

Cuestionamiento del arbitraje potestativo causado e incausado
Questioning the optional arbitration caused and uncaused

Por: Fernando Elías Mantero¹

Recibido: 24-11-2015

Aceptado: 03-11-2015

Sumario:

1.- Fundamentación del pedido de arbitraje potestativo. 2.- Posición de la Organización Internacional de Trabajo con respecto al arbitraje potestativo. 3.- Correcta interpretación del concepto de fomento de la Negociación Colectiva a la que se refiere la Constitución. 4.- Análisis del Arbitraje Potestativo desde una perspectiva legal. 5.- Introducción del Arbitraje Potestativo en nuestra legislación. 6.- El arbitraje potestativo no requiere de la suscripción de un compromiso arbitral. 7.- Argumentos para implantar el Arbitraje Potestativo. 8.- Conclusiones.

Resumen:

Es casi habitual que las organizaciones sindicales invoquen la aplicación del arbitraje potestativo, tanto causado como incausado, sustentando su pedido en el artículo 61° de la LRCT que no contempla dicho arbitraje ya que se refiere necesariamente al arbitraje voluntario que es el único que se concibe como regla general de arbitraje. Ello en razón de que el potestativo, de ser considerado legal, solamente es excepcional y aplicable a los casos expresamente señalados en la legislación. 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 la 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. También, debe tenerse en cuenta que en el plano internacional el arbitraje potestativo es una figura prácticamente desconocida e inaplicada,

¹ Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la USMP. Imparte la enseñanza de las asignaturas de Derecho Individual, Derecho Colectivo y Derecho Procesal en la sección de Pregrado. Es Director de la Sección de Posgrado donde enseña cursos de su especialidad en las Maestrías de Derecho Laboral y Derecho de los Negocios. Doctor en Derecho. Autor de diversos libros de la especialidad. Fundador y Director de la Revista especializada ACTUALIDAD LABORAL que fue fundada en 1975 y que se viene publicando ininterrumpidamente desde la referida fecha.

menos aún bajo la forma de arbitraje “incausado” que es de reciente creación como consecuencia de un criterio jurisprudencial, pero que no tiene reconocimiento legal.

Abstract:

It is almost customary unions invoke the application of the optional arbitration, both caused and uncaused, sustaining its order on Article 61 of the LRCT that does not include such arbitration as it necessarily refers to voluntary arbitration is the only one that is conceived as arbitration rule. This because of the optional, to be considered legal, it is exceptional and applies only to cases expressly provided by law. The "optional arbitration" implies that one party to the other may impose arbitration to resolve their own decision without consent of the other, known as a concept did not exist in 1992, date on which the LRCT was approved. It is therefore possible to conclude that if the doctrine did not refer to optional arbitration (because there was) in 1992, presumably, that this was not within the logic or legislative intent. Also, it should be noted that internationally the optional arbitration is virtually unknown and unapplied figure, let alone in the form of arbitration "groundless" which is newly created as a result of a judicial discretion, but has no legal recognition.

Palabras claves:

Arbitraje Potestativo – Negociación Colectiva – Constitución Política – Organización Internacional del Trabajo – Aplicación – Interpretación – Validez legal

Key Word:

Optional Arbitration - Collective Bargaining - Constitution - International Labour Organization - Application - Interpretation - Legal validity

El D.S. 014-2011-TR, es el instrumento normativo que por vía reglamentaria impuso el arbitraje potestativo contradiciendo expresamente lo establecido en el artículo 61° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, (en adelante LRCT) que estableció el arbitraje voluntario como regla general y el obligatorio como excepción.²

² Es importante destacar que el arbitraje potestativo no existe como institución reconocida en el arbitraje en general que solamente contempla el voluntario y en algunos casos como excepción el obligatorio (como es el caso del arbitraje en la contratación estatal) que ha sido impuesto tratando de superar las críticas del caso. El arbitraje potestativo debe considerarse como una excepción al obligatorio y como consecuencia de ello tiene que emanar de normas de jerarquía legal sumamente claras lo que no se da en este caso en el que se pretende crear una nueva figura de arbitraje que sería el obligatorio impuesto por la voluntad de una de las partes.

El D.S. 014-2011-TR- actualmente es objeto de contradicción en vía judicial a través de una demanda de acción popular que se encuentra en apelación ante la Corte Suprema de la República, por considerarse que es contrario a lo señalado en el artículo 61° del TUO de la LRCT. En tanto, no exista un pronunciamiento que invalide el precepto mencionado, este debe ser aplicado obligatoriamente aunque nos parezca que éste es contrario a lo señalado en la disposición aludida, que consagró la naturaleza voluntaria del arbitraje.

1.- FUNDAMENTACIÓN DEL PEDIDO DE ARBITRAJE POTESTATIVO:

Es usual que las organizaciones sindicales invoquen la aplicación del arbitraje potestativo, tanto causado como incausado, sustentando su pedido en el artículo 61° de la LRCT que no contempla dicho arbitraje ya que se refiere necesariamente al arbitraje voluntario que es el único que se concibe como regla general de arbitraje. Ello en razón de que el potestativo, de ser considerado legal, solamente es excepcional y aplicable a los casos expresamente señalados en la legislación.

Para defender la existencia del arbitraje potestativo usualmente hay remisión al artículo 61° del Texto Único Ordenado de la LRCT, que no obstante, ser un decreto supremo es la versión actualizada de la redacción de la ley, siendo este importante porque demuestra que lo que pretendió quien reglamentó la norma original **era distorsionarla, convirtiendo lo que se debía originar por acuerdo de las partes en un acto que impusiera una de ellas a la otra.** Con este mecanismo, de atribuirle a una de las partes lo que correspondía a las dos, no se hacía sino modificar el concepto natural del arbitraje que es en su origen voluntario, características que el arbitraje laboral no puede modificar en su esencia, salvo que se dictara una ley en que expresamente se autorizara dicha modificación lo que hasta ahora no se ha dado a pesar de diversos esfuerzos en dicho sentido.

El artículo mencionado señala de manera clara y textual lo siguiente:

“Si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, **PODRÁN LAS PARTES** someter el diferendo a arbitraje”

La interpretación literal y correcta de dicho dispositivo al que nos debemos remitir en primera instancia, así como la sistemática también, nos **lleva a la conclusión inequívoca de que el arbitraje debe ser establecido de común acuerdo y no impuesto unilateralmente por una de las partes bajo cualquier razón o motivo** . Ello es así porque la ley se refiere a “**las partes**”, lo que significa que necesariamente tienen que ser ambas y no solamente una de ellas, porque si tal hubiese sido la voluntad del legislador lo habría expresado de manera clara y terminante como lo hizo quien redactó el reglamento que señaló como

fuerza del arbitraje a “... Cualquiera de las partes”.³No existe la posibilidad de confundir una situación con la otra; una cosa es que “las partes” acuerden el arbitraje, y la otra es que “cualquiera de las partes” lo pudiera hacer. En el primer caso nos encontramos frente a la ley que habla de “**las partes**” así como el reglamento que señala “**cualquiera de las partes**”.

También cabe señalar que en doctrina, lo que se denomina el “**arbitraje potestativo**”, que en buena cuenta 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 la 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. También, debe tenerse en cuenta que en el plano internacional el arbitraje potestativo es una figura prácticamente desconocida e inaplicada, menos aún bajo la forma de arbitraje “incausado” que es de reciente creación como consecuencia de un criterio jurisprudencial, pero que no tiene reconocimiento legal.

Debe tenerse en consideración que nuestra legislación sobre relaciones colectivas de trabajo ha sido revisada por la Organización Internacional del Trabajo y que como consecuencia de ello tal organismo formuló una serie de planteamientos para modificar las normas que la regularan, que se concretaron a través de una modificación legislativa, en la que no se hizo ninguna alusión o referencia al arbitraje potestativo.

Consecuentemente, desde el punto de vista de la LRCT no es dable sostener que este dispositivo contemplaba el arbitraje potestativo, concepto desconocido en la época en que se dictó dicha norma y que es de reciente creación, pero que es contrario a la naturaleza esencialmente voluntaria del arbitraje.

Existe otro argumento adicional que permite formular la referida conclusión cual es, que el criterio de la autoridad administrativa de trabajo hasta que se modificó el artículo 61° del Reglamento de la LRCT, (Que creó el arbitraje potestativo en contra de lo señalado en la ley), de manera uniforme e invariable declaró que para ir al arbitraje **se requería el acuerdo de las partes, característica principal del sistema arbitral (que constituye una excepción a la intervención del poder público, primero con respecto a la actividad jurisdiccional, y después con relación a la negociación colectiva).**

Otro argumento para desvirtuar el punto de partida de la tesis del arbitraje incausado es el hecho de la expedición del D.S. 014-2011-TR que establece el condicionamiento del arbitraje

³ Nuestro idioma es muy claro y no nos permite confundir “las partes”(que son dos) con “cualquiera de las partes”que es una. Tan es así que en los proyectos de Ley General de Trabajo el legislador ha puesto desde el momento inicial que el arbitraje potestativo surge de la sola voluntad de una de las partes.

potestativo a la existencia de determinadas causales específicas, una de las cuales es la mala fe. Esto en todo caso significa que el arbitraje potestativo está restringido a situaciones excepcionales y no se convertiría en una regla general que es lo que pretende el reconocimiento del arbitraje incausado, convirtiendo la esencia voluntaria del arbitraje en una instancia obligatoria, lo que solamente se puede dar en el ámbito de la actividad del Poder Judicial.

El solo hecho de que se haya dictado una norma estableciendo el arbitraje potestativo por vía reglamentaria, en contra de la lógica del artículo 61° de la Ley no hace sino demostrar que el propio legislador, y también el Ministerio de Trabajo, no pensó en dicha posible interpretación. En efecto si el artículo 61° de por sí, contrariando la lógica bilateral y consensual del arbitraje hubiese creado -el arbitraje potestativo, la expedición de tal dispositivo reglamentario carecería de lógica. Esto es: si la intención del legislador hubiese sido establecer el arbitraje “potestativo” incausado de manera generalizada y absoluta, ¿cuál sería la razón para recortar esa característica general a dos situaciones concretas y específicas? La respuesta a esta interrogante es evidente debiéndose concluir que esta forma de arbitraje jamás la contempló el legislador. Lo que ahora se pretende imponer con el nomen iuris de arbitraje potestativo sea causado o incausado, no es otra cosa que un arbitraje impuesto por una de las partes a la otra.

Lo que ha sucedido es sumamente claro: se ha tratado de crear dicha situación interpretativa a través del Poder Ejecutivo y por razones políticas recién a partir del año 2011.

Ésta es la razón de la expedición del D. S. N° 014-2011-TR, tantas veces mencionado **por medio del cual, se ha tratado de modificar el texto legal por vía reglamentaria para no recurrir al Congreso de la República que hubiese sido la vía natural, para modificar el texto legal que señala que el arbitraje se establece por acuerdo de partes, y no por iniciativa de una sola de ellas, que es lo que señala el reglamento.**

2.- Posición de la Organización Internacional de Trabajo con respecto al arbitraje potestativo:

Otra consideración no menos importante proviene de la Organización Internacional de Trabajo que ha ratificado la naturaleza excepcional del arbitraje limitándolo que ahora se conoce como el arbitraje potestativo **a unas pocas situaciones de excepción**. Este punto lo desarrollaremos con mayor extensión en otra parte de la presente fundamentación.

Análisis de las normas constitucionales relacionadas con la Negociación Colectiva

Pasaremos a analizar los argumentos de nuestra Constitución en los cuales pretende apoyar su razonamiento que se inicia con la invocación del artículo 28° de la misma del cual pretende

derivar determinadas conclusiones a favor de su posición. El mencionado artículo 28° hace alusión a los principales derechos colectivos. Efectivamente se impone al Estado el reconocimiento de los tres pilares fundamentales de los derechos colectivos laborales que son la sindicación, la negociación colectiva y la huelga. Con respecto al primero lo garantiza.

En lo que concierne al segundo lo fomenta, y en cuanto al último declara la necesidad de regular el derecho de huelga, que no deja de ser el ejercicio de un derecho en forma pacífica (la abstención de trabajar), que no puede tener connotación alguna de violencia.

3.- Correcta interpretación del concepto de fomento a la Negociación Colectiva a la que se refiere la Constitución:

En lo que respecta al segundo, esto es al derecho de negociación colectiva que es objeto de análisis y desarrollo señala que lo fomenta, esto es que crea las condiciones para que se desarrolle y florezca, **pero ello no permite concluir, como lo hacen algunos, que cualquiera de las partes sin hacer ningún esfuerzo para negociar y llegar a una solución autónoma -el ideal en la negociación colectiva-, se llegue a una solución heterónoma.** Eso no es fomentar la negociación colectiva.

El fomento a la negociación colectiva se da fundamentalmente creando las condiciones para que las propias partes establezcan la regulación de su relación laboral, sin que esta sea objeto de solución por parte de un tribunal arbitral conformado por terceros que no necesariamente son los más capacitados para imponer una solución reguladora de las relaciones laborales, porque no son parte de la misma.

No se puede sostener que fomentar la negociación colectiva significa fomentar solamente el arbitraje para a partir de allí invalidar el esfuerzo de negociación que se tiene que dar necesariamente en el trato directo. Con ese criterio, lo primero que debería fomentar la ley es el acuerdo en trato directo para lo cual debe crear y estimular las condiciones para que las partes negocien, esto es, que realicen el esfuerzo y sacrificios que significa desarrollar una negociación, y no optar por la posición cómoda de romper todas las etapas aceleradamente para evitar dicho esfuerzo y trasladarle la responsabilidad por la regulación de la relación de trabajo a terceros que generalmente son brillantes académicos, reconocidos profesionales y/o profesores eruditos, pero que no necesariamente tienen la vivencia diaria de la dirección de la empresa ni el esfuerzo o desgaste que significa para todos el tener que trabajar.

Se dice que la ley debe promover la solución pacífica de los conflictos laborales lo cual es cierto, pero se pretende considerar a la huelga (que es un método pacífico de presión ya que no puede ser violenta), como un medio de por si violento, para llegar a la conclusión de que es necesario evitar la huelga a toda costa, fomentando la opción arbitral, lo que es un razonamiento equivocado.

En este sentido la huelga es un medio de lucha o de presión que nivela la fuerza del capital con la concertación para abstenerse de trabajar colectivamente, que en la negociación colectiva es un elemento implícito en la posición sindical.

4.- Análisis del Arbitraje Potestativo desde una perspectiva legal:

En la parte considerativa del D. S. N° 014-2011-TR, y como fundamento para las modificaciones introducidas al Reglamento de la LRCT, se hace referencia a diversas normas jurídicas, así como a una sentencia del Tribunal ⁴ Constitucional que estaba referida a una situación específica excepcional por la cual se introdujo el concepto no tratado hasta dicho momento en nuestra legislación del arbitraje “potestativo” ⁵, que no es otra cosa sino un arbitraje forzoso u obligatorio encubierto, ya que la obligatoriedad de someterse a dicho procedimiento depende de la voluntad de una de las partes, y no de ambas.

En dicha parte considerativa se hace mención al numeral 2° del artículo 28° de nuestra Constitución Política haciéndose referencia a que ella: “...establece que el Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva⁶ y huelga, cautelando su ejercicio democrático a través del fomento de la negociación colectiva y de la promoción de medios de solución pacífica de los conflictos laborales”. (La mención hecha en la resolución no es cita textual de la Constitución. Es interpretación de la autoridad administrativa que dictó el dispositivo).

Se hace referencia también a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución que establece que las normas relativas a los derechos y a las libertades que ésta reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

En el tercer considerando se cita el artículo 61° del Texto Único Ordenado de la LRCT

⁴ Expedida en el expediente 03561-2009-PA/TC, referido a una acción de amparo iniciada por el Sindicato de Trabajadores Portuarios, por la que por primera vez se establece el llamado “arbitraje potestativo” por declaración de dicho tribunal.

⁵ Hasta la expedición de la sentencia del Tribunal Constitucional, nunca se puso en duda que de acuerdo con lo señalado en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo solamente existían dos clases de arbitraje que eran: el obligatorio (de naturaleza excepcional) y el voluntario, al cual por vía interpretativa primero y después por norma reglamentaria, se le ha agregado un tercero que es el potestativo. La mejor prueba de que solamente existían las dos formas indicadas del arbitraje es que no se podía imponer el voluntario cuando una de las partes se negaba a someterse al mismo. Esta sentencia no fue declarada como precedente de observancia obligatoria.

⁶ En realidad el instrumento legal al que hacemos referencia lejos de fomentar la negociación colectiva, promueve una distorsión de la misma al fomentar el arbitraje haciéndolo fácil, lo que va a producir el efecto de tener una negociación colectiva en la cual al no fomentarse la autocomposición sino la heterocomposición del conflicto, cambiará las estadísticas, reduciendo el alto índice de soluciones por voluntad directa de las partes, para trasladarla a la decisión de los árbitros.

(Decreto Supremo N° 010-2003-TR) que dispone: “...si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, podrán las partes someter el diferendo a arbitraje”.⁷

El cuarto considerando de la resolución se refiere al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional que establece: “...que los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.”⁸

A continuación se hace referencia a que lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la sentencia de fecha 17 de agosto del 2009 y resolución aclaratoria del 10 de junio del 2010 “...resulta necesario precisar el alcance del arbitraje potestativo a que se refiere el artículo 61° del Texto Único Ordenado de la LRCT”.⁹

La parte considerativa concluye invocando el inciso 8) del artículo 118° de la Constitución Política del Perú y el inciso 3 del artículo 11° de la Ley 29158 (Ley Orgánica del Poder Ejecutivo), que están referidas a la facultad del Presidente de la República de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas.

Se advierte que el D.S. N° 014-2011-TR limita implícitamente el “arbitraje potestativo”-que de existir como pregonan sus defensores -a las situaciones específicas que menciona que son la presencia de actos de mala fe en la negociación y cuestionamiento del ámbito de la negociación o no llegar a un arreglo en la primera negociación.

La pregunta que nos formulamos es simple: Si es que de acuerdo con la interpretación que justifica la expedición del dispositivo se considera que la LRCT contempló el “arbitraje potestativo” desde que fue expedida y que el reglamento de la misma no la contradecía o desnaturalizaba **¿A título de qué se restringe su aplicación solamente a las situaciones**

⁷ Obsérvese que el dispositivo no utilizó una fórmula imperativa para demostrar lo que ahora se pretende señalar como voluntad del legislador. Si tal hubiese sido su intención se habría utilizado términos contundentes como podría haber sido: “...si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, **las partes someterán el diferendo a arbitraje**”

⁸ La norma hace referencia a la interpretación judicial (de los jueces) sin mencionarse la aplicación de dicho criterio en una norma reglamentaria dictada por el Poder Ejecutivo. Debe tenerse en cuenta que el acto de interpretación del juez se concreta en la sentencia específicamente referida a un caso concreto que además es precedida por la actuación procesal en la que se permite el derecho de defensa en toda su extensión.

⁹ El dispositivo no hace ninguna mención o referencia al arbitraje “potestativo” que obviamente no estuvo dentro de la intención del legislador.

enunciadas, cuando la propia ley no contempló ninguna limitación? Esto demuestra que el arbitraje potestativo no fue considerado por el legislador siendo una creación posterior, pero a través de un dispositivo infra legal.

Si admitiéramos la hipótesis de que la ley contempló dicho arbitraje, pero no le puso ninguna limitación, es claro que la norma reglamentaria no lo podría hacer, razón por la que pecaría de ilegal. De tal forma que la lógica sería que si se hubiese contemplado el arbitraje potestativo como intención del legislador, este se aplicaría en cualquier caso y no solamente en las situaciones señaladas en el dispositivo. Lo que sucede es que el legislador nunca contempló el arbitraje potestativo.

5.- Introducción del Arbitraje Potestativo en nuestra legislación:

En consecuencia estamos ante la creación, de lo que se denomina “arbitraje potestativo”, que no estuvo ni está contemplado en la LRCT y que al haber sido creada por una norma reglamentaria contraviene a la norma que se pretendía reglamentar la invalida

Si la intención del legislador hubiese sido la misma que consignó quien reglamentó la norma, habría utilizado la redacción que éste utilizó, sin recurrir a una diferente, cuya interpretación no se puede forzar invocando a lo que se denomina una “interpretación sistemática” que en el caso específico del D.S. 014-2011-TR, es solamente un argumento para alterar o desnaturalizar la voluntad del legislador que en todo caso debería ser modificada por decisión de éste, siguiendo los procedimientos respectivos y no dictando una norma de jerarquía menor.

En términos más simples, si la ley hubiese tenido la redacción que le dieron al reglamento, posiblemente no sería cuestionable desde esta perspectiva, sino desde otras, ya que todo arbitraje tiene que sustentarse fundamentalmente en la voluntad de las partes y no en un acto de imposición a una de ellas por la otra o en un mandato legal que lo haga obligatorio. Lo nuclear en una norma de arbitraje es la voluntad de las partes, lo excepcional es el potestativo.

Artículo que crea el Arbitraje Potestativo:

El nuevo artículo denominado 61-A crea el arbitraje potestativo en los términos que se mencionan a continuación:¹⁰

“Artículo 61-A Arbitraje potestativo

¹⁰ Decimos que creaba dicho tipo de arbitraje ya que éste no existía normativamente. Previamente había sido declarado por el Tribunal Constitucional (sin argumento sustantivo expreso y sobre bases especulativas), para un caso concreto de fijación del ámbito de negociación para desestimar la fórmula de solución legal cuando las partes no habían llegado a ningún acuerdo.

Las partes tienen la **facultad de interponer el arbitraje potestativo en los siguientes supuestos:**¹¹

a) Las partes no se ponen de acuerdo en la primera negociación, en el nivel o su contenido; y,

b) Cuando durante la negociación del pliego se adviertan actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo.¹²

Ocurridos los supuestos referidos ¹³ las partes deben designar a sus árbitros en un plazo no mayor de cinco (05) días hábiles. De no hacerlo una de ellas, la Autoridad Administrativa de Trabajo designa al árbitro correspondiente, cuyo costo asume la parte responsable de su designación. El arbitraje potestativo no requiere de la suscripción de un compromiso arbitral.¹⁴

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

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

¹¹ De la redacción de este artículo fluye que el arbitraje potestativo es por causal y no incausado.

¹² Acá nos encontramos con una figura sin definición legal o reglamentaria. Recién aparece con la expedición de la Resolución Ministerial 284-2012-TR en la que se establece por primera vez el concepto de mala fe en la negociación. No hay ninguna definición de lo que constituye acto de mala fe, ni en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo ni en su Reglamento, situación que hace cuestionable, entre otras razones la Resolución Ministerial dictada que además tiene un valor legalmente discutible porque una disposición administrativa de menor jerarquía como es una Resolución Ministerial no puede servir de base para crear figuras de mala fe con consecuencias graves. Ello correspondería a la propia Ley de Relaciones Colectivas o en el mejor de los casos a su reglamento.

¹³ Esto pone en evidencia que fuera de los dos supuestos referidos el arbitraje “potestativo” no procede, Nuevamente nos preguntamos: Si la intención del legislador fue crear este tipo de arbitraje desde la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo ¿A título de que un Decreto Supremo le pone restricciones y lo limita solamente a dos casos específicos?

¹⁴ Es en este decreto reglamentario que desnaturaliza lo que señala la ley donde se pone en evidencia la contradicción con lo que es la esencia del arbitraje, esto es su naturaleza voluntaria. En primer término si la parte no designa al árbitro (esto es no demuestra la voluntad de hacerlo, la Autoridad se lo impone). En segundo término no se existe la suscripción de un compromiso arbitral que es otro de los elementos esenciales del arbitraje y que pone en evidencia su naturaleza contractual, que es donde reposa la fuerza de la institución.

sustentadas, que tuvieran respecto del proyecto de fórmula final presentado por la otra parte.

Resultan aplicables al arbitraje potestativo las reglas del procedimiento arbitral establecidas en los artículos 55°, 56°, 57°, 58°, 59°, 60° y 61° del Reglamento. En el caso de la regla de integralidad establecida en el artículo 57°, ésta no se aplicará cuando sólo exista una propuesta final presentada, pudiendo el Tribunal Arbitral establecer una solución final distinta.¹⁵

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

Desarrollamos lo señalado en el dispositivo:

En primer lugar no se define legalmente el arbitraje potestativo, recurriéndose para ello simplemente a su naturaleza doctrinaria, (así como la referencia que se hubiera dado en los pocos países que han adoptado dicho tipo de arbitraje en concordancia a las propias características de sus leyes de relaciones colectivas de trabajo).¹⁶

Debe tenerse en cuenta que el arbitraje voluntario es diferente del potestativo en tanto que en el primero se requiere la voluntad de ambas partes mientras que en el segundo este es impuesto por una de ellas, debiéndose someter la otra a esta voluntad. En otras palabras, en el arbitraje voluntario, si no hay acuerdo de ambas éste no se dará. En el potestativo basta que una de las partes lo solicite para que éste se convierta en obligatorio. Ello es lo que nos ha llevado a sostener que el arbitraje potestativo es en esencia un arbitraje obligatorio encubierto ya que se puede llegar a él por voluntad de una sola de las partes, siendo además en la práctica obligatorio solamente para el empleador ya que el trabajador, para evitarlo como imposición del empleador, podría decidir ir a la huelga.¹⁷

¹⁵ La redacción nos sugiere otro cuestionamiento con respecto a la legalidad de la norma. La Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo ha establecido el criterio de la integralidad en todos los casos de arbitraje que ella regula. Obviamente no se refirió al potestativo ya que no lo contempló como posible. La pregunta es entonces ¿Cómo el Reglamento crea una excepción a la regla de la integralidad cuando la ley no contempló ninguna excepción? Acá nos encontramos ante otra situación de excepción incompatible con la ley. En la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo no existe ninguna excepción a la regla de integralidad. Por ello consideramos que el reglamento no podría crear dicha excepción. Otra muestra más de la ilegalidad con que se ha procedido.

¹⁶ De acuerdo con información obtenida de la OIT los únicos países que tienen o han tenido dicha forma de arbitraje son Angola, Botswana, Cuba, Egipto, Jamaica, Libano, Nepal, Papua Nueva Guinea, Ruanda, Sudan, Tanzania y Zimbawe.

¹⁷ Una vez que los trabajadores van a la huelga no pueden pretender regresar al arbitraje ya que para ello requieren el consentimiento del empleador. Esto, no es, como afirman los defensores de esta clase de arbitraje una demostración de que siempre ha existido el arbitraje potestativo, ya que el sector laboral no se lo puede imponer obligatoriamente al empleador, ya que se trata de una condición especial de

En realidad, la figura que se ha introducido por vía de un decreto supremo, que por su naturaleza debe respetar lo señalado en la norma legal que pretende reglamentar, resulta contraria al inciso 8° del artículo 118° de la Constitución. Recordemos que éste establece la existencia de un sistema normativo jerarquizado, en el cual la condición de validez de una norma es la no contradicción o desnaturalización de la voluntad de quién expidió la de superior jerarquía.

Nuevamente insistimos, el artículo 61° del Texto Único Ordenado de la LRCT establece con toda claridad, y así siempre se ha interpretado hasta la sentencia del Tribunal Constitucional referida a los trabajadores portuarios,¹⁸ que para ir al arbitraje se requería necesariamente de la voluntad de ambas partes, siendo la mejor prueba de ello la necesidad de suscribir un compromiso arbitral estableciendo las reglas de su desarrollo.¹⁹ En este sentido la mencionada sentencia del TC encontró una salida sui generis y específica para una situación singular que es la que se discutía genéricamente en dicha sentencia.

Recordamos que el artículo 61° de la LRCT es contundente, al señalar: “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” (este no dice “podrá” cualquiera de las partes o podrá una sola de las partes, someter el diferendo al arbitraje), que sería el lenguaje claro que la ley tendría que haber utilizado para sustentar dicha posición.

Es evidente que la intención del legislador era que se llegara al arbitraje única y exclusivamente por acuerdo de las partes o excepcionalmente en forma obligatoria como era el caso de los servicios públicos esenciales). Porque el recurrir al arbitraje era facultad de ambas previo acuerdo, y no solamente de una de ellas, más aún cuando para los trabajadores la opción se podría dar entre el arbitraje y la huelga. Ello significaba que si el empleador proponía el arbitraje los trabajadores no estaban obligados a aceptarlo, en cuyo caso siempre les quedaba el camino de la huelga. La única excepción a esta situación estaba dada por los pocos casos de arbitraje obligatorio regulados expresamente en la ley.

El arbitraje como mecanismo de solución de conflictos es por su propia naturaleza excepcional. Si bien el artículo 139° inciso 1) de la Constitución reconoce la jurisdicción

excepción. Si es que el arbitraje – por la negativa del empleador de aceptarlo después de haber sufrido los efectos de una huelga, no se da en este caso la negociación entra en un punto muerto y los trabajadores quedarían en la situación de dejar paralizada su negociación volver a la huelga para presionar un arreglo.

¹⁸ En esta se concluyó interpretativamente por la existencia del arbitraje potestativo para resolver una situación específica de nivel de negociación colectiva.

¹⁹ Es por eso que tal requisito no se contempló para el caso del arbitraje obligatorio y no se hizo ninguna referencia al ahora creado “arbitraje potestativo”.

arbitral no existe ninguna excepción que permita obviar la naturaleza voluntaria de ésta, menos aún a través de un decreto supremo. Claro está que la norma constitucional se refiere a la jurisdicción arbitral que es concreta y específica para la solución de conflictos jurídicos y no económicos.

Resulta entonces que de acuerdo con el texto aprobado en el D.S. N° 014-2011-TR no es exacto que ambas partes tengan la facultad de “interponer el arbitraje potestativo” ya que este resultaría obligatorio para el empleador, y no lo sería para los trabajadores en todos los casos de acuerdo con lo señalado en el último párrafo de la norma que indica: “En ningún caso, el arbitraje potestativo puede ser utilizado en desmedro del derecho de huelga”.²⁰ No obstante ello y ante el hecho de que la referida norma se encuentra vigente y no puede ser desconocida por el tribunal arbitral ya que no puede ejercer la facultad del control difuso porque no le corresponde, debe aplicar la norma legal mencionada sin cuestionamiento alguno, bajo responsabilidad.

Oportunidad de recurrir al Arbitraje Potestativo:

La norma señala básicamente la existencia de 3 situaciones que deben ser objeto del correspondiente análisis por parte del Tribunal.

La primera se da cuando las partes no se ponen de acuerdo en el nivel de la primera negociación. (Situación establecida por el Tribunal Constitucional en el caso de los trabajadores portuarios)

La segunda es cuando no se ponen de acuerdo en el contenido de la primera negociación. (Situación creada por el D.S. 014-2011-TR)

La tercera se presenta “Cuando durante la negociación del pliego se adviertan actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo.”(Situación creada por el D.S. 014-2011-TR)

La primera se refiere al caso de la determinación del nivel de negociación que de acuerdo con la LRCT debía de resolverse a nivel empresa si no había acuerdo de partes. Esto fue establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia dictada en el caso de los trabajadores portuarios. Ello se puede dar cuando las partes no se ponen de acuerdo en el nivel de negociación (esto es si el pliego de reclamos está referido al ámbito empresa, actividad u otro).

²⁰ Esto pone en evidencia que es realmente obligatorio para el empleador ya que ante una invocación de éste para llevar al sindicato a un arbitraje potestativo este podría ir a la huelga sin posibilidad de cuestionamiento por el empleador.

También se refiere a la solución de la primera negociación en cuanto a su contenido. Ello significa que la empresa, de acuerdo con la norma reglamentaria, no estaría facultada para rechazar una propuesta para arbitraje en la primera negociación si es que no hay acuerdo, pero si lo podría hacer en las posteriores (salvo aplicación del arbitraje potestativo).

Las situaciones analizadas no guardan concordancia con la naturaleza voluntaria del arbitraje consagrado en el artículo 61° del Texto Único Ordenado de la LRCT.

Independientemente de lo expuesto formularemos algunas reflexiones con respecto a las causales para desarrollar el arbitraje incausado, insistiendo siempre que ellas no se han dado en el presente caso.

La primera es la definición de lo que la ley refiere como “actos de mala fe” que no tenían una definición legal y que por lo tanto estaban sujetos a lo que estableciera el intérprete, cuya identidad no fue precisada inicialmente. Posteriormente se estableció que la determinación de la existencia de actos de mala fe debía ser calificada a posteriori por el Tribunal Arbitral que se crearía obligatoria y hasta compulsivamente. Tal como estaba redactado inicialmente el dispositivo se trataba de un concepto genérico que puede conducir a toda clase de interpretaciones dependiendo de quién las llevara a cabo.

Posteriormente, estas causales de mala fe fueron señaladas en la Resolución Ministerial 284-2011-TR pero con la calidad expresa de que no eran una lista cerrada creándose la conocida fórmula de “cajón de sastre legal” al señalarse: “Los actos de mala fe enunciados en los literales anteriores no constituyen una lista taxativa”.²¹

No se podría entonces recurrir al arbitraje potestativo en la medida que no se advirtieran actos de mala fe, no pudiéndose considerar como tal el no estar de acuerdo con la posición asumida por la contraparte en el curso de la negociación o no estar de acuerdo en sus respectivas ofertas. Asimismo el acto de mala fe a que se refiere la norma tiene que estar encaminado o tener por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo. **Debe existir un vínculo causal entre la conducta que se pretende calificar como mala fe y el efecto directo sobre la negociación.**

Es claro que el arbitraje potestativo se debe aplicar únicamente para las situaciones expresamente señaladas en la ley. El cuarto párrafo del artículo 61-A se refiere a: “los supuestos referidos”, los que obviamente son los expresamente enunciados en los acápitales a)

²¹ En el tiempo de aplicación de la norma nos encontramos ante un panorama contradictorio de calificación de actos de mala fe en la negociación, lo que no hace sino corroborar lo expresado con relación a los efectos que viene produciendo el D.S. 014-2011-TR.

y b) que anteceden. De ello se desprende que no se pueden crear situaciones de arbitraje potestativo no contempladas en la norma lo que a su vez significa que el arbitraje potestativo no puede ser incausado.

En consecuencia las partes, cuando consideren que exista una causal para ir al arbitraje potestativo, deberán seguir el procedimiento señalado en la ley que comienza con la designación de árbitros por cada una de ellas, aclarándose, que de no cumplirse con esta obligación "...la Autoridad Administrativa de Trabajo designa al árbitro correspondiente, cuyo costo asume la parte responsable de su designación."²²

La forma forzada como se ha creado este nuevo mecanismo plantea otras interrogantes:

6.- El arbitraje potestativo no requiere de la suscripción de un compromiso arbitral:

Una de las características de la LRCT es que en su texto se hace poca referencia al arbitraje. Este se encuentra regulado a partir del artículo 60° hasta el 66° del Reglamento de la Ley. El artículo 64° establece que el arbitraje debe sustentarse en un compromiso arbitral, siendo la única excepción el arbitraje obligatorio que no lo requiere. Ahora tendríamos que agregar que tampoco se exigiría en el caso del arbitraje potestativo. Es claro, que de la lectura sistemática de la propia ley (y también la literal) se concluye que el legislador no contempló la excepción del compromiso arbitral, para el arbitraje potestativo. Se trata de una creación de quienes califican la LRCT como desfasada, pero que no quieren recurrir a la vía legal para modificarla.

Esto nos lleva a preguntarnos ¿si por vía reglamentaria se puede eliminar o crear una excepción a la formalidad del compromiso arbitral exigida en la ley? La respuesta negativa a esta pregunta es evidente: el legislador no tomó en cuenta dicha forma de arbitraje porque no existía, ni era considerado.

Posición de la OIT con respecto al Arbitraje Potestativo:

Para la **Organización Internacional de Trabajo, el arbitraje potestativo solamente se puede dar en situaciones excepcionales y no como regla general, que es lo que se plantea en los diversos proyectos de ley que lo pretenden implantar sin limitaciones.**

²² En consecuencia las partes, cuando consideren que exista una causal para ir al arbitraje potestativo, deberán seguir el procedimiento señalado en la ley que comienza con la designación de árbitros por cada una de las partes, aclarándose, que de no cumplirse con esta obligación "...la Autoridad Administrativa de Trabajo designa al árbitro correspondiente, cuyo costo asume la parte responsable de su designación."

El punto de partida lo encontramos en el artículo 4º del Convenio 98 OIT que señala:

“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”.

Sobre la base de lo expresado en el Convenio referido existen algunas opiniones irrefutables para corroborar la naturaleza excepcional del arbitraje potestativo.

La Comisión de Expertos de la OIT ha emitido la siguiente opinión:

“En lo que respecta al arbitraje impuesto a solicitud de una sola de las partes, la Comisión considera que, de manera general, es contrario al principio de negociación voluntaria de los convenios colectivos establecido en el Convenio núm. 98 y, por consiguiente, a la autonomía de las partes en la negociación. *No obstante, puede admitirse una excepción en aquellos casos en que existan disposiciones que, por ejemplo, permitan a las organizaciones de trabajadores iniciar este procedimiento para la firma del primer convenio colectivo;* como la experiencia demuestra que el acuerdo del primer convenio colectivo es frecuentemente uno de los pasos más difíciles en el establecimiento de sanas relaciones profesionales, este tipo de disposiciones puede considerarse como mecanismos y procedimientos que facilitan la negociación“

“En cuanto a la imposición del arbitraje a iniciativa de las autoridades, la Comisión considera que tales intervenciones son difícilmente conciliables con el principio de negociación voluntaria establecido en el artículo 4º del Convenio número. 98. No obstante, la Comisión debe admitir que existe un momento en la negociación en el cual, tras negociaciones prolongadas e infructuosas, puede justificarse la intervención de las autoridades, cuando es obvio que el bloqueo de las negociaciones no será superado sin una iniciativa de las **mismas**.”²³

Según la Comisión:

“Sería harto deseable que las partes dispongan de toda oportunidad para negociar colectivamente, durante un período de tiempo suficiente, con la ayuda de una

²³

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_087940.pdf

mediación independiente (mediador, conciliador, etc.), así como de mecanismos y procedimientos establecidos con una sola finalidad: facilitar las negociaciones colectivas. Basado en el principio de que un acuerdo negociado, por insuficiente que sea, es preferible a una solución impuesta, las partes deberían tener siempre la posibilidad de regresar voluntariamente a la mesa de negociaciones, lo que implica que todo mecanismo de solución de conflictos adoptado debería incluir la posibilidad de suspender un proceso de arbitraje obligatorio.”²⁴

Opinión del Comité de Libertad Sindical:

Con respecto al tema del arbitraje potestativo el Comité de Libertad Sindical ha expresado lo siguiente: ²⁵

- 1.- La imposición de un procedimiento de arbitraje obligatorio en caso de que las partes no estuvieren de acuerdo sobre el proyecto de contrato colectivo plantea problemas de aplicación con el Convenio núm. 98.
- 2.- Las disposiciones que establecen que, a falta de acuerdo entre las partes, los puntos en litigio de la negociación colectiva serán decididos por arbitraje de la autoridad no están en conformidad con el principio de negociación voluntaria contenido en el artículo 4° del Convenio núm. 98.
- 3.- Una disposición que permite que una de las partes del conflicto pueda, unilateralmente, solicitar la intervención de la autoridad de trabajo para que se aboque a la solución del mismo es contraria al fomento de la negociación colectiva.
- 4.- El Comité de Libertad Sindical admite el arbitraje obligatorio, por iniciativa de las autoridades o de una sola de las partes o por mandato directo de la legislación en caso de crisis nacional aguda, en los casos de conflicto dentro de la función pública respecto de funcionarios en la administración del Estado (ya que pueden ser excluidos del derecho de

²⁴ Esta opinión lleva a cuestionar los proyectos para modificar las clases de arbitraje que están en trámite en diversos proyectos. Así tenemos que en el Congreso de la República se encuentra el Proyecto de Ley 1060-2011 También existen propuestas de cambio en el ante proyecto de Ley General de Trabajo y proyecto presentado por el Poder Ejecutivo para modificar la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. En todos ellos se pretende un acceso fácil al arbitraje que no requerirá de esfuerzo de las partes para llegar a un arreglo en la mesa de negociación.

²⁵ La imposición de un procedimiento de arbitraje obligatorio en caso de que las partes no estuvieren de acuerdo sobre el proyecto de contrato colectivo plantea problemas de aplicación con el Convenio núm. 98. (Véase f284.o informe, caso núm. 1617 (Ecuador), párrafo 1006.) http://white.oit.org.pe/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/actrav/sindi/fusion_ls/spanish/d_6necole.html

negociación colectiva en virtud del Convenio núm. 98) o en los servicios esenciales en el sentido estricto del término, o sea, los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida o la seguridad de la persona en toda o parte de la población.

Obviamente el arbitraje obligatorio es aceptable también si está previsto en el convenio colectivo como mecanismo de solución de conflictos. Asimismo es aceptable –como ha señalado recientemente el Comité siguiendo a la Comisión de Expertos–, cuando tras negociaciones prolongadas e infructuosas es obvio que el bloqueo de las negociaciones no será superado sin una iniciativa de las autoridades.

Creación de un Procedimiento a seguir en el caso del arbitraje potestativo que demuestra que el legislador no lo contempló como posibilidad

Prácticamente se **crea** un procedimiento especial para el arbitraje potestativo. Este es similar al que existe para el arbitraje acordado por las partes.

La necesidad de crear un procedimiento especial para el arbitraje potestativo se origina en el hecho de que la ley no lo contempló como arbitraje permitido siendo esta la razón por la que no tenía una regulación adecuada. Esta es otra demostración de que el arbitraje potestativo nunca estuvo en la mente del legislador y que es una creación del D.S. 014-2011-TR, que además ha declarado que solamente se puede dar en los casos taxativamente señalados en la ley.

Así la ley señala:

- “Constituido el Tribunal Arbitral, dentro de los cinco días hábiles siguientes las partes entregan al tribunal su propuesta final, de ser el caso en forma de proyecto de convenio colectivo, con copia para la otra parte.”
- En este caso, a diferencia de lo que señala el artículo 54° de la LRCT, se permite que cada parte entregue al Tribunal su propuesta final por separado. En el artículo mencionado de la LRCT se hace referencia a que la entrega de la propuesta se da en el acto de iniciación del proceso arbitral. Resulta entonces que ahora existen dos formas procesales de comportamiento; una en el caso del arbitraje acordado en el cual el procedimiento es el señalado en el artículo 54° del Reglamento de la LRCT, y otra, para el arbitraje potestativo que está regulado en el artículo 61-A. La necesidad de crear estas reglas especiales no hace sino corroborar lo que venimos exponiendo repetidamente. *Esta forma de arbitraje no estuvo contemplada (y demuestra que no fue conocido por el legislador).*

De otro lado, siguiendo un procedimiento similar al que rige para el arbitraje acordado, ambas partes cuentan con el plazo de cinco días hábiles para formular las observaciones “debidamente sustentadas” con respecto a la propuesta de la parte contraria.

Disposiciones aplicables al arbitraje potestativo:

De manera expresa se declara de aplicación a este procedimiento lo señalado en los artículos 55° a 61° del Reglamento que se transcriben a continuación:

“Artículo 55°.- El árbitro o Tribunal Arbitral tiene absoluta libertad para ordenar o requerir la actuación o entrega de toda clase de pruebas, incluidas investigaciones, pericias, informes, documentos públicos y privados de propiedad o en posesión de las partes o de terceros y en general obtener todos los elementos de juicio necesarios de instituciones y organismos cuya opinión resulte conveniente para poder resolver el conflicto, todo dentro de un plazo máximo de treinta (30) días naturales, contados desde la fecha de iniciación formal del procedimiento arbitral. El árbitro o el Tribunal Arbitral en su caso, notificará a las partes la conclusión de esta etapa del proceso.

Durante este período el árbitro o Tribunal Arbitral podrá convocar a las partes por separado o conjuntamente, a fin de aclarar o precisar las propuestas de una y otra.

Al hacerse cargo de su gestión, el árbitro o Tribunal Arbitral recibirá de la Autoridad de Trabajo el expediente de negociación colectiva existente en su Repartición, incluyendo la valorización del pliego de peticiones y el informe de la situación económica-financiera de la empresa a que alude el Artículo 56° de la Ley, si lo hubiera.

En la tramitación, en los términos y modo de proceder y demás diligencias, el árbitro o Tribunal Arbitral procederá de oficio, cuidando que se observen los principios de oralidad, sencillez, intermediación y lealtad a que se refiere el Artículo 64° de la Ley.

Artículo 56°.- Dentro de los cinco (05) días hábiles de concluida la etapa del proceso que se indica en el artículo anterior, el árbitro, o el Tribunal Arbitral en su caso, convocarán a las partes a fin de darles a conocer el laudo que pone fin al procedimiento arbitral, levantándose acta de esta diligencia.

Artículo 57°.- El laudo del árbitro o del Tribunal Arbitral en su caso, deberán recoger en su integridad la propuesta final de una de las partes, no pudiendo

establecer una solución distinta de las propuestas por las partes ni combinar los planteamientos de una y otra. Empero, cuando por razones de equidad se hubiere estimado necesario atenuar algún aspecto de la propuesta elegida, por considerarlo extremo, en concordancia con el Artículo 65° de la Ley, el árbitro o el Tribunal deberá precisar en el laudo en qué consiste la modificación o modificaciones y las razones que se ha tenido para adoptarla.

Para emitir laudo se tendrá presentes las conclusiones del dictamen a que se refiere el artículo 56° de la Ley, tal como lo ordena el artículo 65° de la misma

El laudo ordenará el pago de las costas y honorarios que corresponda al árbitro o a los miembros del Tribunal Arbitral en su caso, en los términos fijados en el compromiso arbitral.

Artículo 58°.- A solicitud de parte, formulado dentro de un (01) día hábil posterior a la notificación del laudo, o de oficio dentro del mismo plazo, el árbitro o Tribunal Arbitral podrá corregir errores materiales, numéricos, de cálculo, tipográficos, o de naturaleza similar.

La corrección se hará por escrito dentro de los tres (03) días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud, la corrección formará parte del laudo.

Artículo 59°.- El recurso de impugnación del laudo arbitral que prevé el Artículo 66° de la Ley deberá interponerse dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes de notificado el laudo o la aclaración si fuese el caso, acompañando copia para la otra parte.

Las partes podrán presentar su alegato ante la Sala Laboral de la Corte Superior, dentro de los tres (03) días hábiles de ingresado el expediente a la mesa de partes correspondiente.

Transcurrido dicho plazo, se haya o no producido el alegato, la instancia judicial resolverá por el solo mérito de los autos, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes.

Procede el recurso de apelación dentro de los tres (03) días hábiles siguientes a la notificación de la resolución. La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema resolverá por el solo mérito de los autos, dentro de los quince (15) días hábiles de elevados.

Artículo 60°.- El expediente de negociación colectiva y del procedimiento

arbitral constituye una unidad que se conservará en los archivos de la Autoridad de trabajo del lugar del arbitraje.

Artículo 61°.- En cualquier estado del procedimiento arbitral las partes podrán celebrar una convención colectiva de trabajo, poniéndole fin a la negociación colectiva, sin perjuicio de pagar las costas y honorarios asumidos en el compromiso arbitral.”

Aplicación de las reglas de integralidad:

En este caso, y cuando solamente existe la propuesta presentada por una de las partes (situación no prevista ni para el arbitraje obligatorio ni para el voluntario, lo que demuestra que es una creación o invento del D.S. 014-2011-TR), el Tribunal puede establecer una solución final distinta, esto es, no tiene que acogerse obligatoriamente al criterio selectivo establecido en la ley, transformándose su intervención en una de naturaleza creativa. Ello se debe a que no se puede optar por una de dos propuestas en tanto que solamente existe una de ellas, tampoco podría estar obligado a aceptar la propuesta única porque ella podría ser abusiva.

Este argumento demuestra nuevamente que el legislador de la LRCT no pensó en el arbitraje potestativo, pues si lo hubiese creado habría establecido los mecanismos especiales de excepción a las otras formas de arbitraje y hubiese mencionado de manera expresa la exoneración de suscripción de compromiso arbitral así como el criterio a ser aplicado cuando solamente una de las partes presentaba propuesta final en atención a la abstención de la otra de hacerlo.

El criterio selectivo del arbitraje laboral se encuentra en el artículo 65° de la Ley que establece con claridad que el laudo recoge en su integridad la propuesta final de una de las partes. Asimismo señala que el laudo no puede establecer una solución distinta a las propuestas finales, ni combinar planteamientos de una y otra. En este sentido la norma de integralidad a que se refiere el reglamento que permite al Tribunal Arbitral crear una solución final distinta es contraria a ley porque pretende crear una excepción a la regla, opción selectiva que crea el dispositivo. Otra muestra de que no se respeta el principio de jerarquía normativa señalado en la Constitución.

Para concluir nuestro razonamiento reiteramos lo señalado en el último párrafo del nuevo numeral 61-A que señala: “En ningún caso, el arbitraje potestativo puede ser utilizado en desmedro del derecho de huelga.”

Esto demuestra en términos claros que el arbitraje potestativo, de acuerdo con la concepción de la norma que lo crea, es obligatorio para el empleador, en la medida que el trabajador lo

solicite, pero, no obliga a los trabajadores que opten por la huelga. El análisis efectuado ratifica la conclusión de que el arbitraje potestativo resulta cuestionable legalmente por cuanto pretende ser creado por un decreto supremo en manifiesta contradicción o desnaturalización de diversos aspectos de la LRCT que es de jerarquía superior.

Hay algunos argumentos adicionales que no se pueden dejar de mencionar porque demuestran que el arbitraje potestativo no estuvo dentro del esquema del legislador cuando se dictó la LRCT ni su reglamento

1.- En primer término las disposiciones mencionadas han sufrido modificaciones en el transcurso de los años. En las normas modificatorias no se hizo ningún intento de establecer el llamado “arbitraje potestativo”, lo que pone en evidencia que se respetaba la voluntad del legislador.

2.- Un segundo argumento que debe tenerse en cuenta es que el arbitraje potestativo recién se considera como susceptible de creación por vía legal a través de la propuesta de Nueva Ley General del Trabajo que ha preparado una comisión de expertos. En ella se contempla el arbitraje potestativo bajo la siguiente propuesta:

“Artículo 366º.- Sometimiento a Arbitraje

Cualquiera de las partes puede proponer el sometimiento del diferendo a arbitraje al término de la negociación directa o de la conciliación, sin perjuicio de recurrir, en forma alternativa o sucesiva, a otros medios pacíficos de solución. Si la propuesta es de los trabajadores, los representantes del empleador deben designar árbitro dentro de los diez (10) días hábiles siguientes. Igual deben hacerlo los representantes de los trabajadores cuando la propuesta es de los empleadores, salvo que aquellos opten, dentro del mismo plazo, por recurrir a la huelga.

Si ninguna de las partes actúa en los términos previstos en el párrafo anterior, cualquiera de ellas puede solicitar la intervención arbitral de la autoridad administrativa de trabajo que se sujetará a lo previsto en los artículos siguientes.”

En esta redacción no se puede dudar que la voluntad del legislador -si se aprobara el texto preparado por la Comisión de Expertos-, sería que el arbitraje potestativo existe y además es obligatorio en todos los casos en que sea solicitado. Con ella simple y llanamente dejaría de existir el arbitraje obligatorio que ya no sería necesario y que se limitaría a los casos excepcionales en que ambos estén de acuerdo con recurrir a dicha vía de solución.

La redacción que señalamos no admite ninguna duda con respecto a la intención del autor. Si tal lenguaje hubiese sido consignado en la LRCT, y no recién en su reglamento, no habría

base para afirmar lo que sostenemos en este análisis. Sin embargo, la realidad es otra ya que la intención de quién reglamentó la norma no puede contradecir la voluntad superior de quien la puso en vigencia.

Hacemos mención a un tercer argumento que los defensores de la existencia del arbitraje potestativo invocan. Afirman que el artículo 63° de la LRCT refuerza su argumento cuando señala:

“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 de empleador.**”

La interpretación correcta, esto es, no distorsionada del artículo aludido, ratifica lo expresado en el sentido de que el arbitraje nunca fue considerado potestativo sino voluntario ya que descartado éste por la opción de huelga, el empleador no tendría por qué aceptar un arbitraje y no habría como imponérselo, salvo que el aceptara someterse al mismo. La mejor prueba de que dicha interpretación es la correcta, se da a través de la afirmación de que si el empleador no la acepta, no le queda otra cosa al sindicato que continuar su huelga o deponerla incondicionalmente, entrando la negociación a un “punto muerto”, por su propia acción y decisión.

En efecto, la propia ley les otorga a los trabajadores dos vías alternativas para la negociación ante el fracaso del trato directo o de la conciliación. La primera es ir al arbitraje en cuyo caso ya no pueden ir a la huelga según lo establece el inciso d) del artículo 73° de la LRCT. La segunda es ir a la huelga, en cuyo caso ya no podrían ir al arbitraje porque se les pasó la oportunidad para hacerlo, salvo que el empleador lo acepte.

En consecuencia la existencia del artículo 63° se sustenta en la prohibición de ir al arbitraje cuando se optó por la huelga. Esta es la razón por la que se exige la aceptación del empleador para que se pueda deponer la huelga y regresar a la vía del arbitraje. Es en buena cuenta, un condicionamiento al retroceso de la decisión tomada por los trabajadores. Ello es así, porque la huelga es un derecho constitucional, pero la Constitución no asegura ni tiene que asegurar que la huelga sea necesariamente exitosa. Ello se deberá a una serie de factores, principalmente la unión de los trabajadores o la capacidad de resistencia del empleador.

La lógica de la huelga como derecho constitucional es que se trata de un medio de presión legalmente aceptado que le puede ocasionar daños al empleador (que es donde radica su fuerza y eficacia), pero que también le puede originar problemas al trabajador, lo que lo obliga a ser cauto en su ejercicio. Se trata pues de una institución con pesos y contrapesos que se eliminarían con el llamado arbitraje potestativo, que de implantarse en forma generalizada llevaría a un solo concepto: *Todo arbitraje sería obligatorio en la medida que el sector laboral lo solicitara y facultativo si el empleador lo propusiera y el trabajador lo*

aceptara.

La ley reconoce el derecho de huelga de los trabajadores, el mismo que está sujeto a una regulación legal, una de cuyas reglas es que no se puede recurrir a la huelga si se optó por el Arbitraje y si habiéndose escogido esta, no tiene acogida ya no se puede recurrir al arbitraje sin aceptación del empleador.

El hecho de que la ley señale que cuando los trabajadores se encuentran en huelga para ir al arbitraje tienen que lograr la aceptación del empleador, no da pie para concluir de que cuando no se ha dado la huelga se puede imponer el arbitraje sin la necesidad del referido requisito. Se trata de dos situaciones distintas reguladas de diferente manera.

Iniciativas legislativas para implantar el arbitraje potestativo mediante norma de jerarquía legal:

Tal como lo afirmamos reiteradamente no existe un reconocimiento legal del llamado arbitraje potestativo. Lo que se trata es de legalizar y generalizar un pronunciamiento excepcional emitido por el Tribunal Constitucional para una situación concreta (caso de los trabajadores portuarios), a través de la expedición del D.S. 014-2011-TR. Para ello existen diversas acciones encaminadas a obtener tal fin. Ello con el evidente propósito de corregir la ilegalidad del dispositivo que se comenta.

El más reciente intento de establecer esta forma de arbitraje por la vía legal, que es la única procedente, es el Proyecto de Ley 1060-2011 que se encuentra en el Congreso de la República, a través del cual se pretende modificar el artículo 61° de la LRCT, proponiéndose para tal efecto la siguiente redacción:

“Si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, a requerimiento de los empleadores o del empleador, deberán las partes someter el diferendo a arbitraje, sin requerir la aceptación de la otra parte”

La redacción en mención es impecable para implantar el arbitraje potestativo y pone en evidencia sin duda alguna lo que sería la voluntad del legislador en caso de aprobarse el mencionado texto. Se advierte una gran diferencia con respecto a la redacción actual que es la que permite sostener que esta clase de arbitraje no fue contemplado por nuestro legislador.

Las notas más saltantes de esta propuesta legislativa son:

- a) Basta que no se llegue a un acuerdo en negociación directa o conciliación para que

cualquiera de las partes pueda imponerle a la otra el sometimiento de la controversia a arbitraje.

b) Si bien el empleador puede plantear el sometimiento del conflicto a arbitraje, el sector laboral no está obligado a ir a dicha forma de solución, si es que toma la decisión de ir a la huelga.

Esto podría producir un efecto contrario al que se pretende cuál es que el sector laboral, para evitar ser sometido al arbitraje, se vea obligado a ir a la huelga.

De otro lado es necesario tener en cuenta que el arbitraje le plantea al sector laboral algunos problemas difíciles de resolver en tanto que es costoso y además en muchos casos imprevisible porque nadie puede asegurar el criterio que adoptarán los árbitros que se designan para cada caso concreto, lo que impide la predictibilidad de las soluciones sometidas al arbitraje lo que a su vez es uno de los principales sustentos del sistema jurídico.

Por lo demás, la solución arbitral es una que genera conflictos futuros difíciles de resolver, ya que siendo la negociación periódica (por lo general anual), el laudo arbitral casi siempre siembra un espíritu de revanchismo o venganza en quién no se ve favorecido por el pronunciamiento.

En el caso de la calificación de la existencia de actos de mala fe, esto resulta todavía más marcado ya que sea que se produzca tal calificación dándosele la razón al sindicato o no dándosele, ello va a influir en las negociaciones futuras.

Proyecto de Ley General de Trabajo revisada por una Comisión de Expertos:

En el texto preparado por la referida Comisión se plantea también la existencia del arbitraje potestativo en los términos siguientes:

“Artículo 366°.- Sometimiento a Arbitraje

Cualquiera de las partes puede proponer el sometimiento del diferendo a arbitraje al término de la negociación directa o de la conciliación, sin perjuicio de recurrir, en forma alternativa o sucesiva, a otros medios pacíficos de solución. Si la propuesta es de los trabajadores, los representantes del empleador deben designar árbitro dentro de los diez (10) días hábiles siguientes. Igual deben hacerlo los representantes de los trabajadores cuando la propuesta es de los empleadores, salvo que aquellos opten, dentro del mismo plazo, por recurrir a la huelga.

Si ninguna de las partes actúa en los términos previstos en el párrafo anterior, cualquiera de ellas puede solicitar la intervención arbitral de la autoridad administrativa de trabajo que se sujetará a lo previsto en los artículos siguientes.

En el caso que los trabajadores hayan optado por la huelga, podrán proponer por escrito al empleador el sometimiento de la controversia a medios de solución pacíficos, o directamente al arbitraje. En caso de solicitar el arbitraje se requiere la aceptación escrita del empleador. Si el empleador no diera respuesta por escrito a la propuesta de los trabajadores sobre arbitraje, en el término del tercero día hábil de recibida aquélla, se tendrá por aceptada dicha propuesta.

En el caso que los trabajadores hayan optado por la huelga y ésta se prolongue excesivamente en el tiempo, comprometiendo gravemente a las partes o sector productivo o derive en actos de violencia o de cualquier forma asuma características graves por su magnitud o consecuencias, el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo podrá intervenir mediante Resolución Ministerial fundamentada, disponiendo la reanudación de las labores, sin perjuicio de promover el arreglo directo u otras formas de solución pacífica. De fracasar éstas, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo dispondrá el sometimiento del conflicto al arbitraje“.

Como se puede advertir se trata del mismo arbitraje que bajo la denominación de potestativo, en esencia es un arbitraje obligatorio a iniciativa de alguna de las partes, resultando sin embargo obligatorio para el empleador cuando el sector laboral lo pide, pero optativo para los trabajadores en la medida que decidan hacer uso de su derecho de huelga.

7.- Argumentos para implantar el Arbitraje Potestativo:

Quienes abogan por la existencia del arbitraje potestativo utilizan como uno de sus principales argumentos la posibilidad de que en la negociación se produzca un entrapamiento por negativa o actitudes del empleador de no plantear fórmulas de solución o actuar de mala fe para impulsar a los trabajadores a la huelga, lo que puede no ser viable cuando se trata de una organización sindical que no tiene mayor número de afiliados y que por lo tanto no es fuerte. Afirman que esto contraviene la lógica constitucional de que se fomenta la solución pacífica de los conflictos para lo cual pretenden facilitar y generalizar el arbitraje que de ser una solución excepcional y voluntaria pasa a ser el remedio general que contraviene su naturaleza voluntaria.

De acuerdo con lo expresado en los dos proyectos existentes nos encontramos ante una situación de privilegiar la solución heterónoma del conflicto, sustituyendo a la autónoma que puede ser fracasada en cualquier momento, -incluyendo la posibilidad

de hacerlo desde el inicio mismo de la negociación-

Ello es así porque ninguna de las propuestas de modificación legislativa contempla la posibilidad de ir al arbitraje potestativo como extremo o excepcional sino ordinario, situación que por lo menos considera el régimen actual que lo impone en algunas situaciones excepcionales.

8.- CONCLUSIONES:

1.- No existe dentro de nuestro ordenamiento legal, lo que se pretende reconocer como ARBITRAJE POTESTATIVO INCAUSADO. El reconocimiento de esta clase de arbitraje es contrario a lo señalado en Art. 61-A del Texto Único Ordenado de la LRCT que señala de manera terminante las causales que sustenta esta clase de arbitraje. En otras palabras, de acuerdo con la norma legal señalada el arbitraje potestativo necesariamente tiene que sustentarse en una de las causas señaladas en la ley.

2.- La LRCT se refiere fundamentalmente al arbitraje voluntario lo que concuerda con la naturaleza de esta institución. El arbitraje obligatorio es de naturaleza excepcional tal como lo ha reconocido la Organización Internacional de Trabajo a trabajos de diversos organismos técnicos. El arbitraje obligatorio es contrario a los convenios 87 y 98 como así lo ha declarado el mencionado organismo. En nuestra LRCT solamente existe referencia al arbitraje voluntario, siendo la mejor prueba de ello la exigencia de que las partes suscriban un acta de compromiso arbitral, lo que no se da en el caso del arbitraje voluntario y menos en el potestativo que por su carácter excepcional está sujeto a reglas especiales.

3.- Es cierto que la Constitución de la República dentro de sus declaraciones genéricas señala que fomenta la negociación colectiva en general. Ello no permite concluir que fomenta el arbitraje obligatorio impuesto por una de las partes a la otra (arbitraje potestativo sea causado o incausado) porque ello destruiría la naturaleza voluntaria de la negociación que se traduce principalmente en el esfuerzo que se desarrolla en la etapa de trato directo. El arbitraje potestativo no fomenta la negociación colectiva tal como se interpreta correctamente inclusive por parte de la OIT.

4.- El pronunciamiento del Tribunal Constitucional del que se pretende deducir el reconocimiento del arbitraje potestativo estaba referido a una controversia específicamente al nivel de negociación sin extenderlo a otros casos.