidad	%
Arbitraje	1	4%
Conciliación	4	15%
Trato Directo	18	66%
Otros	4	15%
Total	27	

Figura 6 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2011



Tabla 7 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2012

Descripción	Cantidad	%
Arbitraje	0	0%
Conciliación	5	11%
Trato Directo	10	21%
Otros	31	68%
Total	46	

Figura 7 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2012

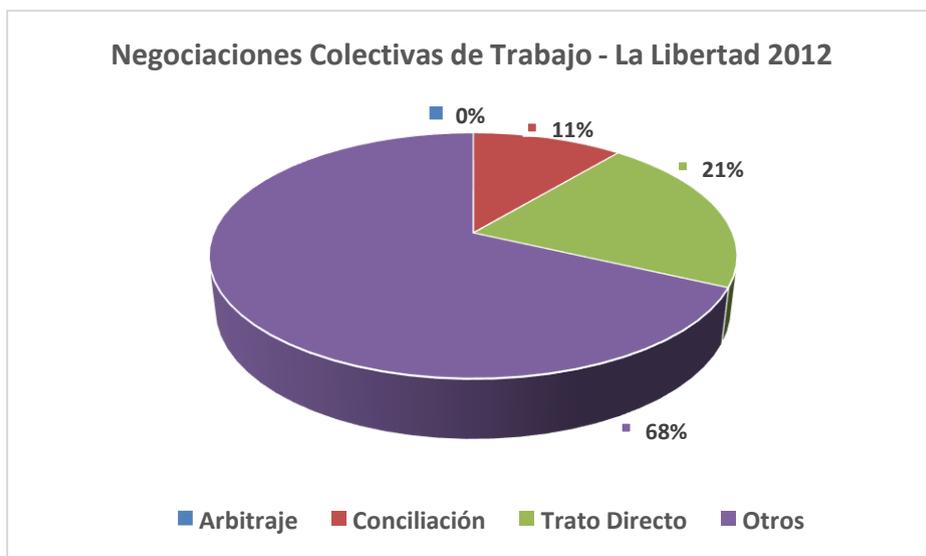


Tabla 8 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2013

Descripción	Cantidad	%
Arbitraje	0	0%
Conciliación	4	8%
Trato Directo	12	23%
Otros	35	69%
Total	51	

Figura 8 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2013



Tabla 9 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2014

Descripción	Cantidad	%
Arbitraje	0	0%
Conciliación	4	9%
Trato Directo	13	31%
Otros	25	60%
Total	42	

Figura 9 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2014

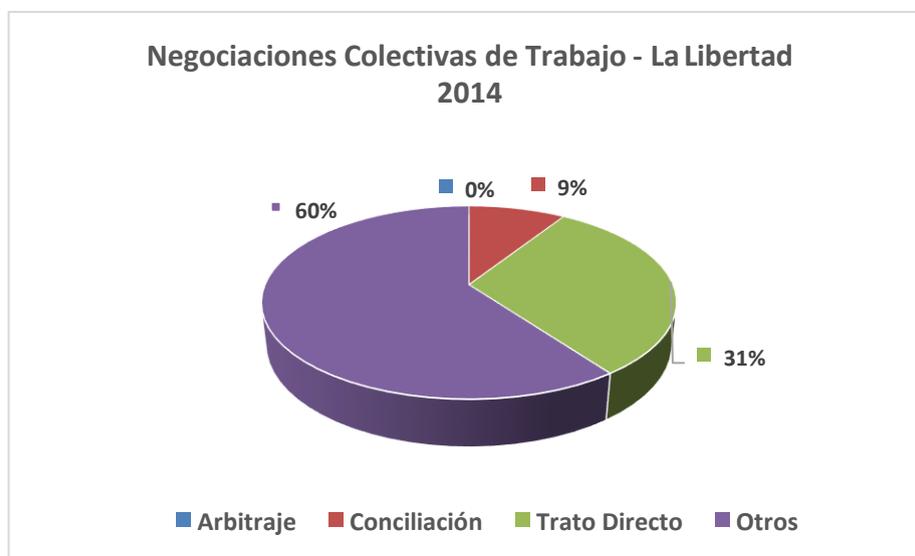


Tabla 10 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2015

Descripción	Cantidad	%
Arbitraje	0	0%
Conciliación	6	16%
Trato Directo	12	33%
Otros	19	51%
Total	37	

Figura 10 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2015

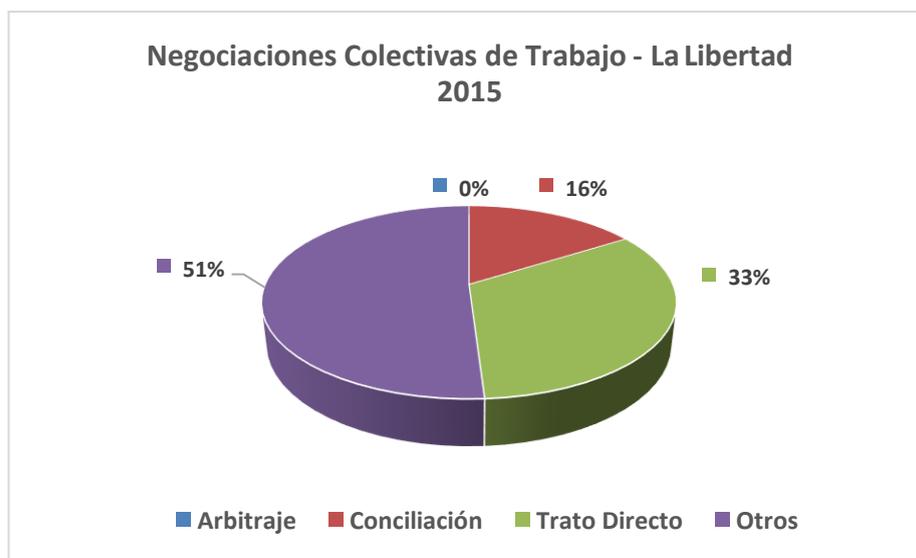


Tabla 11 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2016

Descripción	Cantidad	%
Arbitraje	0	0%
Conciliación	5	12%
Trato Directo	18	42%
Otros	20	46%
Total	43	

Figura 11 - Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad 2016

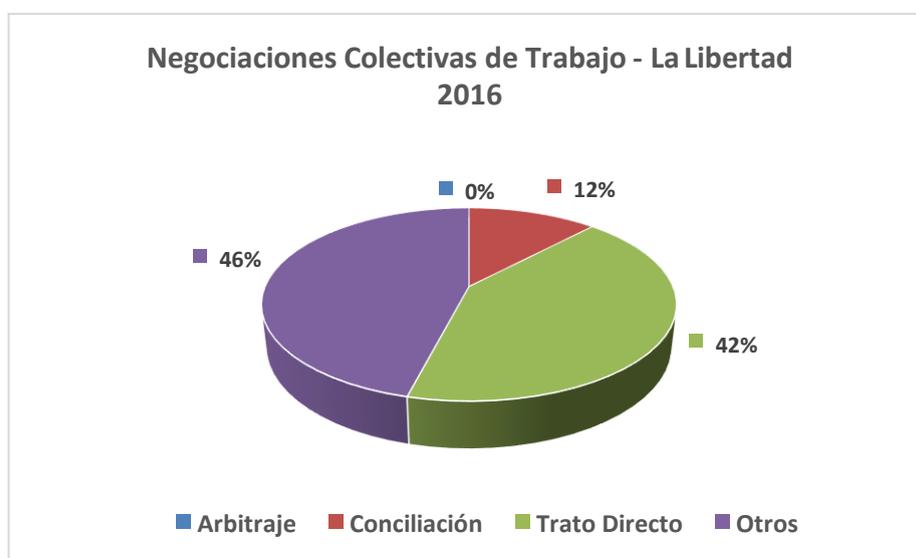


Tabla 12 - Resumen en Porcentaje: Evolución de Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad (por porcentajes)

Descripción	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Arbitraje	5%	2%	2%	0%	2%	4%	0%	0%	0%	0%	0%
Conciliación	6%	4%	5%	11%	3%	15%	11%	8%	9%	16%	12%
Trato Directo	20%	11%	12%	21%	19%	66%	21%	23%	31%	33%	42%
Otros	69%	83%	81%	68%	76%	15%	68%	69%	60%	51%	46%

Figura 12 - Resumen en Porcentaje: Evolución de Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad (por porcentajes)

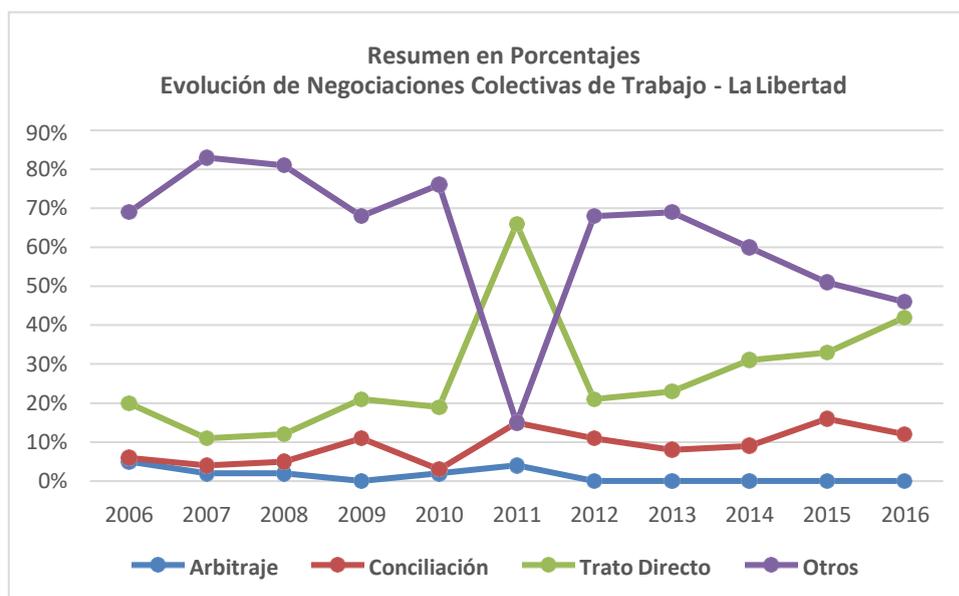


Tabla 13 - Resumen en Cantidad: Evolución de Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad (por cantidades)

Descripción	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Arbitraje	3	1	1	0	1	1	0	0	0	0	0
Conciliación	3	2	2	3	1	4	5	4	4	6	5
Trato Directo	11	5	5	6	8	18	10	12	13	12	18
Otros	38	39	34	19	32	4	31	35	25	19	20

Figura 13 - Resumen en Cantidad: Evolución de Negociaciones Colectivas de Trabajo - La Libertad (por cantidades)

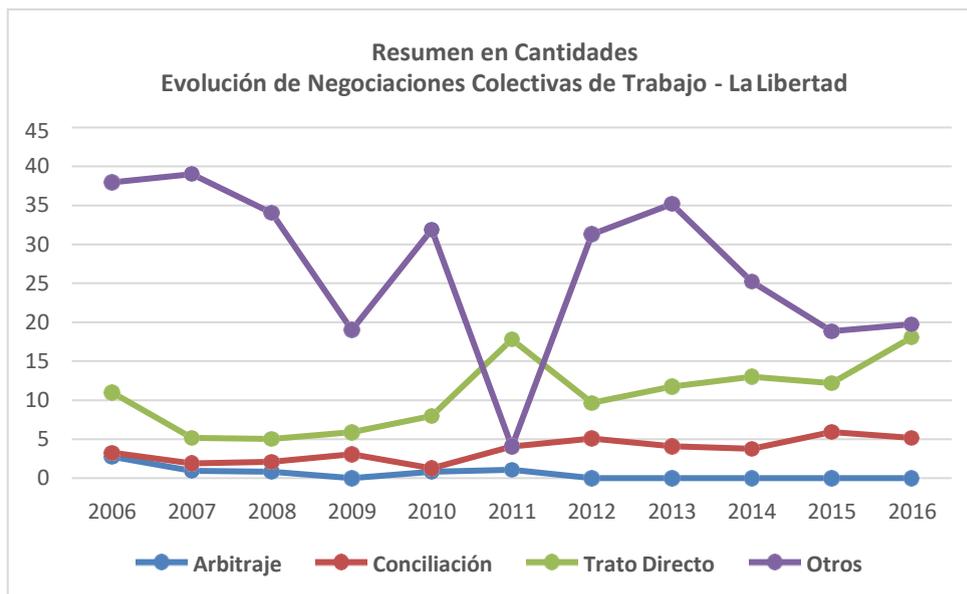


Tabla 14 - Número Total de Conflictos Colectivos de Trabajo por año

AÑO	Totales
2006	55
2007	47
2008	42
2009	28
2010	42
2011	27
2012	46
2013	51
2014	42
2015	37
2016	43

Figura 14 - Número total de Conflictos Colectivos de Trabajo por año



Figura 15 - Porcentaje de Aumento o Disminución de Conflictos Colectivos de Trabajo



De conformidad con el análisis de los gráficos de la muestra tomada entre los años 2006 al 2016, del total de expedientes relacionados a las Negociaciones Colectivas llevadas a cabo en la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo La Libertad, teniendo en cuenta, además, la entrevista realizada al Doctor José Guanilo Hernández, la presente investigación, obtuvo el siguiente resultado:

- a) Respecto al total de Negociaciones Colectivas de Trabajo, se determina que el año 2011, cuando se da la norma existe una disminución importante en el total de conflictos colectivos de trabajo llegando únicamente a 27 en todo el año, sin embargo, al año siguiente (2012) se duplicó llegando a 46. Esto también se ve reflejado si se compara el año 2010 y el 2011, en donde existió una disminución del 36% del total de conflictos colectivos de trabajo, alcanzando su punto más bajo, dentro del rango analizado.
- b) Respecto a los otros procesos que quedaban inconclusos, su porcentaje fue disminuyendo paulatinamente a partir del año 2011, donde fue su porcentaje más bajo.
- c) Respecto al porcentaje de las Negociaciones Colectivas cerradas en la etapa de Trato Directo, se observa que entre el año 2011 y 2012, donde entra en vigencia la norma materia de la presente investigación, aumenta significativamente su utilización siendo esta etapa definitiva para concluir las Negociaciones Colectivas.

- d) Respecto al porcentaje de las Negociaciones Colectivas cerradas por Conciliación, se determina que, si bien existe un aumento del mismo a partir del año 2011 hasta el 2016, su utilización no es significativa para cerrar dichas Negociaciones Colectivas.
- e) Respecto del porcentaje de las Negociaciones Colectivas cerradas por Arbitraje (causado o incausado), se determina que, a partir de la entrada en vigencia de la norma materia de la presente investigación, su utilización ha disminuido. Sin embargo, se observa que entre los años 2006 al 2011, la utilización del Arbitraje como medio “idóneo” para concluir o cerrar las Negociaciones Colectivas de Trabajo ha sido siempre mínimo.

Asimismo, como resultado de las entrevistas realizadas a los especialistas, referente a la pregunta si consideran que la modificación generada por el Decreto Supremo N° 014-2011-TR, fomenta la utilización del Arbitraje en las solución de Conflictos Colectivos de Trabajo, señalan que la finalidad de la norma fue dicha promoción, sin embargo, a la larga el resultado es que las partes no buscan resolver el conflicto mediante el Arbitraje sino que este es un disuasivo para aquellos empleadores que buscan retrasar el proceso de negociación colectiva, viéndose obligados a resolver el conflicto en el trato directo, es decir la norma terminó fomentando lo que no buscaba fomentar, pero cumpliendo su fin ulterior que es resolver el conflicto colectivo de trabajo.

Los especialistas entrevistados refirieron lo siguiente:

Finalmente ¿Considera que esta modificación va a fomentar la utilización del Arbitraje?	
DRA. JENNY DIAZ	<p>Respuesta:</p> <p>Si, pues es la finalidad por la cual fue creada, sin embargo, eso va a depender de las partes.</p>
DR. GUANILO HERNÁNDEZ	<p>Respuesta:</p> <p>A mi parecer si, se está fomentando el Arbitraje, pero la solución se está dando antes de llegar al mismo.</p>
DR. GUTIERREZ AZABACHE	<p>Respuesta:</p> <p>Al principio el tema si se ha incrementado, lo que puedo ver es que en el tema de acuerdos ha disminuido, es decir tienes más acuerdos en Trato Directo y en Conciliación al menos a nivel de DGT. Si tú quieres ver el tema de conflictos a nivel nacional la DGT te puede representar un 60%, otro 30% está en la Regional y Lima Metropolitana y el otro 10% está</p>

	<p>A nivel nacional. Por las estadísticas de los dos últimos años, es que a nivel de acuerdos, tengo más acuerdos a nivel de Trato Directo, Conciliación o en extra procesos y menos casos se están yendo a Arbitraje. En un principio se ha incrementado el Arbitraje, por el 2012 y 2013, pero la data que yo tengo a nivel de la DGT, con los casos que han sido materia de acuerdo, o sea en los casos que hemos visto, es que se está disminuyendo los arbitrajes. El tema que puedes considerar, es que lo que ves en muchos casos hay gente que digamos “vive” del arbitraje, en el sentido que son los mismos arbitraos para el sector del trabajo y para el sector trabajador, obviamente ese grupo va a inducir a las partes a ir a Arbitraje. Por otro lado, el Arbitraje también esta distorsionado, pues no se busca que el árbitro sea el abogado de la parte, sin embargo, en la práctica se ve. Es un caso muy raro, ver un fallo unánime sino por mayoría.</p>
--	---

<p>DR. NEVES MUJICA</p>	<p>Respuesta:</p> <p>Definitivamente, la norma busca promover el Arbitraje, sin embargo, el Poder Judicial está interviniendo más porque se impugnan los laudos.</p>
-------------------------	--

CAPÍTULO V. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

5.1. Discusión

5.1.1. Respeto de la naturaleza jurídica del Arbitraje dentro del marco normativo del Derecho Colectivo de Trabajo

Con la finalidad de evaluar la naturaleza jurídica del Arbitraje enmarcado dentro del procedimiento de negociación colectiva, es necesario conocer la utilización de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos dentro la misma, y cómo el Arbitraje se constituyó en una herramienta que busca limitar la inequidad existente entre el empleador y los trabajadores.

Históricamente, dentro de los muchos cambios ideológicos y normativos generados en el Perú, se encuentran aquellos relacionados al Derecho Colectivo de Trabajo, siendo uno de ellos, el derecho a la huelga, el cual precede a la misma Constitución Política del Perú de 1920.

Es así que, con el Decreto Supremo de fecha 24 de enero de 1913 promulgado por el presidente Billinghurst, se reglamentó el derecho a Huelga en el Perú, precisando en su artículo 2 que *“Cuando el patrón, por cualquier motivo se niegue a atender las peticiones de los delegados obreros, que serán formuladas 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**”*. (MATOS ZEGARRA, 2014)

En ese sentido, señala el doctor Mauricio Matos que la norma en mención, *“era bastante expeditiva, debido que según el artículo 4 de dicha norma, 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 transcurriesen más de 04 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.”*

La Constitución Política de 1920 determinó 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 deberían organizarse los

Tribunales de Conciliación y Arbitraje para solucionar las referidas controversias.

Posteriormente, se generaron modificaciones sobre las normas anteriormente señaladas, siendo el Decreto Supremo de fecha 23 de marzo de 1936 el cual crea la *Junta de Conciliación*, formada por 2 representantes obreros y 2 patronales, que era presidida por el jefe de la Sección de Trabajo. Además, en el artículo 49 de dicho cuerpo normativo, se estableció 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 trámites³⁴; c) o de común acuerdo. Finalmente, dicho Tribunal Arbitral estuvo compuesto por un árbitro nombrado por cada parte y eventualmente, el presidente de la Corte Suprema en Lima o los presidentes de las Cortes Superiores en provincias designaría al presidente, teniendo un plazo máximo de 8 días para emitir el laudo correspondiente. (MATOS ZEGARRA, 2014)

Posteriormente, con la promulgación de la Ley 8930 de 03 de agosto de 1939, se concede la autoridad de cosa juzgada y se les reconoce mérito ejecutivo a los laudos y a las Resoluciones de la Dirección General de Trabajo. Asimismo, mediante el Decreto Supremo de fecha 10 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.

³⁴ En este punto, se puede precisar que el supuesto b), el cual señala que se activará el Arbitraje cuando alguna de las partes ponga dificultades a sus trámites, siendo éste un claro antecedente de los que ahora se encuentran dentro de los supuestos de mala fe que activan el Arbitraje Potestativo.

Con la publicación del Decreto Supremo N° 006-71-TR, el cual fue modificado por el Decreto Supremo N° 009-86-TR, en su artículo 13 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, ésta sería resuelta por las Autoridades Administrativas de Trabajo. En ese sentido, la Autoridad Administrativa de Trabajo era quien resolvía finalmente la negociación colectiva, siendo este criterio sustentado en el artículo 54 in fine de la Constitución de 1979.

Posteriormente, el Decreto Supremo 006-71-TR sería derogado por el Decreto Ley 25593 – Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, su T.U.O aprobado por Decreto Supremo 010-2003-TR y su reglamento, lo cual trajo consigo al Arbitraje como una forma de darle fin a la negociación colectiva.

En palabras del doctor Pedro Morales Corrales, *“Una de las mayores novedades que introdujo la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo – LRCT – (Decreto Ley N° 25593 del 7 julio de 1992) fue sin duda, la institución del arbitraje para solucionar los pliegos de reclamos ahí donde el trato directo o la conciliación fracasaron, en sustitución de la Autoridad de Trabajo, (...) era quien, en tales circunstancias, correspondía resolver estos conflictos de intereses o económicos”*. Agrega también, *“la experiencia sufrida durante muchos años, en que los designios de la política eran los que influían en la decisión de la Autoridad Administrativa de Trabajo para resolver los petitorios, con*

prescindencia muchas veces de la justeza de los mismos o de la realidad económica de las empresas para enfrentar los incrementos de las remuneraciones o de nuevas condiciones de trabajo, llevó a que la nueva legislación contemplara una solución distinta, encargando a un órgano colegiado independiente, ajeno a la política, resolver de manera técnica este tipo de controversias.” (MORALES CORRALES)

En consecuencia, se observa que inicialmente con la aparición del Arbitraje se solucionaba el conflicto de manera heterocompositiva, modificándose posteriormente por una forma autocompositiva con la aparición del Trato Directo y Conciliación, dejando en manos de la Autoridad Administrativa de Trabajo la resolución de la Negociación Colectiva, hasta la llegada del Arbitraje, volviendo a resolver el conflicto de manera heterocompositiva.

Actualmente, con la vigencia del Decreto Supremo 010-2003-TR, la negociación colectiva consta de tres etapas por las cuales se busca solucionar el conflicto, las cuales son: 1) el trato directo, 2) la conciliación y 3) el arbitraje, sin embargo, a consideración de la presente investigación se tiene una cuarta etapa más, denominada “huelga”, por la cual pueden optar los trabajadores, siendo un derecho protegido por la Constitución Política del Perú, la cual, es considerada por muchos autores y por el Tribunal Constitucional, como una medida de fuerza “violenta”, sin embargo, ciñéndonos al concepto de la misma no debería ser así.

En ese sentido, nace el siguiente cuestionamiento en la presente investigación:

¿Cuál fue el sentido que le dio el legislador al Arbitraje laboral para la solución de conflictos colectivos de Trabajo?, es decir ¿Qué tipos de Arbitrajes consideraba la normativa laboral en ese entonces y hasta la fecha? O ¿Cuál es la naturaleza jurídica del Arbitraje en la normativa laboral?

Al respecto, hasta antes de la entrada en vigencia del Arbitraje Potestativo con el Decreto Supremo 014-2011-TR, la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo aceptaba dos tipos de Arbitraje el voluntario y el obligatorio.

En cuanto a la definición de Arbitraje Voluntario, Pedro Morales Corrales señala que *“se entiende que un arbitraje es voluntario o facultativo, cuando las partes en conflicto se ponen de acuerdo para que un árbitro o tribunal arbitral resuelva el diferendo; en tal sentido, si no mediara dicho acuerdo, no es posible el arbitraje”*. (MORALES CORRALES)

Al Arbitraje voluntario se podía acceder cuando el trato directo o la conciliación no hayan dado resultado, así, los trabajadores o el empleador podrán someter el conflicto a un Arbitraje requiriéndose indubitablemente la voluntad de ambos, de acuerdo a lo determinado en el artículo 61 del TUO de la LRCT hasta antes de la sentencia del Tribunal Constitucional correspondiente al Expediente N° 03561-2009-PA/TC (Caso SUTRAMPORPC), la cual será analizada en la presente investigación.

El artículo 49 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT) precisa que el acuerdo de sometimiento al Arbitraje deberá constar en un “compromiso arbitral”, suscribiéndose el convenio arbitral.

Asimismo, se observa que, en los antecedentes referidos al nacimiento del Arbitraje dentro de la normativa laboral, específicamente en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT), su T.U.O y en su Reglamento, han optado por asignarle “Naturaleza Contractual”, es decir, que requiere indubitablemente de la manifestación de la voluntad de las partes involucradas, en este caso, el empleador y el sindicato, plasmada en un compromiso arbitral.

Por otro lado, existe el Arbitraje Obligatorio que, a diferencia del anterior, viene impuesto por la legislación obligando a las partes a someterse al mismo. En palabras del doctor Roque Caivano, 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. (CAIVANO, 2006)

Este Arbitraje Obligatorio se manifiesta en el supuesto estipulado en el artículo 68 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, que aprobó el T.U.O de la LRCT, el cual prevé la posibilidad de que la Autoridad Administrativa promueva un arreglo directo u otra forma de solución pacífica del conflicto en los casos que la 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.

Es por ello que, solo en casos excepcionales es de aplicación el Arbitraje Obligatorio, debido a que su imposición va en contra de la naturaleza contractual del Arbitraje, pues viene impuesto por la ley.

Ahora bien, a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 03561-2009-PA/TC (Caso SUTRAMPORPC), se introdujo como una herramienta de solución del conflicto colectivo de trabajo al Arbitraje Potestativo.

Asimismo, el doctor Mauricio Matos Zegarra, al considerar que el Arbitraje de la LRCT es de naturaleza contractual, señala que en el caso del Arbitraje Potestativo *“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.”*

Por su parte, el doctor Fernando Elías Mantero precisa que *“El arbitraje potestativo implica que una parte le pueda imponer a la otra la solución arbitral por su propia decisión y sin consentimiento de la contraria, no existía como concepto conocido en el año 1992, fecha en que se aprobó la LRCT. Resulta entonces factible concluir que si la doctrina no hacía referencia al arbitraje*

*potestativo (porque no existía) en el año 1992, cabe suponer, que esto no se
encontraba dentro de la lógica o intención del legislador.”*

Raffo Velásquez Meléndez señala que tanto el legislador como el Tribunal Constitucional, al aplicar el Arbitraje Potestativo, no buscan que la solución de la negociación colectiva llegue a través del arbitraje, sino que se concluya a través de un acuerdo de partes. Asimismo, señala que dicho propósito *“encuentra respaldo constitucional en el ejercicio del derecho a la negociación colectiva, pues se genera un escenario para favorecer al acuerdo voluntario entre las partes antes que esperar a una solución impuesta por un tercero”*. (VELÁSQUEZ MELÉNDEZ; AELE, 2018)

En otras palabras, el doctor Velásquez Meléndez precisa que, si bien la manifestación de voluntad es un requisito indispensable para el Arbitraje; lo que se busca con el Arbitraje Potestativo es fomentar, por sobre todas las cosas, la conclusión de la Negociación Colectiva, pues por encima de dicha manifestación de voluntad de las partes, está el derecho a la Negociación Colectiva. Es decir, que cuando las partes van al Arbitraje Potestativo, una de ellas es obligada a hacerlo, esto genera que cualquiera de ellas decida negociar y solucionar el Conflicto Colectivo de Trabajo; en otras palabras, la función que desempeña el Arbitraje Potestativo es “funcional”, pues más allá de desnaturalizar al Arbitraje como institución jurídica, omitiendo la voluntad de las partes, su función principal es que la Negociación Colectiva termine y las partes lleguen a un acuerdo.

La Organización Internacional del Trabajo – OIT, a través de los diferentes Convenios Internacionales suscritos por el Estado Peruano, corrobora lo antes señalado, haciendo hincapié en la importancia que tiene la voluntad de las partes como requisito indispensable para el Arbitraje.

Es así que el Convenio N° 98 de la OIT en su artículo 4 señala respecto del derecho de sindicación y negociación colectiva: “(...) *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.* (...)” (sic).

En ese sentido, el Estado tiene la obligación no solo de promover medios de soluciones pacíficas de los conflictos laborales, de acuerdo al artículo 28 de la Constitución Política, sino que, además, de que estos procedimientos tengan el carácter de “voluntarios”.

De acuerdo a la entrevista realizada a los especialistas respecto de determinar si antes de la entrada en vigencia del DS-014-2011-TR, ¿Cuántos tipos de Arbitraje contemplaba la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo?

Se determinó como resultado lo siguiente:

1. Hasta antes de la entrada del DS. 014-2011-TR, existían dos tipos de arbitraje. El primero era el voluntario o consensual y el segundo, era el obligatorio.
2. El consensual prescrito en el artículo 61 de la LRCT, se generaba por acuerdo de las partes, y el Obligatorio se daba cuando la huelga era ilegal o se alargaba demasiado, excepcionalmente, la Autoridad del Trabajo resolvía el conflicto, obligando a las partes a irse a Arbitraje.
3. La Doctrina y el Tribunal Constitucional interpretan que el artículo 61 de la LRCT, corresponde a un Arbitraje Potestativo, debido que, si se interpretara como un Arbitraje Voluntario, las partes nunca accederían al Procedimiento Arbitral.

En consecuencia, hasta antes de la interpretación hecha por el Tribunal Constitucional y la posterior entrada en vigencia del Decreto Supremo 014-2011-TR que modificó el artículo 61 de la LRCT, introduciendo el artículo 61-A, existían únicamente, en la normativa laboral dos tipos de Arbitraje: el voluntario (prescrito en el artículo 61 de la LRCT) y el obligatorio. Siendo el primero el que ha de aplicarse como regla general y el segundo de manera excepcional.

Respecto de la naturaleza jurídica del Arbitraje Voluntario, esta investigación concuerda con el sector de la doctrina que señala tener carácter “contractual”, debido que se basaba en la manifestación de voluntad de las partes, siendo desnaturalizado por la entrada en vigencia del Arbitraje Potestativo.

En cuanto al Arbitraje Potestativo, si bien para determinado sector de la doctrina, este también se ve desnaturalizado, en el sentido que, el legislador crea en vano una figura jurídica denominándola “potestativo”, encubriendo a todas luces un Arbitraje Obligatorio, la presente investigación considera que existen marcadas diferencias en cuanto a las causas que generan cada una, pues una se impone por la ley y la otra por la voluntad unilateral de cualquiera de las partes; además, ambas tienen diferentes fines, pues mientras el Arbitraje Obligatorio tiene carácter excepcional, el Arbitraje Potestativo busca ser la nueva regla, cuestión que es discutible y su conveniencia será analizada en los siguientes párrafos.

En conclusión, se debe precisar que la naturaleza jurídica del Arbitraje señalado en la LRCT y su reglamento, es que se trata de un mecanismo alternativo de solución de conflicto consensual-voluntario, es decir requirió siempre la voluntad de las partes, señalándose muchas veces por la doctrina, que éste tiene el carácter de “contractual”. Asimismo, esta característica se sustenta, además, en el criterio adoptado por la OIT respecto de la negociación colectiva, en el sentido que, el Estado no solo está obligado a promover los medios para solucionar los conflictos colectivos de trabajo de manera pacífica, sino que,

además, dichos medios se deben basar en la voluntariedad de las partes como principio rector.

En ese sentido, se evidencia que existe una desnaturalización del Arbitraje cuando se introduce al Arbitraje Potestativo en la negociación colectiva, pues se omite definitivamente la voluntad de las partes, bastando únicamente la manifestación de voluntad de una de ellas, cuestión que al igual que el Arbitraje Obligatorio, debería tener el carácter de excepcional y no ser la regla. Estos dos tipos de Arbitraje (el obligatorio y el potestativo) comparten la característica de “funcionales”, pues el legislador privilegió la funcionalidad de dichos arbitrajes antes que el carácter natural del mismo que es la “voluntariedad de las partes”. Es decir, en el caso del Arbitraje Obligatorio, éste cumple la función de evitar que la huelga se extienda y se afecten otros derechos de terceros, como algún sector productivo, o de salud, generándose la afectación a otros bienes jurídicos; y, por otro lado, el Arbitraje Potestativo, cumple la función de obligar a una de las partes al ir al Arbitraje bajo determinadas causales de mala fe o demora injustificada.

5.1.2. Respetto del análisis de las implicancias fácticas, jurídicas y, posteriormente, normativas de la interpretación del Tribunal Constitucional respecto a la Sentencia N° 03561-2009-PA/TC, mediante la cual se crea el Arbitraje Potestativo, frente al derecho de negociación colectiva.

En el presente título se analizará el criterio jurídico e interpretación normativa que utilizó el Tribunal Constitucional para determinar la aplicación del Arbitraje Potestativo dentro de la Negociación Colectiva de Trabajo en la Sentencia correspondiente al Expediente N° 03561-2009-PA/TC, realizándose un análisis de las implicancias del derecho a negociación colectiva reconocido por la OIT y por la Constitución Política del Perú, a fin de corroborar si el Tribunal Constitucional aplicó correctamente el sentido de dicho derecho.

De acuerdo a lo analizado en el título anterior, antes de la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 014-2011-TR, existían solamente dos tipos de Arbitraje dentro de la LRCT, el *voluntario* y el *obligatorio*, este último se aplicaba de manera excepcional cuando se requería evitar la extensión de la huelga, afectándose derechos de terceros, o a la sociedad en general, como por ejemplo a un sector productivo o de salud, el Estado podía obligar a las partes a ir a un Arbitraje.

Por otro lado, respecto del Arbitraje Voluntario, este se encuentra enmarcado dentro del artículo 61 del TUO de la LRCT, el cual señala: “*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***”. La problemática principal respecto del presente artículo es que, si se realiza una interpretación literal de la norma, nos encontramos frente a un Arbitraje Voluntario debido que se sustenta en la manifestación de voluntad de las partes para someter su conflicto a este mecanismo, interpretación que a consideración de la presente investigación es correcto. Sin embargo, ya antes de la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, y la aparición del Arbitraje Potestativo en la legislación laboral; para muchos doctrinarios este artículo enmarcaba un Arbitraje de carácter “*potestativo*” y no uno “*voluntario*”, pues se hacía inviable aplicarlo en la realidad, debido que, las partes del conflicto colectivo de trabajo no se ponían de acuerdo, y por lo general, era el empleador quien dilatava la negociación, quedando la huelga como la manera más idónea de presión para el sindicato, a fin de lograr que el empleador atienda sus reclamos. En otras palabras, los doctrinarios entendían que la aplicación del artículo 61 del TUO de la LRCT como Arbitraje Voluntario no tenía sentido frente a una realidad en la cual las partes no tenían el más mínimo interés de someterse a dicho Arbitraje, por tanto, su funcionalidad era nula. Ante tal realidad, se presentó el caso en el cual el Tribunal Constitucional se pronunciaría respecto de la correcta interpretación de dicho artículo, sin considerar, en primer término, a la naturaleza jurídica del Arbitraje, la cual tiene como eje principal

voluntad de las partes, generando que la excepción (es decir un Arbitraje Obligatorio) se convierta en la regla para determinados supuestos.

El Tribunal Constitucional, mediante la sentencia de fecha 17 de agosto de 2009, correspondiente al Expediente N° 03561-2009-PA/TC, resolvió la controversia suscitada entre el Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao – SUTRAMPORPC (en adelante “El Sindicato”) contra la Asociación Peruana de Agentes Marítimos – APAM, Asociación Peruana de Operadores Portuarios – ASPPOR y Asociación Marítima del Perú – ASMARPE (en adelante “Las Asociaciones”); los cuales se encontraban negociando colectivamente.

Respecto al demandante (SINDICATO), éste alega que las Asociaciones emplazadas han vulnerado su derecho de negociación colectiva, se niegan a negociar por rama de actividad el pliego de reclamos para el periodo 2007-2008, pues no han asistido a las reuniones convocadas por la Dirección durante las etapas de trato directo y de conciliación para llegar a un acuerdo.

Por otro lado, la parte demandada (las Asociaciones), alegaban que en base a las sentencias judiciales favorables respecto al Expediente N° 4845-2005 y el Expediente N° 237-2007, el sindicato demandante, no tiene derecho a negociar colectivamente por rama de actividad, sino a nivel de empresa.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional decide centrar el análisis del conflicto en los siguientes puntos:

- a) Determinar si las inasistencias de las asociaciones contravienen el Derecho a la Negociación Colectiva.
- b) Determinar si la aplicación del artículo 45 del TUO de la LRCT³⁵ contraviene el artículo 28 de la Constitución Política, debido que constituye un argumento de las Asociaciones emplazadas para no negociar en el nivel de rama de actividad.

Con la finalidad de analizar los puntos controvertidos antes mencionados, el Tribunal Constitucional consideró necesario analizar las normas internacionales sobre la definición de Negociación Colectiva que da la OIT, así como los Principios que la rigen y el contenido del derecho de Negociación Colectiva.

Primer Punto Controvertido

En ese orden de ideas, corresponde abordar el primer punto controvertido, el cual es determinar si las inasistencias de las asociaciones contravienen el derecho a la Negociación Colectiva, en el sentido que lo dilatan injustificadamente.

³⁵ El Artículo 45 de la LRCT señala: “*Si no existe previamente una convención colectiva en cualquier nivel de los señalados en el artículo anterior, 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. (...)*”

El Tribunal Constitucional a fin de resolver este punto controvertido mencionado, hace un análisis del alcance de la Negociación Colectiva, desde la definición que se encuentra en los Convenios Internacionales de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, los principios que circunscriben su alcance, la libertad de decidir y la buena fe.

En cuanto a la definición de la OIT referente a la Negociación Colectiva, se debe precisar que el Tribunal Constitucional cita los Convenios 98, 151 y 154, además de la Recomendación N° 91, los cuales señalan que la negociación colectiva es concebida (en términos generales) como el procedimiento que permite generar acuerdos y formalizar compromisos, centrándose en las condiciones de trabajo y de empleo en un sentido amplio, y en la regulación de las relaciones entre empleadores y trabajadores y sus respectivas organizaciones.

Continuando con el análisis, se debe señalar que, respecto de la Negociación Colectiva, el Convenio 98 – “*Convenio relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva*”, acogido por el gobierno peruano el 13 de marzo 1964, señala en su artículo 4 lo siguiente:

*“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.”

En este punto, se debe considerar a la “voluntariedad” como un elemento fundamental inmerso en la naturaleza propia de la negociación colectiva, ello implica que las partes deben regirse por un procedimiento que mantenga como pilar siempre la voluntad de querer resolver el conflicto.

Al respecto, en la doctrina española se considera a la negociación colectiva como una fase de “*negociación – consulta*”, en la cual según la Doctora Raquel Poquet Catalá “*el periodo de consultas sólo pretende un intercambio de opiniones y una apertura de un diálogo entre el empresario y el comité, sobre determinadas cuestiones, sin que, con todo ello, aquél quede vinculado a adoptar una decisión u otra*”. Así continúa diciendo, “*no se trata de una simple dilatación en el tiempo de materialización de las modificaciones, pues con ello se eleva el rango de la intervención de los representantes de los trabajadores a la categoría de negociación colectiva y se establecen cargas reales a las partes para que este periodo tenga contenido efectivo.*”

Lo que busca la doctora Raquel Poquet es precisar que el legislador español cuando introduce la figura de la negociación colectiva, ésta no se queda como una mera declaración programática, sino como un auténtico deber jurídico, del que derivarían específicas consecuencias jurídicas en caso de incumplimiento del mismo. Es decir, nos muestra la trascendencia del derecho a negociar de las

partes precisando que de esas “consultas” mutuas, que manifiestan la voluntad de las partes generarán efectos jurídicos. Por ello la misma doctrinaria recuerda la buena fe *“se erige como el principio fundamental que debe presidir todo el periodo de consultas (...)”*.

Por otro lado, el Convenio N° 151 de la OIT – *“Convenio sobre Protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública”*, precisa en su artículo 7 lo siguiente: *“Deberán adoptarse, de ser necesario, **medidas adecuadas a las condiciones nacionales** para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación **entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos** acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros **métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones**”*.

Asimismo, el Convenio N° 154 de la OIT – Convenio sobre el Fomento de la Negociación Colectiva, el mismo que en su artículo 2 define a la negociación colectiva como: *“A los efectos del presente Convenio, la expresión “negociación colectiva” comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de:*

- a) *Fijar las condiciones de trabajo y empleo, o*
- b) *Regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o*

- 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.”.*

Finalmente, en la Recomendación N° 91 de la OIT hace referencia al Contrato Colectivo de Trabajo, el cual, “*comprende todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional”.*

En tal sentido, de lo señalado en cada uno de los Convenios Internacionales de la OIT y de la Recomendación N° 91, se concluye que, la posición del Organismo Internacional de Trabajo es definir a la negociación colectiva de trabajo como un conjunto de medios, en los cuales debe mediar, indubitadamente, *la voluntad de las partes*, siendo el Estado el principal promotor de incentivar dicha libertad (voluntad) de las partes para negociar, a fin de que el conflicto colectivo sea resuelto mediante un contrato o convenio colectivo de trabajo. Cuestión que a criterio de la presente investigación es el adecuado, constituyéndose la voluntad de las partes como principal fuente de negociación de las mismas.

El Tribunal Constitucional, sin embargo, considera que los Convenios de la OIT no imponen la obligación formal de negociar o de obtener un acuerdo, ni obligan a los Estados a imponer coercitivamente la negociación colectiva; sin embargo, esto no impide que el Estado adopte medidas encaminadas a estimular y fomentar el desarrollo y la utilización de mecanismos alternativos de solución de conflictos en la negociación colectiva. Dicha postura, al respecto de la presente investigación no solo desnaturaliza la institución jurídica del Arbitraje sino que, además, desnaturaliza la negociación colectiva, la cual tiene como fin ulterior acercar a las partes a un acuerdo, buscando que la voluntad de las mismas sea manifiesta, sin embargo, al imponerse el Arbitraje Potestativo, esto va en desmedro de dicha manifestación de voluntad, es decir el Estado bajo la prerrogativa de buscar o incentivar soluciones pacíficas desnaturaliza dos instituciones jurídicas, por ello, de acuerdo a lo señalado en los resultados, generó el efecto contrario de la finalidad de la norma en estudio, la cual era incentivar al Arbitraje como medio para la solución, sin embargo, la consecuencia más próxima fue aumentar los casos de negociación directa, posiblemente por el miedo de llegar a un Arbitraje Potestativo que encubre a un Arbitraje Obligatorio.

En cuanto a la sentencia en análisis, el Tribunal Constitucional señala que la obligación de negociar implica: a) la libertad de negociar, entendida como la libertad de elegir entre acudir o no a negociar y de negociar con una o con otra

organización sindical, b) la libertad para convenir, entendida la libertad para ponerse o no de acuerdo en la negociación.

Dichos criterios, se encuentran perfectamente enmarcados dentro de la capacidad de decidir de las partes de querer o no negociar, y de la manera que ellas de común acuerdo consideren.

Siguiendo el criterio del Tribunal Constitucional, cabe realizar el siguiente cuestionamiento, en el sentido que si bien la libertad para convenir, implica la potestad que tienen las partes para decidir ponerse o no de acuerdo, se ve afectado cuando una de ellas de mala fe evita la continuidad de la negociación colectiva, es decir se ve afectado el derecho de la otra parte a negociar.

De lo señalado en la Resolución del Tribunal Constitucional, éste entiende que, si bien las partes tienen el derecho de decidir sobre negociar o no, la variante principal es que siempre deben decidir en el marco del principio de buena fe, por ello, considera que al haberse interrumpido constantemente las negociaciones entre las partes, de manera injustificada, se afecta el derecho a negociar de una de las partes. Sin embargo, a consideración de la presente investigación, el Tribunal no ahonda sobre las implicancias del derecho a negociar libremente, el cual está íntimamente ligado con la naturaleza jurídica de la negociación colectiva de trabajo, es decir, el punto neurálgico debía ser más allá de la interpretación de los artículos antes mencionados, el tratamiento correcto de la naturaleza jurídica de la negociación colectiva, siendo un elemento principal de la misma la “voluntad de las partes”. Todo ello parece no importarle al Tribunal

Constitucional, cuestión que más adelante con la puesta en vigencia del Decreto Supremo 014-2011-TR, que introduce al Arbitraje Potestativo, genera determinadas consecuencias, que sustentan que el Tribunal Constitucional introdujo una institución jurídica innecesaria, pues la misma contradice fundamentalmente la naturaleza jurídica de la negociación colectiva que es la voluntariedad.

Dentro de los resultados aportados en la presente investigación se demuestra (en Figura N° 12) que en el año en que entró en vigencia el Arbitraje Potestativo, el Arbitraje llevado por la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo, el cual no era muy utilizado por las partes, dejó de ser aún más utilizado por las partes, aumentando, significativamente, los casos en los que se resolvía la negociación colectiva mediante negociación directa; esto quiere decir que por la introducción del Arbitraje Potestativo dentro de la negociación colectiva de trabajo, generó que las partes (en palabras de la doctora Jenny Díaz, en la entrevista realizada) en especial el empleador se encuentre coaccionado a resolver todos los años la negociación colectiva con el sindicato, a fin de evitar llegar al Arbitraje Potestativo, por el costo alto que podría significar.

Sin embargo, respecto al análisis propio de la Sentencia correspondiente al Expediente N° 03561-2009-PA/TC, referente al primer punto controvertido, el Tribunal concluye simplemente que *“las Asociaciones emplazadas han abusado de su libertad para negociar, pues, actuando de mala fe, han inasistido*

injustificadamente a la gran mayoría de reuniones convocadas por la División para negociar el pliego de reclamos presentado por el Sindicato demandante”.

En ese sentido, se introduce la variante más importante que puede obligar a una de las partes a ir al Arbitraje Potestativo, la cual fue la “mala fe”. Es por ello que, a consideración de la presente investigación, el Tribunal Constitucional, así como el legislador buscaron solucionar el problema de la falta de conclusión de las Negociaciones Colectivas de Trabajo, y en mérito al artículo 28 de la constitución, consideraron que el Estado debe promover el Arbitraje por ser el medio más pacífico que la huelga, desnaturalizando con ello tanto la negociación colectiva como el Arbitraje.

Segundo Punto Controvertido

Respecto de la sentencia referente al Expediente N° 4845-2005, de fecha 06 de diciembre de 2006, el Juzgado Civil declara fundada la demanda interpuesta por ASPPOR y la APAM, precisando que de conformidad con el artículo 45 del TUO de la LRCT, al no existir un acuerdo entre las partes para negociar a nivel de rama de actividad, la negociación se llevará a nivel de empresa.

El Tribunal Constitucional, respecto de la determinación del nivel de negociación, aplica los siguientes criterios, que, a consideración de la presente investigación, se resumen de la siguiente manera:

- a) El Tribunal Constitucional considera que, si la legislación fija imperativamente el nivel de negociación generaría problemas de incompatibilidad con el Convenio 98 de la OIT y el artículo 28 de la Constitución, pues éstos buscan afianzar la libertad de las partes de poder decidir la manera de llevar la Negociación Colectiva.

- b) El Tribunal Constitucional señala que la negativa a negociar, en principio, no constituye una violación al derecho de negociación colectiva, por el principio de negociación libre y voluntaria. Asimismo, considera como un acto de mala fe, aquel que implica el no cumplimiento de los acuerdos adoptados por las partes, o cuando una de ellas, cambian unilateralmente los términos del mismo.

Al respecto, la negociación constituye un derecho – medio, por el cual, las partes deben buscar comunicarse de manera fluida. Si bien negarse a negociar no constituye en sí una violación a la negociación colectiva, sin embargo, el hacerlo injustificadamente y con la única finalidad de dilatar dicho procedimiento, poniendo trabas que van en desmedro de una de las partes, eso sí constituiría, a todas luces, como un acto de mala fe.

En ese sentido, este razonamiento resulta ser coherente, sin embargo, a consideración de la presente investigación, vuelve a surgir el cuestionamiento respecto de saber si, lo que buscaba el Tribunal Constitucional era

salvaguardar la primacía de la voluntariedad de las partes; por qué introduce en su interpretación el Arbitraje Potestativo, que a la larga tiene como función obligar a una de ellas a resolver a como dé lugar el conflicto.

Parece ser una contradicción, sin embargo, recogiendo la información obtenida por uno de los especialistas entrevistados, el doctor José Neves Mujica, considera que: *“(...) con esa interpretación se está generando que no haya conflictos laborales abiertos, dando la posibilidad de que todos los conflictos estén solucionados, posiblemente no satisfactoriamente para las partes, pero si solucionados. En ese sentido, justamente al darse cuenta uno que no puede ser una solución satisfactoria (el Arbitraje), te está diciendo: “anda y negocia”, en consecuencia, hay un desincentivo para ir al Arbitraje Potestativo y privilegiar la Negociación en Trato Directo, o, en todo caso, con la intervención del Ministerio de Trabajo (...).”* [sic] Es decir, para el doctor Neves, el Arbitraje Potestativo en la realidad no tenía el fin idóneo que el Tribunal Constitucional buscaba en la sentencia en análisis, el cual es darle una interpretación correcta al Arbitraje contemplado en artículo 61 de la LRCT, de tal forma que las partes puedan acudir al mismo como un medio idóneo que solucionará el problema fundamental, esto es, que las Negociaciones Colectivas nunca se cerraban porque una de las partes actuaba de mala fe y dilataba la negociación; sino que, terminó siendo el medio para desalentar a las partes a llegar a un acuerdo real, no priorizando su voluntad, o, en el mejor de los casos, obligándolas a negociar en el trato directo a fin de no tener que acudir al Arbitraje Potestativo.

- c) Otro argumento señalado por el Tribunal Constitucional es que cabe la posibilidad que, por vía heterónoma, es decir por Arbitraje, se determine el nivel de negociación, por la naturaleza promotora de la negociación colectiva. Esto se justifica cuando una de las partes no esta negociando de buena fe o está realizando prácticas desleales.
- d) Por otro lado, el Tribunal Constitucional señala que el rechazo injustificado a negociar puede lesionar el derecho a negociación colectiva si la negativa tiene como única finalidad impedir al sindicato el desarrollo de su actividad sindical. No toda limitación de sus capacidades constituye una afectación al derecho de negociación colectiva, debe incidir en la actividad sindical y se produzca de modo arbitrario o injustificado. En este punto cabe preguntarse respecto a qué otra actividad podría el empleador negarse a negociar con el sindicato, si éste es justamente creado para ello; en otras palabras, a criterio de la presente investigación, la sola negativa del empleador a negociar, constituye en si misma una afectación a una de las funciones intrínsecas a la actividad sindical, la cual es participar en la negociación colectiva.
- e) El Tribunal Constitucional señala que en el Subpárrafo 1, párrafo 4 de la Recomendación 163, se deberían adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para que la negociación colectiva pueda desarrollarse en cualquier nivel.

De lo anteriormente señalado, el Tribunal Constitucional decide que, a falta de acuerdo de las partes respecto del nivel de negociación, este será determinado mediante Arbitraje, criterio que a consideración de la presente investigación es válido y correcto. En consecuencia, no corresponde la aplicación de la parte *in fine* del artículo 45 del TUO de la LRCT, pues al señalarse que: “*A falta de acuerdo la negociación se llevará a nivel de empresa*”, dicho párrafo, como se ha ido dilucidando del análisis del presente tema, resulta ser inconstitucional, debido que ninguna norma puede fijar imperativamente el nivel de negociación, esto de acuerdo a lo establecido en el artículo 28 de la Constitución Política del Perú y lo señalado por la OIT. Por estas razones, el Tribunal Constitucional, aplicó el *control difuso*, según lo señalado en el Artículo VI del Título preliminar del Código Procesal Constitucional, decidiéndose el nivel de negociación mediante Arbitraje.

5.2. Conclusiones

5.2.1. Respecto de la naturaleza jurídica del Arbitraje dentro del marco normativo del Derecho Colectivo de Trabajo, se concluye:

La naturaleza jurídica del Arbitraje según la LRCT y su reglamento, responde a una de carácter consensual según la doctrina, carácter que comparte con la negociación colectiva, siguiendo el criterio adoptado por la OIT, en el sentido que, el Estado no solo está obligado a promover los medios para solucionar los conflictos colectivos de trabajo de manera pacífica, sino que, además, dichos medios se deben basar en la voluntariedad de las partes como su principio rector; por lo que, al introducirse el Arbitraje Potestativo en la negociación colectiva se desnaturaliza aquel, bastando únicamente la manifestación de voluntad de una de las partes, privilegiándose la funcionalidad, antes que el carácter natural del mismo, volviendo la excepción (como en el caso Arbitraje Obligatorio) en una regla.

5.2.2. Respecto del análisis de las implicancias fácticas, jurídicas y, posteriormente, normativas de la interpretación del Tribunal Constitucional respecto a la Sentencia N° 03561-2009-PA/TC, mediante la cual se crea el Arbitraje Potestativo, frente al derecho de negociación colectiva, se concluye:

Los Convenios Internacionales de la OIT y de la Recomendación N° 91, definen a la Negociación Colectiva de Trabajo como un conjunto de procedimientos, en los cuales debe mediar, indubitablemente, *la voluntad de las partes*, siendo el Estado el principal promotor de incentivar dicha libertad (voluntad) de las partes para negociar, a fin de que el conflicto colectivo sea resuelto mediante un contrato o convenio colectivo de trabajo. Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia analizada, determinó que dichos Convenios no imponen la obligación formal de negociar o de obtener un acuerdo, ni obligan a los Estados a imponer coercitivamente la negociación colectiva; sin embargo, a su vez, dicha sentencia concluye que, esto no impide que el Estado adopte medidas encaminadas a estimular y fomentar el desarrollo y la utilización de mecanismos alternativos de solución de conflictos en la negociación colectiva, en concordancia con el artículo 28 de la Constitución Política del Perú. En tal sentido, el Arbitraje Potestativo no solo desnaturaliza la institución jurídica del Arbitraje, sino que, además, desnaturaliza la Negociación Colectiva, la cual tiene como fin ulterior acercar a las partes a un acuerdo, finalidad que no se cumple con el Arbitraje Potestativo. Por tales motivos, el Tribunal Constitucional realizó

una interpretación insuficiente pues abordó livianamente las implicancias del derecho a negociar libremente, el cual tiene íntima relación con la naturaleza jurídica de la Negociación Colectiva, pues la primera es parte de la segunda, generando consigo la posterior vigencia del Arbitraje potestativo el cual afecta directamente dicho derecho.

5.2.3. Respecto a la Determinación del porcentaje de utilización del Arbitraje Potestativo frente a otros Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos en las Negociaciones Colectivas de Trabajo antes y después de la entrada en vigencia del D.S.014-2011-TR, se concluye:

La presente investigación evaluó la utilización del Arbitraje dentro de las Negociaciones Colectivas de Trabajo llevadas por la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo, entre el año 2006 al 2016, determinando que antes de la entrada en vigencia del DS. 014-2011-TR, el Arbitraje no era utilizado frecuentemente, y su utilización se reducía al promedio de dos Arbitrajes por año. En ese sentido, con la entrada en vigencia del Arbitraje Potestativo, se buscó incentivar la utilización del Arbitraje para la conclusión de las Negociaciones Colectivas de Trabajo; sin embargo, a partir del año 2011 las Negociaciones Colectivas de Trabajo, concluyeron en su gran mayoría por trato directo, llegando a disminuir de manera exponencial el número de conflictos colectivos de trabajo llevados por la Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo, alcanzando su punto más bajo dentro del rango analizado.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- ULISES MONTOYA, A. (s.f.). *El Arbitraje Comercial*.
- TOYAMA, J. (30 de Setiembre de 2017). *Ipderecho.pe*. Obtenido de Pasión por el Derecho: <http://legis.pe/aplica-principio-irrenunciabilidad-derechos-laborales/>,
- International Labour Organization. (10 de febrero de 2019). *ilo.org*. Obtenido de International Labour Organization: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:62:0::NO::P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907#A19
- AELE. (17 de Noviembre de 2018). *aele.com*. Obtenido de AELE: <http://www.aele.com/node/10010>
- CHIRINOS SOTO, E. (2007). *Constitución Política Lectura y Comentario*. Lima: Editorial RODHAS.
- CAIVANO, R. (2006). *Negociación y Mediación*. Buenos Aires, Argentina.
- FERNANDEZ SESSAREGO, C. (1986). *Derecho de las Personas*. Lima: Librería Studium Editores.
- LOHMAN LUCA DE TENA, G. (2005). *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Grijley.
- HINOSTROZA MINQUEZ, A. (2002). *Formas Especiales de Conclusión del Proceso*. Lima: Gaceta Jurídica.
- MATOS ZEGARRA, M. (Agosto de 2014). *Universidad Católica San Pablo*. Recuperado el abril de 2018, de ucsp.edu.pe:ucsp.edu.pe/investigacion/.../wp.../La-arbitrariedad-del-arbitraje-potestativo-MMZ.pdf
- BULLARD GONZALEZ, A., & COAGUILA, C. S. (2011). *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones.
- MORALES CORRALES, P. (s.f.). *Problemas del Arbitraje en la Negociación Colectiva*.
- VELÁSQUEZ MELÉNDEZ, R. (s.f.). *Arbitraje Laboral Potestativo como Final Offer Arbitration*.
- PALACIOS PAREJA, E. (2005). *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima Peru: Grijley.
- ALONSO, J. M. (s.f.). *Revista Peruana de Arbitraje*. Grijley.
- BERNUY ALVAREZ, O. (2010). *Tratado de la Nueva Legislación Laboral*. Lima: Instituto Pacífico Editores.
- BRUXELLES, B. (1990). *La Jurisprudence de la Cour D'arbitrage*.
- CANTUARIAS SALAVERRY, F. (2007). *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Lima: Universidad de Ciencias Aplicadas.
- CANTUARIAS, F. (2002). *Impugnación de Laudos Arbitrales*. Lima: Gaceta Jurídica.
- GASPAR LERA, S. (1998). *El Ámbito de Aplicación del Arbitraje*. ARANZADI Editorial.
- GOMEZ VALDEZ, F. (2007). *Derecho del Trabajo - Relaciones Individuales de Trabajo* (Segunda ed.). Lima: Sn. Marcos.
- MALCA, C. (1948). *El Arbitraje Internacional*. Lima: Imprenta Torres Aguirre.
- MONTESINOS GARCÍA, A. (2007). *Arbitraje y Nuevas Tecnologías*. Editorial Aranzadi.
- MONTOYA ALBERTI, U. (1988). *El Arbitraje Comercial*. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores.
- MONTOYA, A. (2008). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos.
- OYAGAR Y AYLLON, I. (1977). *El Contrato de Compromiso y la Institución Arbitral*. *Revista de Derecho Privado*, 257.

- PASCO COSMÓPOLIS, M. (2009). Principios del Derecho de Trabajo en el Derecho Peruano. En *Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez* (pág. 5). Lima, Perú: Grijley.
- RENDÓN VASQUEZ, J. (s.f.). *Derecho del Trabajo - Teoría General I*.
- URRUTIA, F. (1920). *La Evolución del Principio de Arbitraje en América*. España, Madrid: Editorial Américo.
- VIDAL RAMIREZ, F. (2003). *Manual de Derecho Arbitral* (Primera ed.). Lima, Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- ALIAGA GREZ, A. (1981). *Los Recursos Procesales en el Juicio Arbitral*. Santiago, Chile.
- CHARRY URIBE, L. (1988). *Arbitraje Mercantil Internacional*. Pontificia Universidad Javeriana.
- VARGAS GARCÍA, F. (s.f.). *Naturaleza Jurídica de Arbitramento Civil*. Colombia.
- LANDA ARROYO, C. (2009). El Arbitraje en la Constitución de 1993 y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En M. Castillo Freyre, *Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje* (págs. 13-48). Lima, Perú: Palestra Editores.
- GONZALES ORTEGA, S. (s.f.). La Negociación Colectiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En V. Rios.
- CASTILLO FREYRE, M. (2007). Orígenes del Arbitraje. En M. Castillo Freyre, *Arbitraje y Debido Proceso* (págs. 17-37). Lima: Palestra.
- BOZA FERNÁNDEZ, F. (1998). *Derecho Colectivo del Trabajo* (Vol. Tomo II). Lima, Perú: Editorial RHODAS.
- HARO CARRANZA, J. (2009). *Derecho Colectivo de Trabajo*. Lima: Ediciones Legales.
- HARO CARRANZA, J. (2004). *Derecho Colectivo de Trabajo*. Lima.
- GARCÍA TOMA, V. (2001). *Los Derechos Humanos y la Constitución* (Vol. Tomo I). Lima, Perú: Gráfica Horizonte.
- OIT. (15 de diciembre de 2019). *ilo.org*. Obtenido de *ilo.org*: <https://www.ilo.org/public/spanish/dialogue/themes/cb.htm>
- MINTRA. (10 de enero de 2020). *Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo*. Obtenido de Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo: https://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/sindicatos/material_negociacion_colectiva.pdf

ANEXOS

ANEXO N° 1

Entrevista

Especialista Árbitro



Tesis:

“EL ARBITRAJE POTESTATIVO EN LAS NEGOCIACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO EN LA DIRECCIÓN REGIONAL DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO DE LA LIBERTAD.”

Entrevistado: Dra. Jenny Díaz Honores

Fecha: 30 de enero del 2016

1. Antes de la entrada en vigencia del DS-014-2011-TR, ¿Cuántos tipos de Arbitraje contemplaba la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo?
2. ¿Considera usted correcta la interpretación que hace el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 03561-2009-PA/TC, respecto del Artículo 61 y 63 de la LRCT, determinando que debe entenderse al Arbitraje, señalado en el artículo 61, como un Arbitraje Potestativo, debido que, si no fuese así, se estaría afectando el derecho constitucional de Negociación Colectiva?

3. ¿Considera usted que con la puesta en vigencia del DS-014-2011-TR, que realiza modificatorias sobre la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, se está yendo en contra del Principio de Jerarquía normativa, reconocido por la Constitución Política del Perú?
4. ¿Considera usted necesaria la introducción del Arbitraje Potestativo en las Negociaciones Colectivas de Trabajo? Si la respuesta es un “SI”, ¿Cuáles son los Beneficios que presenta?
5. Respecto de las causales por la que se puede someter a las partes a un Arbitraje Potestativo. ¿Considera que son correctas y proporcionales?
6. ¿Qué opinión le merece la implementación del Registro de Árbitros?
7. Sobre la Propuesta normativa presentada por el Congreso de la República ¿Considera que deberían sincerarse los costos del Arbitraje Potestativo?
8. ¿Cuál es su opinión respecto del Arbitraje como medio de solución para los conflictos laborales?
9. ¿Qué tan accesible es un Arbitraje en términos de costos? ¿Considera costoso el Arbitraje?
10. Finalmente ¿Considera que esta modificación va a fomentar la utilización del Arbitraje?

ANEXO N° 2

Entrevista



Especialista laboral.

Tesis:

“EL ARBITRAJE POTESTATIVO EN LAS NEGOCIACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO EN LA DIRECCIÓN REGIONAL DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO DE LA LIBERTAD.”

Entrevistado: Dr. José Guanilo Hernández

Fecha: 29.05.2017

1. Antes de la entrada en vigencia del DS-014-2011-TR, ¿Cuántos tipos de Arbitraje contemplaba la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo?
2. ¿Considera usted correcta la interpretación que hace el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 03561-2009-PA/TC, respecto del Artículo 61 y 63 de la LRCT, determinando que debe entenderse al Arbitraje, señalado en el artículo 61, como un Arbitraje Potestativo, debido que, si no fuese así, se estaría afectando el derecho constitucional de Negociación Colectiva?

3. ¿Considera usted que con la puesta en vigencia del Decreto Supremo 014-2011-TR, que realiza modificatorias sobre la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, se está yendo en contra del Principio de Jerarquía normativa, reconocido por la Constitución Política del Perú?
4. ¿Considera usted necesaria la introducción del Arbitraje Potestativo en las Negociaciones Colectivas de Trabajo? Si la respuesta es un “SI”, ¿Cuáles son los Beneficios que presenta?
5. Respecto de las causales por la que se puede someter a las partes a un Arbitraje Potestativo. ¿Considera que son correctas y proporcionales?
6. ¿Qué opinión le merece la implementación del Registro de Árbitros?
7. ¿Cuál es su opinión respecto del Arbitraje como medio de solución para los conflictos laborales?
8. ¿Considera que esta modificación va a fomentar la utilización del arbitraje?
9. Finalmente ¿Considera al Arbitraje oneroso?

ANEXO N° 3

Entrevista

Especialista laboralista.

Tesis:

**“EL ARBITRAJE POTESTATIVO EN LAS NEGOCIACIONES COLECTIVAS DE
TRABAJO EN LA DIRECCIÓN REGIONAL DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL
EMPLEO DE LA LIBERTAD.”**

Entrevistado: Dr. Juan Carlos Gutiérrez Azabache

Fecha: 25.04.2017

1. Antes de la entrada en vigencia del DS-014-2011-TR, ¿Cuántos tipos de Arbitraje contemplaba la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo?
2. ¿Considera usted correcta la interpretación que hace el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 03561-2009-PA/TC, respecto del Artículo 61 y 63 de la LRCT, determinando que debe entenderse al Arbitraje, señalado en el artículo 61, como un Arbitraje Potestativo, debido que, si no fuese así, se estaría afectando el derecho constitucional de Negociación Colectiva?



3. ¿Considera usted que el Arbitraje Laboral es costoso?
4. ¿Considera usted que con la puesta en vigencia del DS-014-2011-TR, que realiza modificatorias sobre la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, se está yendo en contra del Principio de Jerarquía normativa, reconocido por la Constitución Política del Perú?
5. ¿Considera usted necesaria la introducción del Arbitraje Potestativo en las Negociaciones Colectivas de Trabajo? Si la respuesta es un “SI”, ¿Cuáles son los Beneficios que presenta?
6. Respecto de las causales por la que se puede someter a las partes a un Arbitraje Potestativo. ¿Considera que son correctas y proporcionales?
7. ¿Qué opinión le merece la implementación del Registro de Árbitros?
8. Finalmente ¿Considera que esta modificación va a fomentar la utilización del Arbitraje?

ANEXO N° 4

Entrevista

Especialista laboralista.

Tesis:

**“EL ARBITRAJE POTESTATIVO EN LAS NEGOCIACIONES COLECTIVAS DE
TRABAJO EN LA DIRECCIÓN REGIONAL DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL
EMPLEO DE LA LIBERTAD.”**

Entrevistado: Dr. Javier Neves Mujica

Fecha: 30 de enero del 2016

1. Antes de la entrada en vigencia del DS-014-2011-TR, ¿Cuántos tipos de Arbitraje contemplaba la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo?
2. ¿Considera usted correcta la interpretación que hace el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 03561-2009-PA/TC, respecto del Artículo 61 y 63 de la LRCT, determinando que debe entenderse al arbitraje, señalado en el artículo 61, como un arbitraje potestativo, debido que, si no fuese así, se estaría afectando el derecho constitucional de Negociación Colectiva?

3. ¿Considera usted que con la puesta en vigencia del DS-014-2011-TR, que realiza modificatorias sobre la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, se está yendo en contra del Principio de Jerarquía normativa, reconocido por la Constitución Política del Perú?
4. ¿Considera usted necesaria la introducción del Arbitraje Potestativo en las Negociaciones Colectivas de Trabajo? Si la respuesta es un “SI”, ¿Cuáles son los Beneficios que presenta?
5. ¿Considera que el Arbitraje debería ser mas accesible y menos costoso?
6. Respecto de las causales por la que se puede someter a las partes a un Arbitraje Potestativo. ¿Considera que son correctas y proporcionales?
7. ¿Qué opinión le merece la implementación del Registro de Árbitros?
8. ¿Cuál es su opinión respecto del arbitraje como medio de solución para los conflictos laborales?
9. Finalmente ¿Considera que esta modificación va a fomentar la utilización del Arbitraje?

ANEXO N° 5

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS – DECRETO SUPREMO N° 014-2011-TR

I. ANTECEDENTES

1.1 Sobre el arbitraje potestativo.

La Constitución Política del Perú consagra en su artículo 28° que el Estado reconoce el derecho de negociación colectiva y asume además la tarea de fomentarla y promover la solución pacífica de conflictos laborales. El deber de fomento de la negociación colectiva y de promoción de solución pacífica de conflictos laborales debe leerse conjuntamente con el siguiente punto del artículo 28° en el que si bien se reconoce también el derecho de huelga, no se asume un rol promotor respecto de la misma sino que por el contrario, se indica que el Estado la regula para que la misma se ejerza en armonía con el interés social.

El derecho a la negociación colectiva, en tanto derecho fundamental, debe leerse desde una perspectiva de bloque de constitucionalidad. Ello implica que, por un lado, todos los agentes operadores del sistema jurídico se encuentren obligados a realizar un examen de validez sustancial al momento de interpretar o aplicar sus normas de desarrollo. Así, las normas legales, o reglamentarias, deben ser leídas siempre en concordancia con el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la negociación colectiva. Esta perspectiva de bloque de constitucionalidad, por otro lado, obliga a las fuentes de producción normativa en dos sentidos, por un lado, restringe y limita sus actuaciones, exigiéndoles compatibilizarlas con la Constitución, aun cuando ello pueda suponer generar una

incompatibilidad con alguna norma infraconstitucional. Por otro lado, las obligaciones a desarrollar instituciones jurídicas que aseguren la eficacia del derecho fundamental, asegurando el cumplimiento de su rol transformador y pacificador.

El derecho a la negociación colectiva tiene un rol de pacificación en las relaciones de trabajo, su contenido, en cuanto derecho—medio, concentra el diálogo y la negociación con la finalidad de encausar los conflictos colectivos; en cuanto derecho—producto, resuelve el conflicto mediante la producción de una norma jurídica (convenio colectivo).

No en todas las ocasiones es posible llegar a un acuerdo, por lo que la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo contempla en su artículo 61°, como alternativa al acuerdo directo de las partes, el sometimiento del conflicto a arbitraje. Así, el arbitraje potestativo se presenta como una institución de garantía del propio derecho a la negociación colectiva (en su faceta de derecho-producto) que permite concluir el conflicto mediante un producto denominado "laudo" que, si bien no es propiamente un convenio colectivo, el artículo 70° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, le confiere tal naturaleza y los mismos efectos.

La Administración de Trabajo viene interpretando que el arbitraje no es obligatorio en ninguna circunstancia y que, por tanto, los conflictos laborales pueden quedar abiertos, sin solución, o pueden discurrir en medidas de huelga indeterminadas, si es que ambas partes no se ponen de acuerdo en someterse a una solución arbitral.

Ante esta línea interpretativa, el Tribunal Constitucional expidió la sentencia recaída en el Expediente N° 03561-2009-PA/TC, en la que estableció que en determinadas circunstancias, cuando se advierten maniobras del empleador orientadas a dilatar, entorpecer o evitar la solución pacífica del conflicto o cuando no hay experiencia previa de negociación y no se

ha fijado un nivel de negociación (nivel de empresa, rama de actividad, etc.), cualquiera de las partes puede plantear el arbitraje obligando a la otra a someterse a un árbitro (a esto se denomina arbitraje potestativo). Todo ello fundado en la noción de garantizar la paz laboral y la solución armónica de los conflictos.

Nuestro modelo constitucional privilegia la solución pacífica del conflicto laboral, en tanto entiende que un conflicto abierto genera inestabilidad social. Por ello, obliga al legislador a garantizar que, a falta de convenio colectivo, se garantice la solución mediante la intervención de un tercero; es decir mediante un arbitraje. Pero este arbitraje no puede ser de cualquier tipo, sino que debe ser potestativo puesto que, de lo contrario, no se lograría cerrar el conflicto de manera pacífica.

El Tribunal Constitucional en la Resolución aclaratoria emitida en el expediente N°03561-2009-PA/TC, el 10 de junio de 2010, refiere en el numeral 8 que "si conforme a la voluntad del Constituyente, el derecho a la huelga debe ser reconocido (y en esa medida, respetado y garantizado), pero no promovido o fomentado, mientras sí 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 el arbitraje, la otra tiene la obligación de aceptar esta fórmula de solución del conflicto".

Una lectura conjunta de los artículos 61° y 63° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo también permite interpretar que se trata de un arbitraje potestativo. El artículo 61° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo señala que "(s)i 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." Este artículo debe leerse conjuntamente con el artículo 63° que señala que si durante el desarrollo de la huelga los trabajadores decidieran someter el diferendo a arbitraje, "se requerirá la aceptación del empleador", *contrariu sensu*, en todos los demás supuestos (cuando no se esté desarrollando la huelga) no sería necesaria la aceptación del empleador para someter el diferendo a arbitraje.

No obstante, esta línea de interpretación, la Autoridad de Trabajo ha continuado negando la existencia del arbitraje potestativo, dejando que muchas Negociaciones Colectivas de Trabajo se queden sin solución definitiva. En este sentido, la propuesta ajusta el reglamento en la línea de la sentencia del Tribunal Constitucional, precisando que no es aplicable al sector público.

El proyecto reconoce la potestad de ambas partes, empleadores y trabajadores, de plantear el arbitraje potestativo en tres circunstancias: para fijar el nivel de negociación, para resolver la primera negociación, y para resolver negociaciones en las que algunas de las partes han actuado de mala fe. Igualmente se precisa que la potestad del empleador estará limitada cuando los trabajadores estén ejercitando su derecho de huelga.

Si bien el artículo 45° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo señala que de no existir una negociación previa, y no hubiese acuerdo entre las partes para definir el nivel de la negociación, la misma se realizará a nivel de empresa. Si bien dicha norma continúa formalmente vigente, contraviene expresamente el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la negociación colectiva. En efecto, el Tribunal Constitucional ha señalado, en la sentencia emitida en el expediente N° 0356- 2009-PAJTC, que *"una legislación que fije imperativamente el nivel de la negociación colectiva (establecimiento, empresa, rama de actividad, industria y regional o nacional), plantea no sólo problemas de incompatibilidad*

con el Convenio núm. 98, sino también con el derecho de negociación colectiva reconocido en el artículo 28° de la Constitución.” El Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT con criterio concordante, ha señalado que: *“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.”* Por tanto, aun cuando el primer párrafo del artículo 45° continúe formalmente vigente, no puede ser interpretado por una fuente normativa de manera que limite su actuación obligándola a obrar en contra del mandato constitucional que la obliga a desarrollar mecanismos legales para asegurar la vigencia y efectividad del derecho a la negociación colectiva de modo tal que el Estado cumpla con el rol de fomento de la misma y de promoción de mecanismos de solución pacífica de los conflictos laborales.

1.2 Sobre el Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas.

Se crea el Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas, el mismo que dará publicidad a la relación de árbitros elegibles por la Dirección General de Trabajo cuando las normas sobre relaciones colectivas le otorguen tal competencia, restándole, de esta manera, arbitrariedad a dicha selección.

1.3 Sobre las precisiones al artículo 68 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

En el marco del proceso de descentralización y en concordancia con el procesos de transferencia de competencias a los gobiernos regionales y locales, se indica que la referencia al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, establecida en el artículo 68 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo se interpreta como

competencia de las direcciones regionales de trabajo y promoción del empleo, con la excepción transitoria de la jurisdicción de Lima Metropolitana ya que dicho proceso aún no ha concluido. Se hace también la salvedad de que cuando se trate de supuestos de incidencia suprarregional o nacional, la competencia recaerá sobre la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

Se precisa que las resoluciones administrativas de primera y segunda instancia, que se expidan al amparo del artículo 68 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo tienen la naturaleza de laudo arbitral y se indica que les son aplicables los artículos 65 y 66 del referido texto único ordenado.

II. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La aprobación del proyecto de decreto supremo no genera gasto para el Estado. Sin embargo, genera importantes beneficios a la sociedad puesto que desarrolla el derecho a la negociación colectiva asegurando el cumplimiento de su rol pacificador contribuyendo a que los conflictos laborales se resuelvan de manera pacífica tal como lo manda la Constitución.

III. EFECTOS DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL.

El proyecto que se propone no modifica, ni contraviene disposición laboral vigente en el ordenamiento nacional.