

ISSN 1909-5759



Fundación Universitaria

Los Libertadores



REVISTA

VIA IURIS

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y RELACIONES INTERNACIONALES
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO-JURÍDICAS



VIA IURIS	Bogotá Colombia	Número 17	Pp. 226	Julio Diciembre	2014	ISSN 1909-5759
-----------	--------------------	--------------	---------	--------------------	------	----------------

Potestative arbitration and
collective bargaining in
Peru. Critical analysis to
three years of their term

Arbitraje potestativo
y negociación
colectiva en el Perú.
Análisis crítico a tres
años de su vigencia*

Fecha de recepción: 15 de enero de 2014
Fecha de revisión: 26 de enero de 2014
Fecha de aceptación: 12 de febrero de 2014

Citar este artículo

Echaiz, S. V. (2014). Arbitraje potestativo y negociación colectiva en el Perú. Análisis crítico a tres años de su vigencia. *Revista Vía Iuris*, 2014 (Nº17), pp. 11-31.

*Sandra Violeta Echaiz Moreno ***

ABSTRACT

In this paper, the author develops a highly topical and controversial issue in the field of Labor Law in Peru: the potestative arbitration as a dispute resolution mechanism in collective bargaining; analysis done after three years of effective legislation. Among the main topics for discussion include: the elements and current regulation of potestative arbitration; and the problems and criticisms of this figure, basically around its unconstitutionality, illegality and practical application. Finally, analyzing the position of the International Labour Organization on this issue, it is posed the need for regulatory reform in terms of collective bargaining in Peru.

RESUMEN

En el presente artículo, el autor desarrolla un tema de suma actualidad y controversia en materia de Derecho Laboral en el Perú: el arbitraje potestativo como mecanismo de solución de conflictos en una negociación colectiva; análisis que se realiza a tres años de su vigencia normativa. Entre los principales temas de análisis destacan: los elementos y regulación actual del arbitraje potestativo; y la problemática y críticas en torno a esta figura, básicamente en torno a su inconstitucionalidad, ilegalidad y aplicación práctica. Finalmente, analizando la postura de la Organización Internacional del Trabajo sobre este tema, se plantea la necesidad de una reforma normativa en materia de negociaciones colectivas en el Perú.

* Artículo resultado de investigación del proyecto: Arbitraje potestativo y negociación colectiva en el Perú. Análisis crítico a tres años de su vigencia. Vinculado a la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (2013). Lima (Perú).

** Socia de Echaiz Abogados. Abogada summa cum laude por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios culminados en la Maestría en Derecho de Empresa de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Consultora en Gobierno Corporativo de pequeñas y medianas empresas familiares por la Cámara de Comercio de Lima. Catedrática de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Investigadora académica del Instituto Argentino de la Empresa Familiar. Autora de "Derecho y Empresas Familiares", coautora de dos obras colectivas internacionales y de 20 artículos en materia de derecho empresarial. Correo electrónico de contacto: sandra@echaiz.com

Palabras clave

Negociación colectiva, arbitraje potestativo, conflicto laboral, negociación voluntaria, inconstitucional, mala fe.

Keywords

Collective bargaining, potestative arbitration, labor dispute, voluntary negotiation, unconstitutional, bad faith.

Arbitragem potestativa e negociação coletiva no Peru. Análise crítica de três anos de sua vigência

Arbitraje potestativo y negociación colectiva en el Perú. Análisis crítico a tres años de su vigencia

Sandra Violeta Echaiz Moreno

RESUMO

Neste trabalho, o autor desenvolve um tema de actualidade e controvérsia no campo do direito do trabalho no Peru: a arbitragem potestativa como um mecanismo de resolução de litígios numa negociação coletiva; análise feita no terceiro ano de sua vigência. Entre os principais temas dessa análise são: os elementos e actual regulamento de arbitragem potestativa; e os problemas e críticas a esta figura, basicamente em torno de sua inconstitucionalidade, ilegalidade e aplicação prática. Finalmente, analisando a posição da Organização Internacional do Trabalho sobre esta questão, propõe a necessidade de reforma da regulamentação em termos de negociação coletiva no Peru.

Palavras-chave

Negociação coletiva, arbitragem potestativa, conflitos trabalhistas, negociação voluntária, inconstitucional, má fé.

RESUMEN

En el presente artículo, el autor desarrolla un tema de suma actualidad y controversia en materia de Derecho Laboral en el Perú: el arbitraje potestativo como mecanismo de solución de conflictos en una negociación colectiva; análisis que se realiza a tres años de su vigencia normativa. Entre los principales temas de análisis destacan: los elementos y regulación actual del arbitraje potestativo; y la problemática y críticas en torno a esta figura, básicamente en torno a su inconstitucionalidad, ilegalidad y aplicación práctica. Finalmente, analizando la postura de la Organización Internacional del Trabajo sobre este tema, se plantea la necesidad de una reforma normativa en materia de negociaciones colectivas en el Perú.

Palabras clave

Negociación colectiva, arbitraje potestativo, conflicto laboral, negociación voluntaria, inconstitucional, mala fe.

INTRODUCCIÓN

El Derecho Laboral es una ciencia social que siempre se ha preocupado por implantar nuevos mecanismos que promuevan el respeto de los derechos laborales (individuales y colectivos) dentro de una relación de trabajo, y todo lo que implique ser parte de esta. Siendo así, hace tres años se promulgó en nuestro país el Decreto Supremo N° 014-2011-TR (en adelante, la "Norma"), a través del cual se regulaba de manera innovadora, el arbitraje potestativo, como mecanismo de solución de conflictos laborales en el marco de la negociación colectiva.

Esta regulación se dio a propósito de la sentencia y resolución del Tribunal Constitucional del Expediente N° 03561-2009-PA-TC, mediante los cuales se hace alusión al arbitraje potestativo como mecanismo que permita determinar el nivel de negociación o resolver situaciones de manifiesta mala fe en la negociación colectiva. Se quiso entonces incorporar en nuestra legislación esta figura jurídica, con base al análisis previo realizado por el Tribunal Constitucional, para una materia específica del ámbito de la negociación colectiva.

Desde la dación de la Norma, se han procurado algunos intentos por reglamentar y hacer precisiones a la misma (normativa que comentaremos más adelante); sin embargo, son muchas las críticas que se siguen dando a esta figura, ya sea porque se cuestiona su constitucionalidad, su aplicación práctica u otros temas que desarrollaremos en este ensayo. Por ello, hoy, tres años después de la promulgación de la Norma, nos abocamos a realizar un análisis profundo de la misma, para poder finalmente, llegar a la conclusión si es que corresponde o no tener una figura como el arbitraje potestativo dentro de nuestra legislación actual; y de ser afirmativa la respuesta, si es que es correcta la regulación actual o corresponde realizar alguna modificación legislativa.

Para ello, hemos dividido el presente ensayo en tres partes: en primer lugar, desarrollaremos la negociación colectiva, los principios que la rigen, el marco protector de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Constitución y normas actuales, y los mecanismos de resolución de conflictos laborales; en segundo lugar, analizaremos el arbitraje potestativo, elementos y regulación; en tercer lugar, desarrollaremos la problemática y críticas en torno a esta figura, concluyendo con nuestra postura y propuestas de reforma a la normativa actual.

Sabemos que este es un tema polémico, y mucho más considerando que esta norma ha sido llevada ya a sede judicial con el propósito de declarar su inconstitucionalidad; asimismo, somos conscientes que existen posturas a favor y en contra de la misma (siendo las primeras, más pro trabajador, y las segundas, más pro empresa); y también sabemos que esta figura jurídica ya se está aplicando (a pesar que las empresas no lo acepten) en la práctica. Por ello, lo que pretendemos con este trabajo, es encontrar una solución imparcial a este tema tan cuestionado y debatido, y buscar que la misma sea acorde a nuestra normativa nacional e internacional. Si bien, hasta ahora no se ha conseguido un cambio en nuestra normatividad, nunca es tarde y demostraremos con el presente documento, que existen argumentos sustentados para considerar una modificación clave en este tema de negociación colectiva.

METODOLOGÍA

La metodología empleada ha sido fundamentalmente dogmática, habiendo recurrido a las fuentes doctrinarias más autorizadas en la materia, tanto del Derecho peruano como del Derecho extranjero. También se toma en consideración a la normatividad más representativa, efectuando un análisis exegético que permita la adecuada comprensión de las normas jurídicas abordadas. Lo anterior se complementa con las pertinentes referencias a la jurisprudencia y a la casuística peruanas que, mediante los casos, sirven para ilustrar el contenido del presente documento, permitiendo la correlación de la teoría y la práctica. Así pues la metodología es mixta, especialmente aplicativa y, por sobre todo, propositiva, de modo que, a partir de los saberes previos y la reflexión en torno a la realidad empresarial del fenómeno materia de análisis, se propone un nuevo abordaje conceptual de la institución jurídica del arbitraje potestativo en el Perú, que bien puede trasladarse a otros Derechos.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

La negociación colectiva

Definición

La negociación colectiva, es el instrumento a través del cual, trabajadores y empleadores de una empresa resuelven o intentan resolver sus conflictos laborales o temas que sean relevantes para el ejercicio adecuado de la relación laboral. Podría decirse que es un ámbito que procura acercar a dos contrapartes de la

relación laboral, a fin de poder buscar una solución a conflictos respecto de los cuales no llegan a un acuerdo. Como veremos más adelante, la negociación colectiva está protegida constitucional y legalmente; así como también ha sido regulado por la OIT en recomendaciones oficiales, algunas de las cuales han sido ratificadas debidamente por nuestro país.

Para la OIT (1981), la 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”¹ (Convenio 154 de la OIT, 1981, art. 2).

En relación al carácter de la negociación colectiva, Antonio Ojeda (2012), señala que la misma es un derecho, que consiste en la “libertad para regular las condiciones de trabajo mediante instrumentos colectivos que tengan preferencia en esta materia sobre la regulación pública y supremacía sobre la regulación individual” (p. 331). De igual manera, piensa Belleza (2009), al señalar que la negociación colectiva es un “derecho que tienen tanto los empleadores o sus organizaciones, como las organizaciones de los trabajadores, de poder discutir las relaciones laborales y las relaciones entre ellos, para que puedan ser plasmados en un convenio colectivo” (p. 29).

Sobre el particular, debemos precisar inicialmente que negociación colectiva es distinta a convenio colectivo; siendo que el primero es el procedimiento, a través del cual se puede llegar o no a un convenio colectivo (el producto), a razón de las negociaciones que hayan efectuado las partes. Serán diferentes los mecanismos que se emplearán para poder llegar a un acuerdo dentro de la negociación colectiva, y es precisamente el arbitraje potestativo, una de las “innovaciones” para poder llegar a estos acuerdos.

1 Ver: Artículo 2, del Convenio N° 154 de la OIT, sobre la negociación colectiva; el cual, si bien no ha sido ratificado por nuestro país, sienta la bases sobre el tema de la negociación colectiva.

En relación al contenido esencial de la negociación colectiva, compartimos lo señalado por la OIT y citado anteriormente, en tanto que permite un contenido abierto a los temas que podrían incluir una negociación, y es precisamente, el parámetro que ha adoptado nuestra *Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo*, en relación a lo que podría llegar a contener un convenio colectivo. Existe un tema realmente discutido al no estar de manera expresa en nuestras normas y que vale la pena plantear, y es si la negociación colectiva configura un derecho o un deber para las partes o si existe alguna distinción en relación a cada una de las partes de la relación laboral.

Debemos señalar en primer lugar, que nuestra Constitución menciona que el Estado reconoce el *derecho* a la negociación colectiva². No se señala si es un derecho de ambas partes o de una de ellas, solo hace un reconocimiento de la negociación colectiva como derecho protegido constitucionalmente. De igual manera, manifestó Ojeda (2012) al señalar que: “la negociación colectiva es un *derecho* con contenido específico; pero, tampoco él hace precisión a quien corresponde este derecho” (p. 31).

Desde otro enfoque, tenemos que el TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT) manifiesta que “sólo estarán obligadas a negociar colectivamente las empresas que hubieren cumplido por lo menos un (1) año de funcionamiento”³ (TUO, art. 41) a esta precisión obliga a desligamos de relacionar negociación colectiva solo a Derecho; en tanto que aquí se manifiesta como un *deber* para las empresas, y para ser precisos, para los empleadores. En el mismo sentido, manifiesta Boza (2013) que: “para la parte patronal de la relación laboral (...) no es libre o voluntaria la decisión de iniciar la negociación colectiva. En tanto dicho dispositivo [se refiere a la LRCT] les fija el deber de negociar, no tendrán legalmente la posibilidad de rechazar la pretensión de los trabajadores de negociar colectivamente” (p. 282).

Es cuestionable relacionar la negociación colectiva como deber, en tanto que la OIT (1949) ha precisado que la negociación colectiva debe tener carác-

2 Ver. Constitución Política del Perú
Artículo 28: El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático (...). (El resaltado es nuestro).

3 Ver: Artículo 41 (segundo párrafo) del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

ter voluntario⁴ para las partes; y el precisar que los empleadores tienen la *obligación* de negociar (no voluntariedad), contradeciría lo manifestado por la OIT. Sin embargo, años más tarde, el Comité de Libertad Sindical de la OIT precisa que:

928. El artículo 4 del Convenio núm. 98 no impone de manera alguna al Gobierno el deber de negociar colectivamente del mismo modo que tampoco resulta contrario a dicho artículo el obligar a los interlocutores sociales a entablar negociaciones sobre términos y condiciones de trabajo con miras a estimular y fomentar el desarrollo y la utilización de los mecanismos de la negociación colectiva de las condiciones de trabajo; sin embargo, las autoridades públicas deberían abstenerse de toda injerencia indebida en el proceso de negociación" (El subrayado es mío). (Convenio 98, art. 4 citado en OIT 2006, p. 128).

Ello demuestra que para la OIT, la regla general es la voluntariedad en la negociación colectiva; sin embargo, si se establece a alguna obligación para las partes a efectos de fomentar la negociación colectiva, no se vulneraría el Convenio N° 98 de la OIT; pero debe ser un tema excepcional y la idea sería que los Estados se abstengan de todo tipo de injerencias dentro de los procesos de negociación colectiva. Siendo así, diríamos que en nuestro esquema laboral peruano, la negociación colectiva significaría un derecho para los trabajadores, que tendría como contrapartida el deber de los empleadores de participar en la misma. Por lo tanto, la imposición del Estado hacia los empleadores para que negocien se encuentra dentro de los límites permisibles por la OIT; pero es importante precisar que no nos ampararemos de este precepto, para poder incluir otro tipo de obligaciones a las partes; en tanto que lo que debe primar es la voluntariedad.

Principios

La OIT, a través de diversos documentos internacionales de trabajo, ha plasmado (de manera dispersa) los principios que deben regir dentro de toda negociación colectiva. Es interesante para el desarrollo de este acápite, analizar los tres principios que rigen y sustentan la negociación colectiva, y que han sido recogidos por la Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente N° 03561-2009-PA/TC:

4 Ver: Artículo 4 del Convenio 98: Convenio sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva; el cual sí ha sido ratificado por nuestro país.

Negociación libre y voluntaria

Este es el paradigma de la negociación colectiva recogido el Convenio N° 98 de la OIT, que busca como señala la Sentencia, que los Estados no puedan ni deban imponer coercitivamente un sistema de negociaciones colectivas a una organización determinada, intervención que atentaría contra este principio, así como contra los derechos de libertad sindical y negociación colectiva. Sin embargo, ello no implica que los Estados tengan que abstenerse de adoptar medidas que promuevan la negociación colectiva. Por lo tanto, tenemos la negociación libre y voluntaria como regla general; pero la permisión de intervención del Estado solo de manera residual, a efectos de fomentar la negociación colectiva en situaciones en las cuales no sea promovida o no se generen los efectos deseados.

Esta sentencia es un buen referente al desarrollar este tema, que manifiesta a su vez que este principio, incluye dos derechos: a) libertad para negociar, que implica elegir entre acudir o no a negociar con la contraparte, y b) libertad para convenir, que implica ponerse o no de acuerdo con la negociación. Con lo cual, se deja un amplio espectro a las partes para poder tomar decisiones (sin presiones) en relación a lo que consideren conveniente; ya que, bien sea que se trate de acudir a negociar, o tomar un acuerdo dentro de la misma, se ampara dentro del ámbito de la libertad.

Libertad para decidir el nivel de negociación

Este principio viene relacionado al anterior; en tanto que negociar de manera libre, implica a su vez, poder decidir el nivel de negociación (sin restricciones). Según precisa el TUO de la LRCT, este es un aspecto que debe llegar a ser acordado de común acuerdo por las partes, y de no llegar a un acuerdo sobre el mismo, la negociación será a nivel de empresa.

Ahora bien, esta sentencia generó que para el caso particular en controversia (portuarios), se deje sin efectos lo estipulado en la LRCT y se precise que de no llegarse a un acuerdo en cuanto al nivel de la negociación, se determine vía arbitraje. Esto fue posteriormente precisado en la Norma, como uno de los supuestos que motivan irse a la vía del arbitraje potestativo. Con lo cual, la libertad para decidir el nivel de negociación, ahora quedará sujeta a la decisión de un árbitro; dejando de ser una libertad y pasando a ser una imposición por parte de un tercero.

Buena fe

Este principio también ha sido defendido por la OIT, en sendos informes y ha sido recogido por esta sentencia del TC. El Comité de Libertad Sindical de la OIT precisó lo siguiente en relación a este principio:

934. El Comité recuerda la importancia que concede a la obligación de negociar de buena fe para el mantenimiento de un desarrollo armonioso de las relaciones profesionales.

935. Es importante que tanto los empleadores como los sindicatos participen en las negociaciones de buena fe y que hagan todo lo posible por llegar a un acuerdo, y la celebración de negociaciones verdaderas y constructivas es necesaria para establecer y mantener una relación de confianza entre las partes.

939. Los acuerdos deben ser de cumplimiento obligatorio para las partes (El subrayado es nuestro) (OIT, 2006, pp. 199-200).

Por lo tanto, la buena fe es la base para la actuación de las partes dentro de un proceso de negociación colectiva, que promueve avocar todos los esfuerzos para poder llegar a un acuerdo o convenio colectivo. Asimismo, de llegar al mismo, la buena fe implica que éste sea de obligatorio cumplimiento para las partes. Nuestras normas hoy ya se han pronunciado sobre la buena fe en la negociación colectiva como obligación, y si bien ha sido a través de una resolución ministerial⁵, que no tiene carácter legal, ya es un avance sobre este tema.

Ojeda (2012), manifiesta que el Estatuto de Trabajadores de España (principal norma laboral de España), recoge la buena fe como obligación dentro del proceso de negociación colectiva. A su vez, él considera que la buena fe en el ámbito de la negociación, abarca tres esferas: 1) la negociación misma (no incluye la firma del convenio), 2) deber de informar a la contraparte durante la negociación, y 3) la prohibición durante la negociación colectiva (p. 397).

⁵ Ver: Resolución Ministerial N° 284-2011-TR, que emite normas complementarias a las disposiciones establecidas en el D.S. N° 014-2011-TR, sobre arbitraje potestativo, en materia de relaciones colectivas de trabajo.

Marco normativo

La negociación colectiva es un derecho que ha sido recogido por nuestra normativa nacional e internacional, en diferentes instrumentos. Haremos un breve repaso de los mismos, a efectos de saber el marco de protección que respalda este derecho:

Amparo de la OIT

La OIT ha emitido dos convenios que versan sobre el tema de negociación colectiva:

- Convenio N° 98, convenio sobre sindicación y negociación colectiva (el cual ha sido ratificado por nuestro país), y que recoge como principal medida el uso de procesos voluntarios dentro de la negociación colectiva (art. 4º).
- Convenio N°154, convenio sobre la negociación colectiva (que no ha sido ratificado por nuestro país), y que recoge como principal aspecto el desarrollo del ámbito y contenido esencial de la negociación colectiva (art. 2º), y sobre todo la precisión, que se permite el uso de la conciliación y arbitraje dentro de la negociación, siempre que haya sido asumido de manera voluntaria por las partes (art. 6º).

Asimismo, el Comité de Libertad Sindical de la OIT ha emitido recomendaciones e informes sobre la negociación colectiva, donde sienta los lineamientos sobre el contenido esencial de este derecho, así como los principios que deben regir a la misma. Es relevante que la Organización Internacional del Trabajo haya recogido este tema y aun más importante, que nuestro país haya ratificado al menos, uno de esos convenios, porque eso obliga a que los apliquemos y tengan rango constitucional. Los demás, servirán como parámetros o lineamientos bases que tendrán fuerza al momento de aplicación o sustentación, al haber sido emitidos por la OIT.

Amparo constitucional

A nivel constitucional, nuestra Constitución Política del Perú en su artículo 28, reconoce el derecho a la negociación colectiva, así como fomenta la misma y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. En relación a este tema, Boza (2013) manifiesta que:

(...) para el constituyente no era suficiente el simple reconocimiento de las instituciones en

cuestión, de ahí que haya precisado la necesidad de su fomento en un caso, y de su promoción en el otro, lo que dota de especial consideración al derecho de negociación colectiva y a los medios alternativos de solución de conflictos (p. 286).

Por lo que es importante el amparo constitucional que se da al derecho de negociación colectiva y al fomento del mismo dentro de las relaciones entre empleador y trabajador; y a su vez, a la promoción (no imposición) de formas de solución pacífica de conflictos laborales. Veamos que el papel del Estado entra como promotor de mecanismos para poder resolver conflictos, que quedarán a libre albedrío y voluntariedad de las partes.

Amparo legal

A nivel legal, el TUO y el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo desarrollan todo un capítulo sobre este tema, así como los mecanismos de resolución de conflictos laborales. En tanto que la regulación sobre este tema, específicamente del arbitraje potestativo ha estado sujeta a muchas críticas, desarrollaremos y analizaremos estos artículos en el acápite correspondiente.

Mecanismos de solución de conflictos laborales

Los conflictos de índole laboral o cuestionamientos en torno a aspectos relevantes entre la relación trabajador-empleador, son los que llevan a una negociación colectiva; a fin de poder llegar a un acuerdo respecto a estos temas, que plasmarán finalmente en un convenio colectivo. Ya mencionamos anteriormente que esta negociación es de carácter voluntario y se basa en el principio de la buena fe; por lo que las partes realizarán todos sus esfuerzos en aras de poder resolver sus conflictos y llegar a una solución salomónica o ventajosa para ambas partes.

Sin embargo, la práctica demuestra que poder entablar una negociación entre empleador y trabajador sobre aspectos vinculados a su relación y condiciones laborales, no es una tarea sencilla, y mucho menos lo es, poder llegar a un consenso en relación a estos temas. Por ello, surgen mecanismos pacíficos para poder resolver conflictos laborales (aspecto que es promovido, más no impuesto, por el Estado y se establece en la Constitución Política del Perú), y que también ha sido amparado por la OIT, señalando en todo momento la voluntariedad de las partes al someterse a los mismos. Vemos que

el Estado otorga un plus de tutela en relación a la negociación colectiva, promoviendo la búsqueda de soluciones ante los conflictos a través de mecanismos brindados; sin embargo, ya quedará en decisión y voluntad de las partes, solucionar (de buena fe) sus conflictos, en relación a dichos instrumentos brindados.

De la revisión del TUO y Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, tenemos que las formas de solucionar un proceso de negociación colectiva son las siguientes (no son excluyentes, sino que normalmente de no lograrse un acuerdo con una de estas formas, se puede optar por la siguiente):

- a. *Trato directo*: se da luego de presentado el pliego de reclamos por parte de los trabajadores, pudiendo darse las reuniones dentro o fuera de la jornada laboral. Son las negociaciones más simples entre trabajadores y empleadores, que llegan a su fin de darse uno de los siguientes escenarios: llegaron a un acuerdo y se procede a la firma de un convenio colectivo, o no llegaron a un acuerdo.
- b. *Conciliación*: de no llegar a un acuerdo a través del trato directo, se podrá adoptar esta vía (a solicitud de parte, o de oficio, porque lo decida la Autoridad de Trabajo). El conciliador podrá ser público o privado, y buscará acercar a las partes, a efectos que puedan llegar a un acuerdo. Esta etapa llega a su fin por dos causas: el conciliador logró que las partes tomen un acuerdo, o si las partes no lograron un acuerdo respecto al pliego de la negociación colectiva.
- c. *Mediación*: esta vía es una continuación de la conciliación (activa, no concluida), donde las partes deciden que el conciliador se comporte como mediador; es decir, que presente uno o más propuestas de solución a las partes, las cuales podrán ser aceptadas o rechazadas por las mismas. Si son aceptadas, se firma un convenio colectivo; pero de no ser así, se pueden ir a la siguiente vía.
- d. *Arbitraje*: de no llegarse a un acuerdo dentro del marco de la negociación colectiva, por la vía del trato directo o por la conciliación (o mediación, de ser el caso); las partes podrán optar por someterse a un arbitraje, o por ir a huelga. El arbitraje a nivel de negociaciones colectivas será un arbitraje de equidad, donde se dejará la decisión del diferendo a un tercero (privado) que podrá ser unipersonal o colegiado, según lo decidan las partes en el compromiso arbitral inicial.

La particularidad de este arbitraje es que el laudo recogerá en su integridad la propuesta final de una de las partes; sin embargo, por su naturaleza de fallo de equidad, se precisa que podrá atenuar posiciones extremas de una de ellas. El laudo es inapelable y tiene carácter imperativo para las partes.

El arbitraje en la negociación colectiva

El arbitraje ha sido visto como el mecanismo determinante que permita la solución de conflictos en materia de negociación colectiva, donde se deja al albedrío de un tercero imparcial, la resolución del conflicto. Esta alternativa es parte de la promoción del Estado Peruano por proponer mecanismos que logren acercar a las partes a fin que puedan resolver sus conflictos laborales. Ahora bien, nuestra doctrina (Boza 2013, p. 303; Morales 2008, p. 132) hace referencia a tres clases de arbitrajes en materia de negociación colectiva:

- Voluntario: Las partes deciden, de común acuerdo, someter la controversia a un tercero designado por ellas mismas.
- Obligatorio: Impuesto a las partes por el Estado, debiendo aquellas acudir necesariamente a un tercero para la resolución de un conflicto.
- Potestativo: Una disposición faculta a una de las partes la posibilidad de someter el conflicto a un tercero, quedando la otra parte obligada a dicho sometimiento.

¿Cuál de estas clases de arbitraje están recogidos en nuestra legislación actual? Existe una regulación a nivel del TUO y Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo sobre este tema; sin embargo, no se colocan etiquetas (en general) y no se hace referencia a cuál tipo de arbitraje nos estamos refiriendo y he ahí la crítica. Hasta antes del 2011, la principal regulación en cuanto a arbitraje laboral era la que exponemos a continuación; sin considerar la regulación "innovadora" del arbitraje potestativo establecido en una modificación del Reglamento de nuestra Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, que desarrollaremos en el siguiente acápite:

TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo

Artículo 61. Si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, podrán las partes someter el diferendo a arbitraje.

Artículo 63. Durante el desarrollo de la huelga los trabajadores podrán asimismo proponer el sometimiento del diferendo a arbitraje, en cuyo caso se requerirá de la aceptación del empleador. (TUO, arts. 61 y 63).

Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo

Artículo 46. Al término de la negociación directa o de la conciliación de ser el caso, según el artículo 61 de la Ley, cualquiera de las partes podrá someter el diferendo a arbitraje, salvo que los trabajadores opten por ejercer alternativamente el derecho de huelga, de conformidad con el artículo 62 de la Ley (...).

Artículo 47. En el caso contemplado por el artículo 63 de la Ley, los trabajadores o sus representantes podrán proponer por escrito al empleador el sometimiento de diferendo a arbitraje, requiriéndose la aceptación de éste (...).

Artículo 49. La decisión de someter la controversia a arbitraje constará en un acta denominada "compromiso arbitral" (...).

Queremos empezar citando a Juan Carlos Cortés (1994) quien manifiesta que "existe entre laboristas un cierto consenso en la falta de precisión del artículo 61 de la LRCT" (p. 96). Así pues, Pedro Morales (2008, p. 139) ha recogido las diferentes posturas que hay en relación a este artículo⁶, teniendo por un lado a quienes manifiestan que el arbitraje regulado es el voluntario y se acoge así a la postura de la OIT (tales como los doctores Jaime Zavala y Fernando Elías Mantero); y por otro lado, a los que manifiestan que por el contrario, lo que se desarrolla es un arbitraje potestativo (como los doctores Juan Carlos Cortés o el mismo Pedro Morales Corrales).

⁶ El doctor Pedro Morales nos muestra de manera interesante, el criterio del Ministerio de Trabajo, hasta antes de la dación de la Norma, precisando que pasó por dos momentos: inicialmente, referían que este tipo de arbitraje era netamente potestativo (ejemplo, Expediente N° 1806-92-3DVNEC). Sin embargo, nos comenta que dicho criterio fue modificado por la Resolución del Expediente N° 414-94, donde se acoge al arbitraje voluntario, y donde se precisa que la parte empresarial no está obligada a someter el diferendo a arbitraje, y por lo tanto, a suscribir un acta de compromiso arbitral. Y posteriormente nos manifiesta que hasta el 2008, éste es el criterio que viene empleando el Ministerio de Trabajo: artículo 61 es un arbitraje voluntario.

Nos queda claro que nuestra legislación actual no regula el arbitraje obligatorio⁷. Ahora bien, somos de la postura (y consideramos que es claro) que el artículo 63 del TUO desarrolla el arbitraje voluntario, en tanto que se hace referencia expresa a que se requiere la aceptación del empleador. ¿Y qué sucede con el supuesto del artículo 61?⁸ Antes de responder esta pregunta, traemos a colación lo mencionado líneas atrás respecto a que la OIT promueve la voluntariedad en la negociación colectiva y la mínima injerencia del Estado a este nivel; suponiendo que nuestro Estado promulga normas acordes a los tratados que ha ratificado, diríamos que también promueve la voluntariedad en el arbitraje (y no comulga con el arbitraje potestativo).

Adicionalmente, cuando se menciona “podrán las partes someter el diferendo a arbitraje”, consideramos que se refiere a que lo puedan hacer en forma conjunta, o de ser individual, si requieren el consentimiento de la otra parte (así no se mencione de manera expresa); ya que si nos remitimos al artículo 49 del Reglamento antes citado, encontramos que el sometimiento a arbitraje en materia de negociación colectiva, siempre parte de la firma de un compromiso arbitral (y no se hace ninguna excepción en cuanto a la regulación de arbitraje potestativo). Finalmente, consideramos que pensar que el artículo 61 es arbitraje potestativo, es decir, impositivo a una de las partes, es algo que merece decirse de manera expresa en la referida ley; ya que a nivel interpretativo, si una norma no es clara, no se puede interpretar de manera restrictiva, perjudicando a una de ellas, sino que debería buscarse la condición más beneficiosa para ambas, que sería ampararnos por el arbitraje voluntario.

Por lo tanto, somos de la idea que a nivel de nuestra legislación actual, solo se ha regulado el arbitraje voluntario en materia de negociación colectiva, en dos

supuestos: 1) cuando no se llegue a un acuerdo en trato directo o conciliación, o 2) cuando de hacerse ido a huelga, los trabajadores decidan someter el diferendo a arbitraje; requiriendo en ambos casos el consentimiento de la otra parte para iniciar el arbitraje. En cuanto al arbitraje potestativo, nueva figura jurídica, regulada a través del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, consideramos que excede (y no precisa) lo regulado en la Ley y detallaremos los motivos en adelante.

Sabemos que en el 2011, se promulgó la Norma (que modifica el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo) que establece el arbitraje potestativo, para determinados supuestos dentro de la negociación colectiva. Debemos de tener en cuenta que a nivel legislativo, si tenemos una ley y un reglamento, este último busca desarrollar y/o precisar los aspectos regulados en la primera, pero no busca regular una situación nueva o un vacío no previsto en la legislación. Si la intención es esa, se debería modificar la ley e incorporar una nueva figura jurídica, pero consideramos que no se hace a través del reglamento. Eso es todo lo que diremos inicialmente en relación al arbitraje potestativo, ya que lo desarrollaremos en el siguiente acápite.

El arbitraje potestativo

Antecedentes

El arbitraje potestativo surge en nuestro país, a nivel legislativo, recién en el año 2011; con la promulgación de la Norma que incorpora este tipo de arbitraje y modifica el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Es decir, se incorpora de manera expresa en este Reglamento, la posibilidad de acudir a la vía del arbitraje potestativo en los supuestos específicos establecidos en la Norma. Ahora bien, ya anteriormente analizamos que la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, solo hace referencia al arbitraje voluntario, y el Reglamento, precisa y/o desarrolla algunas características en relación a este tema; por lo que si se pretendía incorporar una nueva figura jurídica o tipo de arbitraje en materia de negociación colectiva, debió insertarse en la Ley y no en el Reglamento, como se hizo efectivamente.

Esta regulación no se da a propósito de alguna iniciativa legislativa, sino que surge a raíz del recurso de agravio constitucional interpuesto por el Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao, contra la Asociación Peruana

7 El arbitraje obligatorio fue regulado en el artículo 67 de nuestra Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (el cual fue posteriormente derogado). En relación a este tipo de arbitraje, Jorge Acevedo (2009, p. 56) manifestó que según la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, sólo se podía acudir a arbitraje obligatorio cuando: (i) las partes lo acuerden, (ii) en caso de conflictos en la función pública que involucren servidores públicos, y (iii) servicios esenciales en sentido estricto. A modo de ejemplo, podemos precisar que este arbitraje es empleado en Colombia (Cerón 2007, p. 156) y España (Vega 1997, p. 137), de manera excepcional, solo en caso de servicios públicos esenciales; para así no contravenir la voluntariedad que promueve la OIT en la negociación colectiva.

8 Nuestra intención es colocar una postura personal; sin acogernos a lo referido en la Sentencia y Resolución del Tribunal Constitucional del Expediente N° 03561-2009-PA/TC; que luego de un corto análisis, concluyen que el arbitraje de artículo 61 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, es el potestativo.

de Operadores Portuarios, la Asociación Peruana de Agentes Marítimos y la Asociación Marítima del Perú (Expediente N° 03561-2009-PA/TC) que genera toda una discusión en cuanto a la inaplicabilidad del artículo 45 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. La sentencia concluye finalmente que a falta de acuerdo en cuanto al nivel de negociación colectiva, este se determinará mediante arbitraje. A los diez meses de la dación de la sentencia, el Tribunal Constitucional emite una resolución, que pretende aclarar la naturaleza del arbitraje llamado a determinar el nivel de negociación ante la ausencia de acuerdo entre las partes. La Resolución finalmente concluye que “el arbitraje a través del cual deberá decidirse el nivel de la negociación, es aquel al que hace alusión el artículo 61 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, el cual es de carácter potestativo. En tal sentido, sometido el diferendo a arbitraje por cualquiera de las partes, la otra tiene el deber de someterse a ésta”.

Por lo tanto, para el Tribunal Constitucional la naturaleza del arbitraje que se desarrolla en el artículo 61 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (y al cual nosotros le dimos la connotación de arbitraje voluntario) es potestativo y esa será la aplicabilidad que le dará al caso interpuesto por el Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao. Vemos que la sentencia del presente caso, no ha sido determinada como precedente vinculante, por lo que sólo se aplicará al caso en concreto; sin embargo, fue un antecedente para que a nivel ejecutivo consideren pertinente incorporar dicho supuesto en nuestras normas. El Ejecutivo señala de manera expresa que con la Norma, busca precisar el alcance del arbitraje potestativo regulado en el artículo 61 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo; por lo que el Ejecutivo también comparte la idea de asociar el arbitraje regulado en el artículo 61, con el arbitraje potestativo en materia de negociaciones colectivas.

Definición y finalidad

Véase que el Decreto Supremo N° 014-2011-TR que modifica el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, incorporando el artículo 61-A⁹ re-

9 Ver: Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo Artículo 61-A.- Arbitraje potestativo
Las partes tienen la facultad de interponer el arbitraje potestativo en los siguientes supuestos:
Las partes no se ponen de acuerdo en la primera negociación, en el nivel o su contenido; y,
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.

ferido a arbitraje potestativo, no define a esta figura; sólo señala los supuestos y características de este arbitraje. Quien sí lo define es la Resolución Ministerial N° 076-2012-TR, la cual en su acápite 5.1 de definiciones, señala que el arbitraje potestativo:

Es llamado también unilateral o voluntario vinculante. Se conoce así al mecanismo extrajudicial mediante el que, en función de una prerrogativa normativa –inspirada en la jurisprudencia constitucional–, las partes se encuentran facultadas para someter la solución del conflicto a la decisión de un tercero, ajeno a ellas, con competencia para resolverlo a través de un laudo o fallo arbitral, quedando la otra parte obligada a dicho sometimiento y decisión (Resolución Ministerial N° 076-2012-TR, 2012).

Por lo tanto, el arbitraje potestativo será de tipo unilateral, donde cualquiera de las partes del conflicto (siempre y cuando estén dentro de los supuestos de la norma) podrá obligar a la contraparte a someterse a arbitraje, así como al laudo que se emita producto de esta vía de resolución de conflictos. Este arbitraje tiene la particularidad que no requiere la suscripción de un convenio arbitral, lo cual lo hace eminentemente potestativo al no acordarse de manera consensuada, el no someterse a esta vía.

Entendemos que lo que se pretende con el arbitraje potestativo es impedir que cualquier de las partes del conflicto (y sobre todo los empresarios) se nie-

Ocurridos los supuestos referidos, 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 la suscripción de un convenio arbitral.

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 sustentadas, que tuvieran respecto del proyecto de fórmula fina 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.

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

guen o pongan trabas de mala fe en la negociación colectiva, que impidan llegar a un acuerdo; a nuestro parecer, es un arbitraje que tutela netamente a los trabajadores. En cuanto a la mala fe, aceptamos que ésta no puede estar presente dentro de un proceso de negociación colectiva, por lo que de presentarse una actitud de este tipo debería sancionarse de alguna manera. Sin embargo, la imposición de arbitraje a las partes en otros supuestos, consideramos que contraviene y vulnera la libre negociación colectiva prodigada a la OIT, basada en el paradigma de la voluntariedad. Y a pesar que la OIT haya permitido supuestos excepcionales donde se pueda imponer el arbitraje, consideramos que no son los supuestos que señalaremos a continuación y por los que uno está validado para poder acudir a esa vía.

Supuestos

La Norma señala que las partes podrán interponer arbitraje potestativo siempre que se encuentren bajo alguno de los siguientes supuestos:

- a. Las partes no se ponen de acuerdo en la primera negociación, en el nivel o su contenido; y,
- b. Cuando durante la negociación del pliego se adviertan actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo.

Para empezar, ¿qué debemos entender por primera negociación? ¿Se refiere solo a la negociación de trato directo que implica no acudir aun a vías de resolución de conflictos?, o a la negociación que incluye haber pasado por el proceso de conciliación (y mediación, de ser el caso). La Norma no es clara.

Ahora bien, en cuanto a la falta de acuerdo sobre el nivel de la negociación, es decir, si será una negociación a nivel de rama de actividad, de empresa o de gremio; la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo en su artículo 45 ya tiene una regulación sobre este tema, señalando que a falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa. Sin embargo, la Norma dice que a falta de acuerdo sobre el nivel de la negociación, ello se decidirá mediante arbitraje potestativo; lo cual refleja un contrasentido porque para empezar, el artículo 45 (antes referido) aún continúa vigente, y en segundo lugar, lo pactado en el artículo 61-A del Reglamento en cuanto a este tema, ha sido a través de un Reglamento, y queda claro que un Reglamento no puede contravenir la Ley.

Por otra parte, sobre que las partes no se pongan de acuerdo en la primera negociación en cuanto a su contenido, asumimos que se refiere al proyecto de convención colectiva o al acuerdo que deban llegar las partes. Esta disposición generaría que todas las negociaciones terminen en arbitraje, ya que es un supuesto muy abierto y amplio que generaría que ante cualquier falta de acuerdo sobre el contenido de la negociación, inmediatamente se podrá ir a arbitraje potestativo. Imaginemos la siguiente situación: el sindicato pide A, B y C en su pliego de reclamos, y la empresa solo está dispuesta a dar A, el sindicato reclama y no está de acuerdo, y como no llegan a un consenso en cuanto al contenido de la negociación, el sindicato podría imponerse a través de la vía de un arbitraje potestativo y la empresa tendría que someterse a esa situación. El ejemplo planteado es una situación común que se da en las negociaciones y por ello mencionamos que el supuesto explicado es muy amplio, y rompe totalmente el principio de la voluntariedad promovido por la OIT.

En cuanto al segundo supuesto de poder acudir al arbitraje potestativo cuando se compruebe actos de mala fe en la negociación colectiva que dilaten, entorpezcan o eviten el logro de un acuerdo, consideramos que es un supuesto muy subjetivo y mucho más considerando que este arbitraje es un arbitraje de equidad. La Norma en cuanto a este aspecto, ha sido complementada por la Resolución Ministerial N° 284-2011-TR que establece una lista no taxativa de actos de mala fe que se podrían presentar en una negociación colectiva. La valoración de este supuesto será realizada por el Tribunal Arbitral basándose en criterios de razonabilidad y proporcionalidad, lo cual aunado a que la lista no es taxativa; demuestra un panorama de subjetividad amplio por parte de quien valore estos hechos, y a su vez refleja que cualquier sindicato se podría basar en supuestos actos de mala fe establecidos (o no) en esta Resolución Ministerial, y así obligar a la otra parte a acudir al arbitraje potestativo.

Al respecto y en sentido contrario a nuestra opinión antes precisada, el doctor Javier Neves (2012) considera que la Norma "ha recortado las posibilidades de arbitraje potestativo al establecer causales para su procedencia y restringirlas solo a dos" (p. 435). Opinión de la cual discrepamos totalmente, ya que el doctor Neves busca una mayor amplitud para la aplicabilidad del arbitraje potestativo; mientras que nosotros postulamos la limitación o quizás, hasta la eliminación, de esta figura jurídica ya que seguimos

con la posición que vulnera la libertad dentro de la negociación colectiva. Nuestra postura final sobre este tema, la expondremos al final de este ensayo.

Regulación

A partir de la dación de la Norma en el año 2011, se han hecho diversos intentos por regular aspectos vinculados al cabal desarrollo del arbitraje potestativo; sin embargo, también se han dado algunas críticas sobre esta reglamentación, las cuales pasaremos a comentar a continuación. Podríamos decir que la regulación actual para poder llevar a cabo un arbitraje potestativo consiste en las siguientes normas (las vamos a explicar conforme se fueron dando en orden cronológico):

Decreto Supremo N° 014-2011-TR. Modifican el D.S. N° 011-92-TR y crean el Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas

A través de esta norma, se modifica el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y se incorpora el artículo 61-A referido al arbitraje potestativo. Asimismo, se crea el Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas, cuyos requisitos específicos se menciona que serán establecidos mediante Resolución Ministerial.

Al respecto ya hemos manifestado en líneas anteriores, que no estamos de acuerdo que se regule una nueva modalidad de arbitraje en negociaciones colectivas a través de un Reglamento, cuando lo correcto debió ser que se incorpore en la Ley. Así algunos doctrinarios manifiesten que el arbitraje potestativo ya existía en la Ley de manera tácita, nosotros no compartimos esa postura; pues a nuestro parecer, la Ley sólo desarrollaba la figura del arbitraje voluntario.

En cuanto a que los requisitos para ser parte del Registro de Árbitros se establecerán por Resolución Ministerial, Henostroza (2012, p. 15) precisa que el referido Decreto Supremo infringe el artículo 36.1 de la Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General¹⁰. Asimismo, precisa que por Resolución Ministerial solo corresponde la eliminación de procedimientos o simplificación de los

¹⁰ Ver: Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General.

Artículo 36.- Legalidad del procedimiento

36.1 Los procedimientos, requisitos y costos administrativos se establecen exclusivamente mediante decreto supremo o norma de mayor jerarquía, norma de la más alta autoridad regional, de Ordenanza Municipal o de la decisión del titular de las entidades

mismos, pero ello no es lo que se pretende con la norma. Por ello, propone que el Decreto Supremo mencionado se adecúe a la Ley N° 27444, ya que los requisitos de procedimientos administrativos, sólo pueden ser fijados a través de un Decreto Supremo o una norma de rango superior.

Resolución Ministerial N° 284-2011-TR. Emiten normas complementarias a las disposiciones establecidas en el D.S. N° 014-2011-TR, sobre arbitraje en materia de relaciones colectivas de trabajo

A través de esta resolución, el Ministerio de Trabajo elabora una lista de doce actos considerados como mala fe dentro de un proceso de negociación colectiva; sin embargo, esta lista no es taxativa (es una lista abierta). Se establece además, que la valoración de los supuestos, quedará a discreción del Tribunal Arbitral, según criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Al respecto, volvemos a manifestar nuestra disconformidad ya que la valoración por parte del Tribunal Arbitral de equidad será muy subjetiva, con una lista abierta de supuestos posibles de mala fe negocial, y facilitará mucho a que los sindicatos se apoyen en esta vía para poder ir al arbitraje potestativo. Entiéndase que es bastante sencillo que el sindicato alegue mala fe, y si el Tribunal Arbitral está de acuerdo, la empresa tendrá que someterse a la negociación colectiva por esta vía.

Resolución Ministerial N° 331-2011-TR. Establecen requisitos para la inscripción en el Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas

Si bien esta norma no refiere de manera expresa al arbitraje potestativo, establece los requisitos que deben cumplir los árbitros que en muchos casos, decidirán los diferendos de los arbitrajes potestativos.

Al respecto, solo haremos precisión a la postura (que compartimos) citada líneas atrás de Daniel Henostroza

autónomas conforme a la Constitución, según su naturaleza. Dichos procedimientos deben ser compendiados y sistematizados en el Texto Único de Procedimientos Administrativos, aprobados para cada entidad.
(...)

36.3 Las disposiciones concernientes a la eliminación de procedimientos o requisitos o a la simplificación de los mismos, podrán aprobarse por Resolución Ministerial, Norma Regional de rango equivalente o Decreto de Alcaldía, según se trate de entidades dependientes del Gobierno Central, Gobiernos Regionales o Locales, respectivamente.

za, quien precisa que los requisitos de procedimientos de carácter administrativo sólo deben ser establecidos a través de Decreto Supremo o norma de rango superior, pero no a través de una Resolución Ministerial. Hasta la fecha, no se ha hecho ninguna corrección normativa al respecto.

Resolución Ministerial N° 076-2012-TR-Directiva General "Lineamientos para la intervención administrativa en conflictos laborales colectivos: los llamados "extraproceso", la preferencia por el arbitraje potestativo y la intervención resolutoria como facultad excepcional"

A través de esta directiva, se procuran establecer criterios generales y uniformes en relación a diferentes temas en materia de negociación colectiva (entre ellos, el arbitraje potestativo) a fin que sean aplicados debidamente por las instancias nacionales y regionales de trabajo. Uno de esos criterios es establecer el marco general del arbitraje potestativo y se contextualiza las razones por las que se reguló el artículo 61-A en el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Lo que sí nos parece oportuno de esta directiva, es la definición oficial que desarrolla sobre arbitraje potestativo.

Resolución Viceministerial N° 004-2012-TR-DVMT - 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"

Se busca regular aspectos vinculados a la publicidad de laudos en materia de negociación colectiva y establece específicamente el procedimiento para la remisión de los laudos expedidos en arbitrajes potestativos a la Autoridad de Trabajo, quien lo remitirá a la Dirección General de Trabajo.

Problemática sobre la regulación del arbitraje potestativo

Ya hemos desarrollado a lo largo del presente ensayo, diversas críticas personales, así como hemos recogido críticas doctrinales en torno a la figura y regulación del arbitraje potestativo; por lo que en este acápite nos centraremos en tres aspectos: 1) la acción popular interpuesta por la Sociedad Nacional de Industrias y el análisis de la sentencia, 2) la postura y críticas de la OIT en torno a la regulación del arbitraje potesta-

tivo, y 3) un recuento de algunas posturas de juristas que reflejan cómo se está dando la realidad en torno a la aplicación del arbitraje potestativo.

Postura de la Sociedad Nacional de Industrias

La Sociedad Nacional de Industrias (en adelante, la "SNI") es una asociación empresarial que representa a la actividad industrial en general, buscando la defensa y no afectación de sus derechos, así como el desarrollo libre de su actividad empresarial. Ante la aparición del arbitraje potestativo y viendo cómo esta figura jurídica terminaba afectando netamente a los empresarios (era una figura sólo pro trabajador y no contenía la mística de la negociación colectiva que supone libre negociación para las partes), es que surge una preocupación por parte del gremio e inician el proceso que explicamos a continuación.

Para la SNI (Conexión Esan 2012 y Sociedad Nacional de Industrias 2013, p.13) este arbitraje genera una pérdida de competitividad de las empresas, las cuales por esta modalidad están enfrentando costos imposibles de asumir. Asimismo, también critica que ante falta de acuerdo, el Ministerio de Trabajo sea quien elija al Presidente del Tribunal Arbitral, significando ello que el empleador pierda, pues tendría dos posiciones en contra (la del árbitro de contraparte y la del presidente). Por ello, la SNI señala que esta figura es perversa, pues en la mayoría de casos será la empresa la afectada.

Ante la situación inminente de afectación y con argumentos sustentados para poder criticar el arbitraje potestativo, es que la SNI interpone demanda de acción popular en contra del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo-MINTRA (Expediente N° 00062-2012-0-1801-SP-LA-01), a efectos que en aplicación del artículo 81 del Código Procesal Constitucional, se declare la nulidad y la inconstitucionalidad del artículo 61-A del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, con efecto retroactivo al momento de su publicación. Posteriormente, se incorporaron en calidad de terceros coadyuvantes al MINTRA, la Federación de Trabajadores del Sector Comunicaciones del Perú y el Sindicato de Empleados de Shougang Hierro Perú S.A. La SNI sustenta su demanda básicamente en los siguientes argumentos:

- a. Los reglamentos se encuentran limitados al contenido de la ley; por lo que el artículo 61-A del Reglamento de Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, resulta contrario a la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

b. La Constitución Política del Perú establece en su cuarta disposición final que la interpretación de los derechos se hace conforme a los tratados internacionales ratificados por nuestro país; siendo uno de ellos el Convenio N° 98 de la OIT, que propone la voluntariedad en la negociación colectiva. Por lo tanto, consideran que este arbitraje contravendría la Constitución.

Con fecha 1 de julio de 2013, la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima (con 3 votos a favor y 2 votos en discordia) sentenció sobre este caso, concluyendo declarar infundada la demanda de acción popular interpuesta por la SNI contra el MINTRA; sentencia con la cual discrepamos totalmente y para ello solo recogeremos algunos considerandos de la misma, con nuestra posterior crítica. Vemos además que la sentencia no se obtuvo con consenso unánime de la Corte, ya que obtuvo 3 de 5 votos, lo cual demuestra que el tema aún podría ser reabierto y sujetarse nuevamente al escrutinio de nuestro Poder Judicial.

Considerando 13

Que en efecto, la parte demandante considera que la LRCT únicamente regula el arbitraje voluntario, y que el arbitraje potestativo recién ha sido incluido a través del artículo 1º del Decreto Supremo N° 014-2011-TR; sobre el particular, no compartimos con dicha posición, puesto que consideramos que en la LRCT se encuentra regulado hasta tres clases de arbitraje: arbitraje voluntario (artículo 63 de la Ley [...]); arbitraje potestativo (artículo 61 de la Ley [...]) y arbitraje obligatorio (artículo 68 de la Ley [...]).

Crítica

Estamos en desacuerdo con el considerando planteado, ya que el artículo 61 de la LRCT no hace referencia al arbitraje potestativo, sino que por la manera cómo se plantea, podríamos entender que se trata de un arbitraje voluntario (por las razones que ya hemos explicado líneas atrás). Si se quiso que el artículo 61 de la LRCT trate sobre el arbitraje potestativo e imponga obligaciones a las partes, específicamente de tener que someterse al arbitraje (sin emitir objeción en contrario y sin tener que suscribir el compromiso arbitral), debió de colocarse de manera expresa. Algunos podrían querer aplicar una analogía jurídica al presente caso, pero recordemos lo que señala el artículo IV de nuestro Código Civil (y que podríamos tomar como referente como principio del Derecho): “la

ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía”; por lo que toda norma que imponga obligaciones lo tiene que decir de manera expresa, y no de manera tácita como se quiere hacer en este caso, con lo cual se estaría dando una interpretación extensiva a la norma, perjudicando al sector empresario.

Considerando 17

Que, por otro lado, el hecho que de acuerdo a lo señalado por el artículo 49 del Decreto Supremo N° 011-92-TR prescriba que la decisión de someter la controversia a arbitraje constará en un acta denominada “compromiso arbitral”, no lo convierte al arbitraje previsto en el artículo 61 de la Ley en un arbitraje voluntario, puesto que, justamente es en este acto donde se puede advertir la voluntad de las partes de arribar a un acuerdo; es decir, frente a la opción que cualquiera de las partes hubiere sometido al diferendo al arbitraje, corresponde a la otra parte aceptar dicha postura y suscribir el acta de compromiso arbitral, puesto que lo contrario significaría actuar de mala fe, salvo que los trabajadores hubieren optado alternativamente por la huelga; en este sentido, la suscripción del compromiso arbitral se ajusta tanto al arbitraje voluntario como potestativo, con la diferencia que en este caso, proviene de una fuente autónoma, a diferencia del arbitraje previsto por el Decreto Supremo impugnado que proviene de fuente heterónoma.

Crítica

Nos parece realmente sorprendente que los jueces que votaron a favor de esta sentencia, hayan podido emitir una opinión como la que acabamos de recoger; en tanto que se contraponen a la legislación actual y a la finalidad de las mismas; adicionalmente criticamos, la falta de claridad en la redacción de la sentencia. ¿Cómo es posible que los jueces señalen que ante la propuesta de alguna de las partes de someter el diferendo a arbitraje, la otra necesariamente debe aceptar dicha postura y suscribir el compromiso arbitral, pues de lo contrario sería mala fe? ¿Dónde quedó el principio a la libre negociación colectiva y a la voluntariedad que promueve la OIT? ¿Es que acaso nuestros jueces quieren imponer principios especiales para la interpretación del Derecho Laboral? Es lamentable que nuestros jueces quieran dar una interpretación distinta a un hecho importante dentro de la relación laboral como es la negociación colectiva, basada en principios propuestos por la OIT y ratificados

por nuestro país, que buscan lograr una negociación libre y consensuada entre las partes, sin imposiciones por parte del Estado (salvo excepciones). Según lo dicho por los jueces, si yo no quiero ir a un arbitraje ¿ya es mala fe? Es totalmente incongruente y subjetiva esa apreciación.

Ahora bien, mencionan que la suscripción del compromiso arbitral se ajusta tanto a arbitraje voluntario como al arbitraje potestativo; sin embargo, en el artículo 61-A del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo se menciona en el segundo párrafo, que este arbitraje no requiere la suscripción de un compromiso arbitral. Por lo tanto, ¿por qué ese contrasentido de nuestros jueces y querer hacer una interpretación extensiva del compromiso arbitral al arbitraje potestativo, cuando sabemos que la mística de este, es ser impositivo y que no implique la firma de un compromiso arbitral? Imaginamos que lo hacen para atenuar el tema y que el arbitraje del artículo 61 de la LRCT no suene impositivo (y por eso dicen que en el fondo implica la firma de un compromiso arbitral proveniente de una fuente autónoma), pero no son claros, porque por un lado nos dicen que el arbitraje del artículo 61 de la LRCT es potestativo y por otro lado, que el arbitraje de este artículo implica la firma de un compromiso arbitral (que sabemos que en la práctica no se da en los arbitrajes potestativos).

Considerando 18

Que (...) se puede concluir, que el Decreto Supremo impugnado, no crea ningún marco normativo nuevo, sino que ha tenido por objeto desarrollar y precisar obligaciones existentes en la Ley, esto es, estando a que la LRCT prevé el arbitraje potestativo, como una forma de solución de controversias; a través del artículo 1º del Decreto Supremo N° 014-2011-TR, que incluye el artículo 61-A al Reglamento de la LRCT, lo que se ha previsto es utilizar este mecanismo (arbitraje potestativo) para actos disfuncionales que se puedan presentar en la negociación (...).

Crítica

Nuevamente en desacuerdo; ya que el Decreto Supremo impugnado sí crea un marco normativo nuevo en relación a un nuevo tipo de arbitraje a aplicarse dentro de las negociaciones colectivas llamado arbitraje potestativo, y en relación a ello, es que se han promulgado posteriores normas que buscan complementar el marco normativo para aplicar debidamente

el arbitraje potestativo. No se crearía un marco normativo nuevo si esta figura ya hubiera estado regulada antes en la LRCT; sin embargo, ello no es así y a través de este Decreto Supremo se reguló una nueva figura jurídica y se cometió el error de incorporarla en el Reglamento de la LRCT, y no en la Ley, como correspondía.

Finalmente, queremos recoger algunos considerandos de los votos en discordia que nos parecen sumamente importantes, para sustentar nuestra postura:

Considerando Sexto

(...) el artículo 61 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo establece (...), de cuya lectura se advierte que el sometimiento al arbitraje es voluntario, pues al haberse establecido que las partes “podrán” someter el diferendo a arbitraje se justifica que la citada norma no obliga a las partes, sino que les da la posibilidad que sus diferendos sean resueltos en un arbitraje, para cuyo fin las partes deben manifestar su voluntad, lo cual quiere decir que el arbitraje es voluntario.

Comentario

Nos parece oportuno este fundamento ya que cuando se redactó el artículo 61 de la LRCT entendemos que la finalidad que se quiso del mismo, era asociarlo a un arbitraje voluntario y es por ello que se coloca el verbo “podrán”. Posteriormente, se le quiso dar otra interpretación y lectura a este artículo y tildarlo de un arbitraje potestativo; donde quizás la locución correcta no sería “podrán” sino “deberán”, con la posterior atingencia que la contraparte deberá someterse sin la suscripción de un compromiso arbitral; pero ello no se ha estipulado así.

Considerando Noveno

A su vez, la Cuarta Disposición Final de la Constitución Política del Estado (...) determina que los derechos que reconoce la Constitución deben concordar con (...) los tratados y acuerdos que han sido ratificados por el Perú, por lo que, siendo el caso que nos ocupa el arbitraje, que ha sido reconocido por la Constitución en el numeral 2) de su artículo 28; entonces este debe interpretarse de acuerdo a los Convenios de la OIT ratificados por el Perú; al respecto el Convenio Colectivo 98 de la OIT en su artículo 4 ha previsto la negociación colectiva voluntaria (...).

Comentario

Estamos de acuerdo con lo antes mencionado, ya que nuestra legislación actual se debe sujetar a la Constitución Política del Estado, como a los tratados internacionales que hayan sido ratificados por nuestro país como es el Convenio 98; por lo que querer establecer una norma que vaya en contra de lo estipulado en el Convenio 98 de la OIT que promueve la negociación colectiva voluntaria, sería una norma inconstitucional.

Postura de la OIT

Es relevante precisar que en la 102^o Conferencia Internacional de Trabajo, realizada en el 2013, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT cuestionó el arbitraje potestativo normado en nuestro país. Así, la CEACR (Sociedad Nacional de Industrias 2013, p. 12) recomendó al Estado Peruano promover negociaciones directas entre los empleadores y sindicatos para solucionar los problemas dentro de la negociación colectiva y no intentar hacerlo en forma obligatoria como se quiere hacer con el arbitraje potestativo.

Asimismo, la CEACR cuestionó la designación por parte del Ministerio de Trabajo del Presidente del Tribunal Arbitral cuando las partes no se ponen de acuerdo, ya que plantea problemas de confianza en el sistema de relaciones colectivas. Por otra parte, respecto a la figura de la mala fe, manifiestan que la OIT no lo considera como una causal de alegación válida como para iniciar un arbitraje impuesto (potestativo). Finalmente, precisan que de acuerdo a sus políticas, el arbitraje potestativo solo debería aplicarse en empresas que prestan servicios públicos esenciales, mas no deber aplicarse de manera general en todos los sectores.

Por lo tanto, aquí se refleja nuevamente la reciente postura y preocupación de la OIT en torno a la regulación del arbitraje potestativo en nuestro país, y la solicitud expresa al Gobierno para que promueva las negociaciones directas, sin tener que acudir a esta forma impositiva de arbitraje. Asimismo, cuestionan otros aspectos a los que ya nos hemos referido en líneas anteriores, pero que sirven para sustentar nuestra postura, en base a los principios e interpretación sobre el tema que es dada por la OIT. Esa solicitud expresa de la OIT debería implicar un cambio de normativa, u otra acción efectiva, pero de todas maneras debe significar alguna llamada de atención al Gobierno en

relación a la modificación de la regulación de este tema; sin embargo, lo único que tenemos es inactividad como se ha estado dando hasta el día de hoy.

Postura de juristas de nuestro medio

Sabemos que en relación a este tema existen diferentes posturas, tendremos los que están a favor y presentan una visión *pro trabajador*; y tenemos los que están en contra, y que diría que no son necesariamente *pro empresa*, sino que son aquellos que quieren hacer respetar los principios prodigados por la OIT.

Argumentos a favor

Quienes están a favor del arbitraje potestativo, poco o nada han dicho en relación a las críticas que existen en torno a esta figura jurídica, por lo que sus posturas serían fácilmente rebatibles con todos los argumentos que hemos manifestado en este ensayo. Tenemos a Javier Neves (2012, p. 45) para quien el arbitraje potestativo no desincentiva la negociación directa, sino al contrario; asimismo, manifiesta que hay lamentables prácticas en el sector empresarial dirigidas a obstaculizar la negociación; por lo que no queda otra alternativa que el arbitraje potestativo y tal vez así, el sector empresarial tome conciencia y enmiende su actitud. Entonces, para este jurista, ¿el arbitraje potestativo surge a manera de amenaza al sector empresarial?; si se quiere sancionar a los empresarios podrían tomarse otras medidas y no necesariamente tener que acudir a esta vía heterocompositiva de resolución de conflictos laborales.

Por otra parte, tenemos a Daniel Ulloa (2013, p. 34), para quien la normativa estatal que ha precisado los alcances del arbitraje potestativo en la negociación colectiva busca corregir el desamparo negocial existente en nuestra realidad; asimismo manifiesta que podrán existir errores, pero evitarlos corresponde a ambas partes, trabajadores y empleadores, siendo muy loable la labor de la autoridad de trabajo. Esta postura *pro trabajador* nuevamente se basa en el desamparo negocial, pero sin desarrollar las críticas a la normativa sobre arbitraje potestativo; quizás las admite de manera tácita al precisar que "podrán existir errores", pero no hace referencia ni busca soluciones para poder corregir los mismos.

Argumentos en contra

Vamos a recoger sólo cuatro posturas, que compartimos, de juristas de nuestro medio, que critican la

regulación normativa actual y/o permanencia del arbitraje potestativo:

Jorge Toyama (Conexión Esan, 2012) manifiesta que no es correcto que los árbitros resuelvan si un acto debe ser considerado de mala fe o no, como lo establece la norma; sino que más bien debería ser resuelto por el Ministerio de Trabajo, instancia que debería determinar si el arbitraje potestativo debería continuar o no.

Renato Mejía (Conexión Esan, 2012) comenta el peligro que una decisión arbitral resuelva el conflicto laboral, señalando que los árbitros suelen utilizar criterios jurídicos no empresariales; por lo que no identifican el impacto económico de sus decisiones o el efecto que su decisión ocasiona con su competencia en el mercado.

José Pinto Rocha (La República, 2012) señala que el Decreto Supremo que regula el arbitraje potestativo es inconstitucional e ilegal; por lo que mientras no se hagan las correcciones del caso, esta norma atentaría contra la seguridad jurídica, en perjuicio de los trabajadores y empresas, ya que por las deficiencias comentadas, los laudos que se emiten, podrían ser posteriormente cuestionados y dejados sin efecto. Y adicionalmente a ello, la norma vulnera la libertad de las partes para poder negociar libremente, limitándose el derecho de negociación colectiva.

Omar Sar (Celestino, 2013, p. 363) señala que el arbitraje potestativo es inconstitucional pues distorsiona los mecanismos contemplados en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, y además un Decreto Supremo no puede prevalecer frente a una Ley.

Todas estas posturas reflejan de una u otra manera, muchas de las críticas que hemos recogido en este ensayo, ya sea porque cuestionan que la mala fe sea determinada por árbitros (y no por el Ministerio de Trabajo), que los árbitros de equidad tomen decisiones sobre cuestiones que generaran un impacto económico a las empresas (y no tienen real conocimiento del tema), y finalmente la inconstitucionalidad e ilegalidad del Decreto Supremo que recoge la regulación del arbitraje potestativo.

A ello, queremos recoger una última reflexión del doctor Luis Arbulú (Gestión, 2012), quien también considera que el arbitraje potestativo solo se debe dar en casos excepcionales de servicios esenciales (salud, policial y otros), o de crisis nacional aguda; sin embargo, nos plantea una postura intermedia ya que si

bien propone la suspensión del arbitraje potestativo, plantea una revisión del tema en el Consejo Nacional de Trabajo, a efectos de establecer reglas claras sobre la mala fe y otros, de manera consensuada.

A MODO DE CONCLUSIÓN. HACIA UNA NUEVA REGULACIÓN EN MATERIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Hoy, tres años después de la promulgación del Decreto Supremo N° 014-2011-TR, por el cual se incorpora el artículo 61-A (arbitraje potestativo) en el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo; nos propusimos realizar un análisis crítico y extenso de la regulación y viabilidad de la figura del arbitraje potestativo, ya que muchas son las críticas fundamentadas y es clara la afectación directa al sector empresarial, a tal punto que la SNI llevó esta regulación a ser discutida a través de la vía judicial mediante una Acción Popular, con una sentencia no beneficiosa pero que aún podría motivar la reapertura del tema. Sabemos que es un tema que le interesa de sobremanera a nuestro empresariado actual y no porque nos pongamos en su lugar (y no en el de los trabajadores); sino que como desarrollaremos a continuación, toda la fundamentación se va a basar en un respeto de las normas y en una búsqueda de equidad dentro del proceso de negociación colectiva.

Debemos empezar manifestando que en nuestra opinión, se debería derogar el artículo 61-A del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo referido al arbitraje potestativo, ya que la finalidad de ese artículo, es posible lograrla a través de otras vías, que no impliquen la imposición de un arbitraje, con el sometimiento directo a la contraparte y sin la firma de un compromiso arbitral. Solo resumiremos las razones por las cuales optamos por la eliminación del arbitraje potestativo en nuestra legislación actual, y posteriormente, plantearemos alternativas legislativas para poder cubrir vacíos legales:

- La Norma es inconstitucional; ya que no se ha elaborado siguiendo los principios del Convenio N° 98 de la OIT, ratificado por nuestro país, que promueve la voluntariedad y libertad dentro de la negociación colectiva, salvo excepciones (que no son los supuestos a los que se acoge la norma), y también propugna la injerencia del Estado a modo excepcional promoviendo soluciones a la negociación colectiva, pero no de carácter impositivo como se realizaría a través de un arbitraje potestativo.

- La Norma es ilegal; ya que a través del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, pretendió regular una nueva figura jurídica, que no había sido regulada por la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Como se sabe, un reglamento precisa y desarrolla el contenido de una ley, pero no desarrolla un marco normativo nuevo como se quiso hacer en este caso con el arbitraje potestativo. El único arbitraje desarrollado en la Ley es el arbitraje voluntario, y de manera indirecta, podría considerarse el arbitraje obligatorio, para supuestos especiales de huelga.
 - La mala fe como causal de arbitraje potestativo es muy subjetiva; ya que para empezar, la lista de supuestos de mala fe establecidos a través de la Resolución Ministerial correspondiente es una lista no taxativa, por lo que los sindicatos podrían alegar cualquier acto que podría ser catalogado como mala fe, y si el Tribunal lo acepta, ya se estaría ante un arbitraje potestativo. Adicionalmente, que un Tribunal Arbitral sea quien pondere cuando se está o no ante un supuesto de mala fe, considerando que este es un arbitraje de equidad, es un hecho bastante subjetivo; siendo más sustentado, si el análisis lo realizaría el Ministerio de Trabajo, por poner un ejemplo.
 - La falta de acuerdo sobre el nivel de la negociación colectiva ya tiene respuesta en el artículo 45 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y es que a falta del mismo, la negociación se llevará a cabo a nivel de empresa. Imponer una regulación diferente en el Reglamento, estableciendo que ante falta de acuerdo se decidirá ello por un arbitraje potestativo, es una regulación incongruente y hasta ilegal; viéndose que ni siquiera se ha derogado alguna parte del artículo 45 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, sino que en la actualidad tenemos dos normas que se contraponen cuando nos referimos a la falta de acuerdo en cuanto al nivel de la negociación colectiva.
 - La falta de acuerdo en cuanto al contenido de la primera negociación no puede ser impuesto y resuelto a través de un arbitraje potestativo; ya que precisamente, esto es parte de la negociación, poder llegar a un consenso en cuanto al contenido de la misma y lo que se pacte en un posterior convenio colectivo. Recuérdese que no llegar a consenso no es lo mismo que actuar de mala fe, sino que es simplemente no poder llegar a un acuerdo, es parte de la libertad dentro de la negociación colectiva el poder manifestar tu desacuerdo en relación a un tema; por lo que imponer este tipo de arbitraje cada vez que no se llegue a un acuerdo en cuanto al contenido de la primera negociación, sería inconstitucional y vulnera claramente lo establecido en el Convenio N° 98 de la OIT, ratificado por nuestro país.
 - Es una normativa eminentemente *pro trabajador* y eso no es lo que se busca dentro de una negociación colectiva. Recordemos que la OIT pretende que las partes puedan llegar a consensos dentro de un marco de buena fe y libertad dentro de la negociación colectiva; pero lo que encontramos en este caso, es que la única parte beneficiada dentro de la relación laboral (y de manera injustificada) con este arbitraje, son los sindicatos, y las empresas están asumiendo ya costos altísimos por los laudos que se están emitiendo. Prácticamente ante toda alegación de mala fe de sindicatos, siempre se terminan yendo a arbitraje potestativo. A eso añadimos que el laudo solo debe contener una de las posturas, o por último atenuar una de ellas, y lo que sucede en la práctica es que, como la empresa suele reconocer poco y el sindicato suele pedir mucho, al final terminan acogiendo la propuesta del sindicato y la atenúan un poco, y según fuentes internas del Ministerio de Trabajo, hemos obtenido la confirmación que en la mayoría de casos, se terminan acogiendo las propuestas presentadas por los sindicatos.
 - Los laudos han tenido un impacto económico negativo en las empresas y en base a ello es que la Sociedad Nacional de Industrias se vio obligada a interponer una Acción Popular en relación a esta norma. Si lo que se busca es que no exista una interferencia o bloqueo dentro de la negociación colectiva, la solución no tiene por qué ser solo el arbitraje potestativo y terminar afectando de manera directa a los empresarios, sino que pueden existir otras alternativas que vayan de la mano con los principios ratificados por nuestro país, en materia de negociación colectiva. Es importante que se tome en cuenta el impacto económico negativo que puede devenir de un laudo, ya que ello podría generar a futuro, un recorte de personal o que se tomen medidas inmediatas dentro de la empresa, a efectos de poder responder ante el impacto generado en la misma.
- Así, proponemos la derogación del artículo 61-A del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y en cuanto a los supuestos planteados en este artículo, planteamos las siguientes alternativas y/o comentarios:

En cuanto a la falta de acuerdo sobre el nivel de la negociación, ella se deberá llevar a cabo a nivel de empresa y ya existe una regulación al respecto. Si la sentencia del TC sobre portuarios no aplicó el artículo correspondiente, solo fue para el caso en específico, pero la idea no es hacerlo extensivo a cualquier situación planteada.

En cuanto a la falta de acuerdo sobre el contenido de la primera negociación, será un tema que se deberá consumir dentro de la negociación, mas la salida no es solucionar este tema mediante un arbitraje potestativo; de lo contrario, todo desacuerdo se llevaría a esta vía. Recordemos nuevamente que no llegar a consenso no significa actuar de mala fe necesariamente, por lo que si simplemente no se llegó a un consenso y se actuó de buena fe, habrá que seguir negociando hasta poder llegar a un acuerdo.

En relación a todos aquellos que señalan que el arbitraje potestativo es el mecanismo adecuado ante supuestos de mala fe negocial, ya que ésta interfiere o bloquea la misma, les planteamos una alternativa diferente, que ha adoptado Chile y Argentina en sus respectivos Códigos de Trabajo (con muy buenos resultados dentro de la negociación colectiva) y que compatibiliza con los principios internacionales propuestos por la OIT y que han sido ratificados por nuestro país. Para ello proponemos la incorporación de un último párrafo dentro del artículo 54 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR - TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, que propone una solución ante casos de mala fe negocial sin necesidad de tener que recurrir a un arbitraje potestativo, sino con medidas más efectivas que puedan alarmar a las supuestas partes incumplidoras. Esta modificación iría complementado con otro artículo que regule las multas a ser impuestas por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en este caso en específico. Nuestra propuesta de modificación es la siguiente:

Artículo 54.-

(...)

En caso de comprobarse algún acto de mala fe dentro de la negociación colectiva, la parte afectada deberá dar aviso al órgano correspondiente dentro del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo; el cual en un plazo no mayor a cinco (05) días de recibido el aviso por la parte afectada, ordenará el cese inmediato de la conducta. Si en los siguientes cinco (05) días no cesa la conducta mencionada, la autoridad correspondiente sancionará a la parte incumplidora con una multa.

Por todo ello, consideramos que es un tema prioritario que el Gobierno actual evalúe la modificación de la normatividad en materia de negociación colectiva, ya que la normativa actual presenta una serie de problemas de índole interno y hasta de afectación externa a diversos sectores en nuestro país. Ya sabemos que es necesario que se promuevan mecanismos para solucionar conflictos en materia de negociación colectiva, pero los mismos no pueden ser impositivos ni ir en contra de normativa nacional e internacional ratificada por nuestro país; es así que dejamos el tema abierto a discusión, y planteamos una propuesta concreta y fundamentada luego de tres años de promulgada la norma y de haberse comprobado diversos problemas dentro y en la aplicación de la misma. Ahora, sólo esperamos que este tema adquiera notoriedad legislativa ya que un sector importante de nuestro país como es el empresariado está siendo afectado con una norma arbitraria, ilegal e inconstitucional, y esperamos adicionalmente, que se coloque dentro de la agenda legislativa actual, junto a los otros tantos temas de relevancia nacional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguinaga, E. y Boza, G. (2013). El deber de negociar y el arbitraje potestativo como parte del contenido del derecho constitucional de negociación colectiva. *Revista Derecho PUCP*. (Nº 71), pp. 281-307.
- Acevedo, J. L. (2009). Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la negociación colectiva a nivel de rama de actividad en el sector portuario. *Revista Jurídica del Perú*. (Tomo 104) , pp. 43-58.
- Belleza, M. y Castillo, J. (2009). *Manual de Relaciones Colectivas de Trabajo*. Lima: Ediciones Caba-llero Bustamante.
- Celestino, K. N. (2013). El arbitraje en el procedi- miento de negociación colectiva. En: F. García Ascencios (director). *Derecho Arbitral* (pp. 349- 364). Lima: Editorial Adrus.
- Cerón, J. y Pizarro, E. (2007). *El arbitraje laboral*. Bogo- tá: Editorial Temis.
- Conexión ESAN (6 de septiembre de 2012). *El contro- vertido arbitraje potestativo en las negociaciones colectivas*. *Conexionesan* (π 1-5). Recuperado el día 20 de mayo de 2014 en <http://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2012/09/06/arbi- traje-potestativo -negociaciones-colectivas/>
- Constitución Política del Perú, [C.P.P]. 29 de diciembre de 1993. Art. 28. (Perú).
- Convenio No. 154 de la Organización Internacional del Trabajo. Convenio sobre la negociación colectiva. Art. 2. 3 de junio de 1981.
- Convenio No. 98 de la Organización Internacional del Trabajo. Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva. Art. 4. 1 de julio de 1949.
- Cortés, J. C. (1994). El arbitraje laboral ¿voluntario o po- testativo?. *Revista del Foro*. (Nº 1) , pp. 89-99.
- Decreto Supremo N° 014-2011-TR. Modifican el D.S. N° 011-92-TR y crean el Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas. 16 de setiembre de 2011. Diario Oficial El Peruano.
- Decreto Supremo N° 010-2003-TR. Aprueban Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Co- lectivas de Trabajo. 30 de setiembre de 2003. Diario Oficial El Peruano.
- Decreto Supremo N° 011-92-TR. Aprueba el Regla- mento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. 14 de octubre de 1992. Diario Ofi- cial El Peruano.
- Diario Gestión (17 de julio 2012). La SNI pide eli- minar norma que los obliga a negociar con sindicatos. *Gestión*. Lima.
- Diario La República. (9 de abril de 2012). El arbitraje potestativo limita el derecho a la negociación colectiva. *La República*. Lima.
- Henostroza de la Cruz, D. (2012). Arbitraje potestati- vo laboral: convirtiendo la excepción en regla (y lo administrativo en jurisdiccional). *Revista Asesoría Laboral*. (Nº 255), pp. 13-17.
- Morales, P. (2008). Problemas del arbitraje en la ne- gociación colectiva. *Revista Derecho & Socie- dad*. (Nº 30) , pp.132-143.
- Neves, J. (2012). Arbitraje potestativo. *Revista Ius et Veritas*. (Nº45), pp. 434-437.
- Organización Internacional del Trabajo. (2013). *In- forme de la Comisión de Expertos en Aplica- ción de Convenios y Recomendaciones – 102º Conferencia Internacional del Trabajo*. Infor- me III, parte 1A. Ginebra: OIT.

- Organización Internacional del Trabajo. (2006). *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. 5ª. Edición. Ginebra: OIT.
- Ojeda, A. (2012). *Compendio de Derecho Sindical*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Resolución Viceministerial N° 004-2012-TR-DVMT-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. 28 de diciembre de 2012. Diario Oficial El Peruano.
- Resolución Ministerial N° 076-2012-TR - Directiva General. Lineamientos para la intervención administrativa en conflictos laborales colectivos: los llamados "extraproceso", la preferencia por el arbitraje potestativo y la intervención resolutoria como facultad excepcional. 5 de marzo de 2012. Diario Oficial El Peruano.
- Resolución Ministerial N° 331-2011-TR. Establecen requisitos para la inscripción en el Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas. 16 de diciembre de 2011. Diario Oficial El Peruano.
- Resolución Ministerial N° 284-2011-TR. Emiten normas complementarias a las disposiciones establecidas en el D. S. N° 014-2011-TR, sobre arbitraje en materia de relaciones colectivas de trabajo. 23 de septiembre de 2011. Diario Oficial El Peruano.
- Sentencia del Expediente N° 00062-2012-0-1801-SP-LA-01, en relación a la Acción Popular interpuesta por la Sociedad Nacional de Industrias, al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. 11 de julio de 2013.
- Sociedad Nacional de Industrias (2013). OIT apoya posición de la SIN sobre Arbitraje Potestativo. *Revista Industria Peruana*. (N° 879), pp.12-13.
- Tribunal Constitucional del Perú. Sala segunda. *Resolución del Expediente No. 03561-2009-PA/TC*. (Mg. Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz, 10 de junio de 2010).
- Tribunal Constitucional del Perú. *Sentencia del Expediente No. 03561-2009-PA/TC*. 17 de agosto de 2009.
- Ulloa, D. (2013). El arbitraje potestativo como novedad normativa en la resolución de conflictos colectivos en Perú. *Revista Derecho del Trabajo*. (N° 1), pp. 30-34.
- Vega, M. L. (1997). Los medios de solución o composición de conflictos colectivos en España. *Revista Derecho & Sociedad*. (N° 12), pp. 137-144.