

Expediente N° 057-2015-MTPE/2/14

**FEDERACIÓN CENTRO UNIÓN
DE TRABAJADORES DEL SEGURO
SOCIAL DE SALUD DEL PERÚ
FED CUT**

con

**SEGURO SOCIAL
DE SALUD DEL PERÚ – ESSALUD**

Negociación Colectiva 2015

Lima, 29 de enero del 2016

**RESOLUCIÓN EN MINORIA SOBRE PROCEDENCIA
DEL ARBITRAJE POTESTATIVO
DEL ARBITRO MARTIN ALBERTO CARRILLO CALLE**

**I. MARCO NORMATIVO: LA LEY DEL SERVICIO CIVIL Y SU
REGLAMENTO GENERAL**

1. El régimen legal aplicable a la negociación colectiva entre ESSALUD y FED CUT, está conformado por la Ley del Servicio Civil (en adelante LSC), aprobada mediante la Ley N° 30057 y su Reglamento General, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 040-2014-PCM. La mencionada ley rige desde el 5 de julio de 2013 y la referida norma reglamentaria, desde el 14 de junio de 2014.
2. La Ley N° 30057 (LSC), dispone en el artículo I de su Título Preliminar, que su objeto **“es establecer un régimen único y exclusivo para las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado, así como para aquellas personas que están encargadas de su gestión, del ejercicio de sus potestades y de la prestación de servicios a cargo de estas”**. Por su parte, su Reglamento General establece en el artículo III de su Título Preliminar, que **“El servicio civil comprende a todos los servidores civiles que brindan servicios en todas las entidades del Estado independientemente del nivel de gobierno y del régimen en que se encuentren”**.
3. Queda en evidencia la aspiración del legislador de configurar un único sistema normativo de cobertura plena (único y general) en el ámbito estatal. Pretensión que se refuerza con el principio de legalidad y especialidad normativa, por el cual, el régimen del Servicio Civil **“se rige únicamente”**, por lo establecido en la Constitución Política, la Ley N° 30057 y sus normas reglamentarias ⁽¹⁾. La aplicación práctica del principio de especialidad, lleva a que no se puedan “aplicar principios, normas o reglas específicos de otros regímenes como los del Decreto Legislativo 276, Decreto Legislativo 728, Decreto

¹ Véase el inciso f) del artículo III del Título Preliminar de la LSC.

Legislativo 1057 (...), ni de las carreras especiales, salvo remisión expresa", que haga el propio Reglamento General ⁽²⁾.

4.

Este principio general, tiene también su aplicación en la esfera de los derechos laborales, a través del artículo 40° de la LSC, que dispone: "Los derechos colectivos de los servidores civiles son los previstos en el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y en los artículos de la función pública establecidos en la Constitución (...). No están comprendidos los funcionarios públicos, directivos públicos ni los servidores de confianza". Como se sabe, estos derechos colectivos son la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga, los que tienen reconocimiento en sede constitucional -artículos 28° ⁽³⁾ y 42° ⁽⁴⁾- y en el derecho internacional de los derechos humanos, tal como lo reconoció el Tribunal Constitucional en agosto de 2005, en su sentencia recaída en el proceso de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público ⁽⁵⁾.

5.

La LSC busca también posicionarse como la norma eje en materia de negociación colectiva en el ámbito público, en tanto que pretende "unificar y estandarizar el contenido y alcance de la negociación colectiva

² Véase el artículo II del Título Preliminar de Decreto Supremo 040-2014-PCM.

³ "Artículo 28.- Derechos colectivos del trabajador. Derecho de sindicación, negociación colectiva y derecho de huelga

El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

1. Garantiza la libertad sindical.

2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones".

⁴ "Artículo 42.- Derechos de sindicación y huelga de los Servicios Públicos

Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos. No están comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional".

⁵ Expediente 008-2005-PI/TC.

aplicable a los servidores del Estado”, siendo su objetivo mayor, el imponer “una única regulación en el procedimiento de negociación colectiva en el sector público” ⁽⁶⁾.

6. Las partes en este proceso arbitral, han invocado en reiteradas oportunidades, el marco normativo de la LSC, tanto en la misma negociación colectiva como en sus escritos al Tribunal Arbitral. Así por ejemplo, en su escrito N° 1, la FED CUT recordó que al presentar su pliego petitorio, con el que se inicia la negociación colectiva del año 2015, invocó por escrito a la LSC y a su Reglamento General (anexo 1-C). Hizo lo propio cuando emplazó a su empleadora para iniciar la etapa de conciliación administrativa (anexo 1-I) y cuando le comunicó su decisión de dar por terminada la conciliación para dar el paso al arbitraje, primero verbalmente en la última audiencia llevada a cabo en el Ministerio de Trabajo (anexo 1-J) y posteriormente por escrito (anexo 1-D). En su escrito N° 2 se mencionan comunicaciones cursadas a la Autoridad Nacional del Servicio Civil, en tanto autoridad competente y destinataria de información por mandato de la LSC. Finalmente en su escrito N° 3, se hace referencia al artículo del Reglamento General con el que amparan su decisión de recurrir al arbitraje potestativo. Por parte de ESSALUD, en su escrito N° 1 también cita al Reglamento General de la LSC, en el extremo que regula el arbitraje potestativo. Y en varios de los documentos ofrecidos como pruebas, se encuentran también referencias directas a la LSC y a la comisión negociadora (anexo 1-D, 1-V y 1-Z), representación de los trabajadores en la negociación colectiva (anexo 1-F y 1-G).

7. En la LSC podemos encontrar dos artículos que disponen la aplicación supletoria condicionada de otras normas legales. En el primer caso se trata de una relación entre leyes para una materia amplia (los derechos colectivos laborales) y en el segundo caso la suplencia puede venir de dos normas con rango legal y de otra de nivel reglamentario, para un tema específico (el arbitraje potestativo que opera por decisión de una de las partes, ante el fracaso de la etapa de conciliación).


⁶ Cfr. Informe Técnico N° 1059-2015-SERVIR/GPGSC de la Autoridad Nacional del Servicio Civil, de fecha 28 de octubre de 2015 y que tiene carácter vinculante.

8. En materia de derechos colectivos del servidor público, la LSC dispone la aplicación supletoria del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, "en lo que **no se oponga** a lo establecido" en ella (artículo 40°). Lo "establecido" en el sistema normativo del servicio civil en materia de derechos laborales colectivos, está regulado a través de 6 artículos (del 40 al 45°), más dos disposiciones complementarias finales (la tercera y la novena) en la Ley N° 30057, y de 35 artículos (del 51° al 85°), más una disposición complementaria transitoria (novena) en su Reglamento General, siendo de aplicación no solo para los trabajadores sujetos a la LSC, sino también para aquellos comprendidos en los Decretos Legislativos 276, 728 y 1057 ⁽⁷⁾, antes mencionados.

9. Hemos identificado 5 informes técnicos de la Autoridad Nacional del Servicio Civil elaborados entre los meses de octubre y noviembre de 2015, en los que todos ellos mencionan el artículo 40° de la LSC, pero en ninguno caso se hace referencia como opera la supletoriedad o se identifica algún caso en que se requiere la aplicación de la norma habilitada por la propia LSC para suplirla ⁽⁸⁾. Los informes identificados, se limitan a hacer la reseña pertinente de la norma, sin agregarle valor interpretativo.

10. En lo que respecta específicamente a las normas sobre arbitraje, el Reglamento General (artículo 77°), también incorpora una cláusula de supletoriedad condicionada, al disponer que: "Las Disposiciones del Decreto Legislativo N° 1071 y las normas sobre arbitraje contenidas en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (...) y en su Reglamento se aplican según su naturaleza **de manera supletoria y complementaria en aquello no previsto en la Ley N° 30057**" y en el propio Reglamento General, "y siempre que aquellas **no se opongan al sentido de lo establecido**" en el Decreto Supremo N° 040-2014-PCM. Adviértase la doble condición que se le exige a la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, de aplicación en el régimen laboral privado, para

⁷ Cfr. Informe Técnico N° 523-2014-SERVIR/GPGSC de la Autoridad Nacional del Servicio Civil, de fecha 28 de agosto de 2014 y que tiene carácter vinculante.

⁸ Cfr. Informe Técnico 1224-2015-SERVIR/GPGSC de 18 de noviembre de 2015; Informe Técnico 1172-2015-SERVIR/GPGSC de 10 de noviembre de 2015; Informe Técnico 1163-2015-SERVIR/GPGSC de 10 de noviembre de 2015; Informe Técnico 1067-2015-SERVIR/GPGSC de 30 de octubre de 2015; Informe Técnico 1072-2015-SERVIR/GPGSC de 30 de octubre de 2015.

que supla a la LSC: la primera es que exista un vacío normativo, en tanto se aplica para lo “no previsto”, y la segunda es que se integre pacíficamente, sin contradecir el “sentido de lo establecido”.

11. En la LSC se regula el plazo mínimo de vigencia de un laudo; las categorías funcionariales que están excluidas de formar parte de su ámbito subjetivo de aplicación; la prohibición de asesorar a la parte contraria al Estado en procesos arbitrales y los que están prohibidos de desempeñarse como árbitros (artículo 40°). Por su parte, en lo normado por el Reglamento General, podemos encontrar la oportunidad en que las partes pueden optar por el arbitraje potestativo, las consecuencias en el inicio de su vigencia si el laudo no se emite hasta determinada fecha (artículo 74°); la conformación del tribunal arbitral y la designación de su presidente, las incompatibilidades que impiden ser árbitro o habilitan la recusación, la convocatoria a la audiencia de instalación (artículo 75°); los parámetros para laudar y los contenidos prohibidos a ser materia de decisión para los árbitros (artículo 76°); los supuestos para demandar la nulidad del laudo (artículo 78°). La intervención del legislador sobre los temas reseñados, tanto en la LSC como en su Reglamento General, elimina de facto la posibilidad que se cumpla la primera condición para que opere la supletoriedad: la existencia de un vacío normativo, de una materia no regulada.

II. EL ARBITRAJE POTESTATIVO EN EL SERVICIO CIVIL

12. El artículo 74° del Reglamento General, establece que: “De no llegarse a un acuerdo en la etapa de la conciliación, cualquiera de las partes podrá requerir el inicio de un proceso arbitral potestativo que formará parte del proceso de negociación colectiva salvo que los trabajadores decidan irse a la huelga”.

13. Hemos identificado 8 informes técnicos de la autoridad del servicio civil elaborados entre los meses de octubre y noviembre de 2015, en la que todos mencionan al artículo 74°, pero en 6 de ellos se hace referencia en forma genérica al “proceso arbitral”⁹ y en otros 2

⁹ Cfr. Informe Técnico 1251-2015-SERVIR/GPGSC de 24 de noviembre de 2015; Informe Técnico 1172-2015-SERVIR/GPGSC de 10 de noviembre de 2015; Informe Técnico 1163-2015-SERVIR/GPGSC de 10 de noviembre de 2015; Informe Técnico 1067-2015-SERVIR/GPGSC de 30 de octubre de 2015; Informe

se usa la expresión “proceso arbitral potestativo” ⁽¹⁰⁾, que es la fórmula que se usa en el reglamento, pero en ninguno de los informes se indica, si dicho artículo tiene una redacción incompleta o insuficiente, que hace necesario que otra norma venga en su auxilio, para suplir sus deficiencias y alcanzar vigencia práctica. Por cierto que ninguno de esos informes, ha sostenido que el artículo 74° del Reglamento General solo adquiere sentido, si se le aplica el artículo 61°-A del reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, pues de ser el caso, la consecuencia solo podría ser calificada como opuesta al sentido de lo establecido por el legislador en el Reglamento General, en tanto que sería un intento de convertir en causal, algo que ha sido diseñado para que no tenga que rendir en forma previa un examen de procedencia.

14. De acuerdo al artículo 74° del Reglamento General, ya sea la parte empleadora o la parte sindical, de no llegar a un acuerdo en la etapa de la conciliación pueden emplazar a su contraparte para dar inicio a un proceso arbitral potestativo. A la parte sindical se le plantea como alternativa a la solución arbitral, declararse en huelga. El supuesto que habilita a tomar la decisión a cualquiera de las partes, es uno solo: haber intentado sin éxito la solución a la negociación colectiva en la etapa de conciliación. Estamos ante un arbitraje potestativo, pues es suficiente la voluntad de una de las partes, para que la otra resulte obligada a ir al arbitraje para terminar la negociación inconclusa. Y estamos además ante un arbitraje potestativo incausado, ya que no se requiere justificación alguna de quien pide el arbitraje, frente a su contraparte o ante el tribunal arbitral que se conforme.

15. A la fecha, es de nuestro conocimiento que en 4 arbitrajes bajo la LSC, el tribunal arbitral ha convocado a la audiencia de instalación del proceso arbitral, y en ese mismo acto ha recibido las respectivas propuestas finales de las partes, avocándose a conocer y resolver el fondo del asunto, sin dilucidar como cuestión previa la existencia o no de causa que habilitaba someter el conflicto laboral al arbitraje. En su escrito N° 3, la FED CUT aportó

Técnico 1062-2015-SERVIR/GPGSC de 29 de octubre de 2015; Informe Técnico 913-2015-SERVIR/GPGSC de 1 de octubre de 2015.

¹⁰ Cfr. Informe Técnico 1263-2015-SERVIR/GPGSC de 24 de noviembre de 2015; Informe Técnico 1224-2015-SERVIR/GPGSC de 18 de noviembre de 2015.

para conocimiento del tribunal, copia de las actas de la audiencia de instalación y fijación de reglas para el proceso arbitral, de:

- a) Sindicato de Trabajadores de la SUNARP Sede Central vs Superintendencia Nacional de Registros Públicos. Tribunal conformado por los árbitros Jaime Zavala (presidente), Carlos Margary y Alfredo Villavicencio. La audiencia se celebró el 17 de noviembre de 2015 ⁽¹¹⁾.
- b) Sindicato de Trabajadores de la Zona Registral N° IX Sede Lima vs Superintendencia Nacional de Registros Públicos. Tribunal conformado por los árbitros Jaime Zavala (presidente), Carlos Margary y Alfredo Villavicencio. La audiencia se celebró el 17 de noviembre de 2015 ⁽¹²⁾.
- c) Federación de Trabajadores del Sistema Nacional de los Registros Públicos vs Superintendencia Nacional de Registros Públicos. Tribunal conformado por los árbitros Jaime Zavala (presidente), Carlos Margary y Alfredo Villavicencio. La audiencia se celebró el 17 de noviembre de 2015 ⁽¹³⁾.

Un caso adicional de arbitraje potestativo incausado en el servicio civil, lo tenemos con el laudo del 5 de noviembre de 2015, del arbitraje entre Municipalidad Distrital de Ancón y Sindicato de Trabajadores Municipales de Ancón ⁽¹⁴⁾. El tribunal estuvo conformado por los árbitros Raúl Saco, Carlos Ticerán y Adolfo Ciudad, en el que no se discutió la procedencia del arbitraje, al asumir que en el artículo 74° del Reglamento General, ha sido reconocido el arbitraje potestativo incausado.

III. PROCEDENCIA DEL ARBITRAJE POTESTATIVO, CONSIDERANDOLO COMO UNA MODALIDAD INCAUSADA O NO CONDICIONADA

CONSTITUCION: NEGOCIACION COLECTIVA Y FORMAS DE SOLUCION PACIFICA DE CONFLICTOS LABORALES

¹¹ Expediente N° 62165-2015-MTPE/1/20.21.

¹² Expediente N° 170060-2013-MTPE/1/20.21.

¹³ Expediente N° 101-2015-MTPE/2.14.

¹⁴ Expediente N° 101-2015-MTPE/2.14.

16. Por mandato del artículo 28° del texto constitucional, se reconoce el derecho de negociación colectiva y se impone al Estado el deber de fomentar su ejercicio. Debe favorecerse plenamente la negociación colectiva y su ejercicio debe ser optimizado, a través de medidas legislativas y administrativas, así como por decisiones garantistas de los órganos jurisdiccionales, en tanto el cumplimiento de la obligación que recae en el Estado involucra a todos los poderes y reclama una respuesta multimodal. Se completan las obligaciones que dimanarían del artículo 28° del texto constitucional, con un deber adicional a cargo del Estado, que es la promoción de "formas de solución pacífica de los conflictos laborales". Entendemos que las formas de solución pacífica a ser promovidas, serán aquellas que influyan positivamente en el proceso de negociación colectiva y estimulen su culminación, evitando que el conflicto quede activo y sin posibilidades de ser resuelto.

17. El mismo artículo 28° de la Constitución, reconoce el derecho de huelga y encarga al Estado su regulación, para que la huelga "se ejerza en armonía con el interés social", habilitando para que en el desarrollo legislativo de este derecho, se señalen las "excepciones y limitaciones" a su ejercicio. Si bien en el artículo 28° de la Constitución se reconoce por igual, el derecho de negociación colectiva y el derecho de huelga, no es idéntico lo normado respecto a ambos derechos, pues mientras la negociación colectiva debe ser fomentada sin condicionamientos, la huelga solo debe ser regulada. Para su desarrollo legislativo, se han fijado parámetros y se han habilitado determinadas restricciones, sin que en ningún caso se pueda afectar el contenido esencial de este derecho.

18. Se puede sostener válidamente que, en nuestra Constitución, hay una marcada preferencia por el ejercicio de la autonomía colectiva de trabajadores y empleadores, a través del desarrollo de la negociación colectiva, para evitar situaciones de conflicto laboral y en caso estas se presenten, la preferencia es por alentar su superación mediante el recurso a las diversas formas de solución pacífica, entre las que quedan comprendidas: la conciliación, la mediación y el arbitraje, este último, en sus diversas modalidades. Todas estas formas de solución pacífica deben ser objeto de promoción, sin perjuicio de respetar el derecho de los trabajadores de recurrir a la huelga.

19. La posición que acabamos de desarrollar, también ha sido asumida por la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, la que en una sentencia del mes de julio de 2013, ha sostenido que “el Estado debe velar por la autonomía colectiva, y que las partes dentro de la negociación diriman sus controversias, apostando que en mayor medida, lleguen a un acuerdo en negociación directa (trato directo), o sino en conciliación o mediación (formas autocompositivas) y finalmente apostar por el arbitraje (forma heterocompositiva); sin desconocer el derecho constitucional de huelga; empero este último, como es obvio no puede ser promovido por el Estado sino regulado” ⁽¹⁵⁾. De forma autocompositiva o heterocompositiva, según recomienden las circunstancias del caso y decidan los trabajadores, los conflictos laborales deben de ser resueltos, dándole justa y oportuna terminación a la negociación colectiva.

20. Nuestro Tribunal Constitucional, se ha referido tanto al fomento de la negociación colectiva, como a la promoción de formas de solución pacífica de los conflictos laborales, ambas obligaciones de cargo del Estado por mandato constitucional, destacando que el referido fomento “se viabiliza a través de la expedición de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo”, mientras que la mencionada promoción “se viabiliza (...) a través de los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje”. Con el recurso a estos procedimientos de solución pacífica, se busca el logro de dos objetivos: por un lado, “Asegurar que el desacuerdo entre los agentes negociadores no se prolongue indefinidamente en el tiempo, de modo que se consolide la paz laboral y el normal desarrollo de la actividad económica”. Y de otra parte, el “Otorgar satisfacción mancomunada, por la vía pacífica, a las pretensiones de las partes contendientes en el conflicto laboral” ⁽¹⁶⁾. De esta forma, los árbitros al resolver un conflicto colectivo laboral, evitan que este se prolongue indefinidamente en el tiempo y deben buscar que con su laudo, las partes de la relación de trabajo satisfagan por igual sus pretensiones, las que no lograron hacer congeniar en la negociación directa que precedió a la solución arbitral.

 ¹⁵ Fundamento N° 9 de la sentencia del 01.07.2013 de la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima. Caso: Sociedad Nacional de Industrias vs. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo: Acción Popular contra el Decreto Supremo 014-2011-TR. Expediente N° 00062-2012-0-1801-SP-LA-01.

¹⁶ Fundamento N° 35 de la sentencia del Tribunal Constitucional del 12.08.2005. Caso: Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público. Expediente N° 0008-2005-PI/TC.

21. El mandato del artículo 28° de la Constitución, por el cual es una obligación estatal el cumplir con la labor de fomento y promoción de la negociación colectiva, permite que el Estado lleve a cabo “determinadas acciones positivas para asegurar las posibilidades de desarrollo y efectividad de la negociación colectiva, pudiendo otorgar determinado “plus de tutela” cuando ésta sea la única vía para hacer posible la negociación colectiva” (17). Esta posición fue adoptada por el Tribunal Constitucional en el año 2003 (18) y ratificada en el año 2013 (19), al sostener que, “el derecho a la negociación colectiva supone que el Estado puede efectuar acciones positivas que tutelen al trabajador, atendiendo a que, en los hechos, este no se encuentra en igualdad de condiciones respecto de su empleador a la hora de la negociación, a efectos de llegar a un acuerdo que satisfaga sus intereses” (20). Una de estas “acciones positivas”, es la de permitir a los trabajadores, optar por el arbitraje potestativo incausado como alternativa a la huelga.

EL ARBITRAJE COMO FORMA DE SOLUCION PACIFICA DE CONFLICTOS LABORALES DE AMBITO COLECTIVO

22. En tanto que uno de los mandatos del artículo 28° de la Constitución, es el promover formas de solución pacífica de los conflictos laborales, la legislación de desarrollo del referido precepto constitucional, debe permitir que el arbitraje, en tanto medio alternativo de resolución de conflictos colectivos de trabajo, esté a disposición y alcance de los trabajadores y empleadores, y que sea un medio con capacidad efectiva de impedir que las negociaciones colectivas queden inconclusas, y que -en consecuencia- el conflicto laboral se prolongue indefinidamente en el tiempo. Y es que nuestro sistema de relaciones colectivas de trabajo, “opta por un modelo que no estimula que los conflictos

 17 Fundamento N° 3 de la sentencia del Tribunal Constitucional del 26.03.2003. Caso: Cámara Peruana de la Construcción-CAPECO vs. Ministerio de Trabajo y Promoción Social, Expediente N° 0261-2003-AA/TC.

18 Expediente N° 0261-2003-AA/TC.

19 Expediente N° 02566-2012-PA/TC.

20 Fundamento N° 7 de la sentencia del Tribunal Constitucional del 16.07.2013. Caso: Sindicato Nacional de Unidad de Trabajadores de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria.

queden abiertos, sino que procura, de acuerdo con el mandato de la Constitución, “formas de solución pacífica de los conflictos laborales”⁽²¹⁾. La caracterización que acabamos de reseñar, le permite afirmar a PASCO COSMOPOLIS, que nuestro sistema de negociación es “cerrado”, como parte del sistema de relaciones colectivas de trabajo, “en razón a que la Ley provee mecanismos para la solución del diferendo si las partes no llegan a un acuerdo directo; es decir, la negociación directa ente las partes no es la única forma de resolver la disputa, ya que existen otros medios pacíficos como la conciliación, la mediación y, sobre todo, el arbitraje”⁽²²⁾. En nuestro sistema de negociación colectiva, “Hay un manifiesto horror al vacío, ante la perspectiva de que una negociación se frustre sin llegar a un resultado”⁽²³⁾. Uno de esos medios pacíficos es el arbitraje, que -al decir de BLANCAS BUSTAMANTE- “es concebido como un mecanismo de “solución”, definitiva del conflicto laboral, dentro de la concepción de que éste debe ser resuelto y no permanecer abierto, por ser ello contrario a la paz social”⁽²⁴⁾.

EL ARBITRAJE POTESTATIVO

23. Para nuestro Tribunal Constitucional, estaremos ante un arbitraje laboral potestativo, “cuando una de las partes tiene la capacidad de obligar a la otra a heterocomponer el desacuerdo a través de la intervención del árbitro”. Ante un conflicto laboral de ámbito colectivo, que se mantiene abierto por falta de acuerdo entre las partes, se permite que “manifestada la voluntad de una de las partes de acudir al arbitraje, la otra tiene

 ²¹ Párrafo 6.7.3. de la Directiva General N° 005-2012-MTPE/2/14: “Lineamientos para la intervención administrativa en conflictos laborales colectivos: los llamados “extraprocesos”, la preferencia por el arbitraje potestativo y la intervención resolutoria como facultad excepcional”, aprobada por la Resolución Ministerial 076-2012-TR, de marzo de 2012.

²² Pasco Cosmópolis, Mario: Negociación colectiva en el Perú. En: Pasco, Mario y De Buen, Néstor (Coordinadores): Pactos normativos de condiciones de trabajo. Contratos colectivos de trabajo. Homenaje al Dr. Américo Pla Rodríguez. Porrúa. México DF, 2009. Página 245.

²³ Pasco Cosmópolis, Mario: Negociación colectiva y arbitraje en el Perú. En: Gorelli Hernández, Juan (Coordinador): El derecho a la negociación colectiva. Liber amicorum profesor Antonio Ojeda Avilés. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Sevilla, 2014. Página 375.

²⁴ Blancas Bustamante, Carlos: Arbitraje laboral. En: Collantes González, Jorge Luis (Director): Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional. Palestra. Lima, 2011. Página 223.

la obligación de aceptar esta fórmula de solución” ⁽²⁵⁾. En el arbitraje potestativo, “la solicitud de una de las partes arrastra necesariamente a la otra. Es decir, no se necesita que concurra la decisión de ambas, sino que basta la de una de ellas. No es, pues, voluntario, en tanto que no hay concierto de voluntades, pero tampoco es obligatorio, porque se requiere siempre la acción de por lo menos una de las partes” ⁽²⁶⁾.

24. En la Directiva General N° 005-2012-MTPE/2/14, se define al arbitraje potestativo, “Llamado también unilateral o voluntario vinculante”, como el “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 obligada la otra parte a dicho sometimiento y decisión” ⁽²⁷⁾.

EL ARBITRAJE POTESTATIVO EN EL REGIMEN LABORAL PRIVADO

25. El arbitraje potestativo forma parte de nuestro ordenamiento laboral, en los términos fijados por el artículo 61° del T.U.O. de la L.R.C.T., el mismo 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”.

Entendemos que la expresión “podrán las partes”, permite que cualquiera de ellas -sea el empleador o sean los trabajadores organizados- pueda pedir que el conflicto laboral se resuelva por medio del arbitraje, quedando la otra parte obligada a aceptar el mismo, lo que configura su modalidad potestativa.



²⁵ Fundamento N° 6 y 8 de la Resolución del Tribunal Constitucional del 10.06.2010. Caso: Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao.

²⁶ Pasco Cosmópolis, Mario: El arbitraje en materia laboral y el amparo constitucional. En: Revista Peruana de Derecho Constitucional N° 4. Centro de Estudios Constitucional del Tribunal Constitucional. Lima, 2011. Página 135.

²⁷ Párrafo 5.1. de la Directiva General aprobada por la Resolución Ministerial 076-2012-TR, de marzo de 2012. Ver nota N° 21.

26. La posición que asumimos, se sostiene en una interpretación sistemática y armonizadora de los artículos 61º, 62º y 63º del T.U.O. de la L.R.C.T. El artículo 61º que acabamos de transcribir, se debe de leer junto con el artículo 62º, que a la letra dice en su primer párrafo:

“En el caso del artículo anterior, los trabajadores pueden alternativamente declarar la huelga conforme a las reglas del artículo 73 (...)”.

En consecuencia, la ley otorga a los trabajadores el derecho de optar por la alternativa del arbitraje potestativo (artículo 61º) o por la alternativa de la huelga (artículo 62º), sin que en ninguno de estos supuestos tenga intervención la parte empleadora.

27. El artículo 46º del reglamento de la L.R.C.T., confirma la posición que asumimos, en tanto dispone que:

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

Nos reiteramos en sostener que dentro del procedimiento de negociación colectiva, cualquiera de las partes puede imponer a la otra parte, el arbitraje bajo su modalidad potestativa, ya que de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 61º y 62º del T.U.O. de la L.R.C.T. y el artículo 46º de su reglamento, si los trabajadores optan por el arbitraje potestativo, su empleador está obligado a aceptarlo. En caso el empleador opte por el arbitraje potestativo, su decisión también se impondrá a los trabajadores, salvo que estos hayan decidido ejercer su derecho de huelga, según lo dispuesto por el artículo 62º, supuesto en el que prevalece la medida de fuerza (por decisión de los trabajadores) sobre el arbitraje potestativo (por decisión del empleador).

28. Téngase presente que el artículo 61º no es el único en la L.R.C.T. donde se usa la expresión “las partes”, para referirse en realidad a cualquiera de ellas. En el primer párrafo del artículo 58º, se establece que:

“Las partes informaran a la Autoridad de Trabajo de la terminación de la negociación, pudiendo simultáneamente solicitar el inicio del procedimiento de conciliación”.

De una primera lectura, parecería que el legislador exige que ambas partes -los trabajadores y su empleador, tratándose de una negociación a nivel de empresa- informen la terminación de la etapa de negociación directa sin que el conflicto se haya resuelto, y que -en caso así lo decidan- soliciten juntas a la Autoridad Administrativa de Trabajo, el inicio de la conciliación. Pero el sentido de la expresión “las partes” cambia, en lo que se refiere al pedido de iniciar la etapa de conciliación administrativa, con solo leer el segundo párrafo del mismo artículo 58° de la L.R.C.T., en el que se dispone:

“Si ninguna de las partes lo solicitara, la Autoridad de Trabajo podrá iniciar dicho procedimiento (de conciliación) de oficio, si lo estimare necesario o conveniente, en atención a las características del caso”.

La expresión “las partes” que se usa en el primer párrafo del artículo 58°, debe ser entendida como cualquiera de las partes, ya sea el empleador o los trabajadores en forma autónoma y no necesariamente conjunta, según se precisa en el segundo párrafo del mismo artículo.

29. Igual ejercicio hemos realizado y a la misma conclusión hemos llegado, luego de hacer una interpretación sistemática y armonizadora de lo dispuesto por los artículos 61° y 62° del T.U.O. de la L.R.C.T. con el artículo 46° de su reglamento, para efectos del arbitraje laboral potestativo, que puede ser solicitado por cualquiera de las partes dentro del procedimiento de negociación colectiva. Esta posición igualmente es asumida por el Ministerio de Trabajo, el que en la Directiva General N° 005-2012-MTPE/2/14, indica que “si el empleador y el sindicato mantuvieran discrepancias durante la negociación colectiva y no fueran capaces de resolver por sí mismos el pliego de reclamos, cualquiera de las partes puede obligar a la otra a someter el conflicto a arbitraje” ⁽²⁸⁾.

²⁸ Párrafo 6.7.2 de la Directiva General aprobada por la Resolución Ministerial 076-2012-TR, de marzo de 2012. Véase la nota N° 21.

EL ARBITRAJE POTESTATIVO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

30. El Tribunal Constitucional acepta la modalidad de arbitraje potestativo, en tanto asume que: “si conforme a la voluntad del Constituyente, el derecho a la huelga debe ser reconocido (y en esa medida, respetado y garantizado), pero no promovido o fomentado, mientras sí deben ser promovidas las formas de solución pacífica de los conflictos laborales, resulta evidente que el arbitraje al que hace alusión el artículo 61° (...) es potestativo (...). Es decir, ante la falta de acuerdo, y manifestada la voluntad de una de las partes de acudir al arbitraje, la otra tiene la obligación de aceptar esta fórmula de solución del conflicto”. Y es que para el Tribunal Constitucional, el arbitraje “al que hace alusión el artículo 61° (...) 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 éste” ⁽²⁹⁾.

31. El Tribunal Constitucional ha reiterado en dos ocasiones, su posición sentada inicialmente en junio del 2010, en el sentido que es el arbitraje en su modalidad potestativa, el que ha sido reconocido por el artículo 61° del T.U.O. de la L.R.C.T., la misma que acabamos de reseñar en el párrafo precedente. La primera de ellas ocurrió en julio de 2013 ⁽³⁰⁾ y la otra en mayo de 2014 ⁽³¹⁾, por lo que se puede sostener que existe un criterio uniforme y consolidado del Tribunal Constitucional, en materia de arbitraje potestativo como medio de solución de conflictos y fórmula de cierre del procedimiento de negociación colectiva.

EL ARBITRAJE POTESTATIVO EN LA JURISPRUDENCIA DEL PODER JUDICIAL

²⁹ Fundamento N° 8 y 9 de la Resolución del Tribunal Constitucional del 10.06.2010. Caso: Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao.

³⁰ Fundamento N° 12 de la sentencia del Tribunal Constitucional del 16.07.2013. Caso: Sindicato Nacional de Unidad de Trabajadores de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria.

³¹ Fundamento N° 10 y 11 de la sentencia del Tribunal Constitucional del 21.05.2014. Caso: Federación de Trabajadores del Sector Comunicaciones del Perú-FETRATEL PERU vs. Telefónica Gestión de Servicios Compartidos S.A.C. Expediente N° 03243-2012-PA/TC.

32. La modalidad de arbitraje potestativo, también ha sido acogida por el Poder Judicial, mediante una sentencia del mes de julio de 2013, de la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, la que señala que “de una interpretación de conformidad con la Constitución y la Ley que promueve la solución pacífica de los conflictos laborales, respecto del artículo 61° de la LRCT, se debe inferir que si los trabajadores optaron por someter el diferendo al arbitraje, la parte empleadora no tiene otra opción que someterse a dicho procedimiento (voluntario para los trabajadores y obligatorio para la empleadora); en cambio, si los trabajadores optan en un inicio el recurrir a la huelga, y en plena paralización de labores, pretenden someter el diferendo a arbitraje, en este supuesto si se necesita la aceptación de la parte empleadora; esto es, a *contrario sensu*, cuando los trabajadores primero optaron por la huelga y luego, si consideran recurrir al arbitraje se necesitará aceptación de la parte empleadora, empero, si desde un inicio el sindicato somete el diferendo al arbitraje, el empleador no necesita aceptar voluntariamente el arbitraje, sino que está obligado a someterse al mismo; en armonía con lo dispuesto por el artículo 28° inciso 2 de la Constitución” ⁽³²⁾.

EL ARBITRAJE POTESTATIVO EN LA DOCTRINA LABORAL NACIONAL

33. El reconocimiento de la modalidad de arbitraje potestativo entre los laboristas nacionales, se puede rastrear desde el año 1992 hasta nuestros días, precediendo tanto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como a la del Poder Judicial, ya reseñadas. Es el caso de TOYAMA MIYAGUSUKU, quien en 1992 sostuvo que el arbitraje de la LRCT “es cuasi-obligatorio, salvo que los trabajadores opten por la huelga porque cualquiera de las partes puede iniciar esta etapa aun cuando la otra se niegue a ella (artículos 61 de la LRCT y 46 del Reglamento)” ⁽³³⁾. Por su parte, FERRO DELGADO sostuvo en 1994, que “si bien el artículo 61° de la Ley pudiera llevar a considerar que cualquiera de las partes puede someter el diferendo a arbitraje sino se hubiese arribado a un acuerdo en negociación

³² Fundamento N° 15 de la sentencia del 01.07.2013 de la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima. Ver nota N° 15.

³³ Toyama Miyagusuku, Jorge: La Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo: ¿promoción a la negociación colectiva? En: *Ius et Veritas* N° 5. Lima, 1992. Página 102.

directa o en conciliación, una lectura más cuidadosa de las normas pertinentes conducen inequívocamente a la conclusión de que la alternativa de escoger entre una u otra vía ha sido otorgada a los trabajadores. Es por ello que el artículo 62° alude a que si no ha mediado el acuerdo, los trabajadores podrán alternativamente declarar la huelga (...) acertadamente la Ley traslada el ejercicio de la opción a los trabajadores y no exige consenso de las partes para que el arbitraje pueda llevarse a cabo" (34).

34. Otra importante opinión a considerar es la de PASCO COSMOPOLIS, quien sostuvo en 1997, que algunas legislaciones latinoamericanas permiten que el arbitraje se instaure a pedido de cualquiera de las partes, "o solo de los trabajadores (México). Esto no es ya un arbitraje voluntario; ciertamente no lo es para la parte que no lo pidió, que se ve compelida a aceptarlo sin posibilidad de rechazarlo o impedirlo. La figura se asemeja mucho más al arbitraje obligatorio, y ha sido denominada como arbitraje potestativo, en la medida en que confiere a una de las partes o a ambas la potestad de arrastrar la decisión ajena con la propia. Así acontece con el sistema mexicano, que define el arbitraje como potestativo para los trabajadores pero obligatorio para los patronos. La LRCT peruana se inclina por una modalidad similar, lo cual es corroborado por su Reglamento" (35).

35. Por su parte, BOZA PRO y CANESSA MONTEJO, sostuvieron en el año 2000, que "cualquiera de las partes puede someter la controversia a arbitraje (...) pero vinculando la decisión de los trabajadores al empleador" (36). Por su parte, DE LOS HEROS PEREZ ALBELA, sostuvo en un ensayo publicado en el 2009, que "la tesis potestativa es concordante con la estructura constitucional cuya finalidad de fomentar y solucionar pacíficamente los conflictos colectivos se frustraría y no se cumpliría en caso de que el arbitraje fuera voluntario (...). El entender del (sic) arbitraje laboral como una solución potestativa de las partes o incluso ejercida conjuntamente por ambas, resuelve, a nuestro

³⁴ Ferro Delgado, Víctor: El arbitraje en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. En: Asesoría Laboral N° 38. Lima, febrero 1994. Página 13.

³⁵ Pasco Cosmópolis, Mario: Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo. AELE, Lima, 1997. Página 179.

³⁶ Boza Pro, Guillermo y Canessa Montejo, Miguel: Relaciones Colectivas de Trabajo: entre la flexibilidad y el intervencionismo estatal. En: AA.VV.: Estudios sobre la flexibilidad en el Perú. Oficina Internacional del Trabajo. Lima, 2000. Página 222.

juicio, de mejor manera el sentido constitucional de fomentar soluciones pacíficas al conflicto colectivo" ⁽³⁷⁾.

36. Resulta pertinente citar también la opinión de BLANCAS BUSTAMANTE, quien en el año 2011, sostuvo que "Otra característica del arbitraje en la negociación colectiva, es que, como resultado de la interpretación sistemática de las normas de la ley (arts. 61° a 63°) especialmente la correlación entre los artículos 61° y 63°, aquel se configura como un arbitraje "potestativo", en el sentido de que la decisión de someter el conflicto al arbitraje corresponde a los trabajadores, debiendo en tal caso el empleador someterse a dicho procedimiento, sin tener la facultad de oponerse o negarse, salvo en el supuesto contemplado en el artículo 63°" ⁽³⁸⁾. Concluimos este recuento de reflexiones doctrinarias de laboristas peruanos, con BOZA PRO y AGUINAGA MEZA, quienes en el año 2013, llegan a la conclusión, que "el fundamento normativo del arbitraje potestativo como medio alternativo de solución de conflictos colectivos de trabajo lo encontramos en el artículo 28.2 de la Constitución. En ese sentido, las interpretaciones que entienden que tanto la LRCT como su reglamento recogen el arbitraje unilateral o potestativo tienen pleno fundamento constitucional, o para decirlo en otros términos, ni el reglamento es ilegal, ni este ni la LRCT resultan inconstitucionales por establecer un arbitraje de dicha naturaleza" ⁽³⁹⁾.

EL ARBITRAJE LABORAL POTESTATIVO ES UN ARBITRAJE INCAUSADO O NO CONDICIONADO

37. Habiendo demostrado que el artículo 61° del T.U.O. de la L.R.C.T., establece el arbitraje laboral potestativo, posición en la que nos acompaña el Tribunal Constitucional,

³⁷ De los Heros Pérez Albela, Alfonso: El arbitraje en la relación laboral privada y en la relación colectiva de trabajo. En: Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje. Palestra. Lima, 2009. Páginas 123 y 124.

³⁸ Blancas Bustamante, Carlos: La naturaleza del arbitraje en la negociación colectiva. En: Boletín Viceministerio de Trabajo N° 11. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Lima, noviembre del 2011.

³⁹ Boza Pro, Guillermo y Aguinaga Meza, Ernesto: El deber de negociar y el arbitraje potestativo como parte del contenido del derecho constitucional de negociación colectiva. En: Derecho N° 71. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2013. Página 307.

magistrados del Poder Judicial y un amplio y calificado número de representantes del laborismo nacional, corresponde ahora abordar su naturaleza incausada o no condicionada, pues el texto del citado artículo de la L.R.C.T. ("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"), no exige específicos motivos que deban acreditarse o puntuales causas habilitantes cuyo cumplimiento sea indispensable demostrar, para permitir que se pase a la etapa arbitral, dentro de la negociación colectiva en trámite.

38. Lo único que fija la L.R.C.T., son dos momentos en los que cualquiera de las partes puede imponer a la otra, el arbitraje potestativo. El primero de estos momentos, se presenta cuando se da por fracasada la etapa de negociación directa. Esta etapa -cabe recordar- se lleva a cabo "en los plazos y oportunidades que las partes acuerden, dentro o fuera de la jornada laboral" (artículo 57°), debiendo las partes informar a la Autoridad Administrativa de Trabajo, de la terminación de la misma por no haberse llegado a un acuerdo generador de una convención colectiva de trabajo (artículo 58°, primer párrafo). Y el segundo de estos momentos, se presenta cuando se da por fracasada la etapa de conciliación, siempre que esta etapa se haya iniciado por solicitud de los representantes de los trabajadores, solicitud que debió ser formulada oportunamente ante la Autoridad Administrativa de Trabajo (artículo 58°, segundo párrafo).

39. Es pertinente recordar que en el mes de septiembre del año 2011, se publicó en el diario oficial El Peruano, el Decreto Supremo 014-2011-TR, por el cual se agrega dentro del capítulo dedicado al arbitraje en el reglamento de la L.R.C.T., un nuevo artículo numerado como 61°-A, que a la letra dice:

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

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

La reforma parcial del reglamento de la L.R.C.T., se completó con la publicación de la Resolución Ministerial 284-2011-TR, mediante la que se aprobaron normas complementarias a lo establecido en el Decreto Supremo 014-2011-TR, sobre el arbitraje potestativo, incluyendo un listado no taxativo de supuestos que deben ser calificados como actos de mala fe en la negociación colectiva.

40. Como ya viene dicho, la L.R.C.T. no exige específicos motivos que deban acreditarse o puntuales causas habilitantes cuyo cumplimiento sea indispensable demostrar, para permitir el arbitraje potestativo, pues lo único que establece la L.R.C.T. son los dos momentos en los que cualquiera de las partes puede imponer a la otra el arbitraje potestativo, ante el fracaso de la negociación directa o de la conciliación, según sea el caso, en convertirse en la etapa en la que se llega a un acuerdo con el que se pone fin a la negociación colectiva ⁽⁴⁰⁾. Es por vía reglamentaria, mediante la reforma dispuesta por el ya mencionado Decreto Supremo 014-2011-TR, que aparecen dos supuestos habilitantes cuya ocurrencia facultaría a las partes a interponer el arbitraje potestativo.

41. Para superar la discrepancia que se presenta entre la L.R.C.T. y su reglamento en el extremo modificado en septiembre de 2011, se debe interpretar que los supuestos del artículo 61º-A del reglamento, no son los únicos eventos que permiten la interposición del arbitraje potestativo, en tanto que resultaría inaceptable que por vía reglamentaria se limite el acceso a una modalidad de solución pacífica de conflictos colectivos laborales, que en su original formulación por la ley, no admite limitación ni delega en el reglamento que se establezcan requisitos adicionales a los circunstanciales (fracaso de la etapa de negociación directa o fracaso de la etapa de conciliación administrativa), que la propia ley señala. Los supuestos regulados en el artículo 61º-A del reglamento de la L.R.C.T., deben ser tomados como meramente ejemplificativos o enunciativos del universo de particulares circunstancias y hechos que pueden haber impedido que las partes celebren una convención colectiva en la negociación directa o en la conciliación, y de cuya evaluación las partes han

⁴⁰ Cfr. AA.VV.: Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo comentada. Consultores Jurídicos Asociados. Lima, 1994. Página 133.

descartado recurrir a la mediación o ejercer su derecho de huelga, en el caso de los trabajadores, optando -cualquiera de ellas- por el arbitraje potestativo.

42. Consideramos que en ningún caso los del artículo 61°-A del reglamento de la L.R.C.T., pueden ser los únicos supuestos que facultan a las partes a acceder al arbitraje potestativo, condición de exclusividad que el reglamento no reclama para sí, en lo dispuesto en el artículo bajo comentario. Una interpretación como la que proponemos, cierra el paso a cualquier intento de limitar el contenido normativo de la L.R.C.T. en materia de arbitraje potestativo, intento que de convalidarse por un tribunal arbitral, por ejemplo, sería lesivo a lo dispuesto en el artículo 28°, como a lo establecido en el inciso 8 del artículo 119° de la Constitución ("Corresponde al Presidente de la República: (...) Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas (...)").

43. La doctrina laboralista nacional, ha señalado la existencia de mandatos diferentes en la L.R.C.T. y en su reglamento, en materia de arbitraje potestativo, en términos similares a lo que hemos sostenido en los párrafos precedentes. Y es así que para PASCO COSMOPOLIS, tanto el Decreto Supremo 014-2011-TR como la Resolución Ministerial 284-2011-TR, son "dos normas fallidas, que presuntamente interpretan la posición del Tribunal Constitucional adoptada (...) (al resolver el caso del Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao) pero que en realidad la transgreden y tergiversan" (⁴¹).

44. Al respecto se ha pronunciado también BLANCAS BUSTAMANTE, para quien el artículo 61°-A del reglamento, "admite la existencia del arbitraje potestativo únicamente cuando la falta de acuerdo entre las partes obedezca a algunos de los supuestos (...) (que él mismo establece). Como se puede advertir, esta norma, si bien admite la existencia del arbitraje potestativo, tiene un contenido restrictivo respecto de la posición asumida por el Tribunal Constitucional para el cual el contenido del artículo 61° de la ley establece un arbitraje de carácter potestativo, aplicable, por tanto, a cualquier caso en que las partes no

⁴¹ Pasco Cosmópolis, Mario: El arbitraje en materia laboral y el amparo constitucional. En: Revista Peruana de Derecho Constitucional N° 4. Ob. Cit. Página 136.

arriben a acuerdo en la negociación directa, o la conciliación, y no solo a los supuestos que señala el decreto reglamentario. Es evidente por ello, que la lectura que hace el Poder Ejecutivo (con la aprobación del Decreto Supremo 014-2011-TR) de la resolución del TC (en el caso de los trabajadores marítimos y portuarios del puerto del Callao), es incorrecta y mutila sus alcances, dejando abierta la puerta a la prolongación de conflictos derivados de la negociación colectiva, cuando no se pueda acreditar que la falta de solución a los mismos obedece a la mala fe del empleador, lo que marcha en sentido contrario al deber constitucional que tiene el Estado de fomentar la negociación colectiva y promover la solución pacífica de los conflictos laborales” (⁴²).

45. Por su parte, UGAZ OLIVARES es de la opinión que con el artículo 61°-A del reglamento, “se introducen reglamentariamente dos supuestos de arbitraje potestativo, con prescindencia de que para el Tribunal Constitucional el arbitraje regulado en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo -bajo cualquier modalidad- es potestativo (...) el arbitraje regulado en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo es potestativo de manera general (...) atendiendo a lo que ha interpretado el Tribunal Constitucional, se podría optar por el arbitraje potestativo en cualquier escenario de negociación” (⁴³). En el caso de MORALES CORRALES, este autor sostiene que “no se puede entender que mediante D.S. N° 014-2011-TR se regule el arbitraje potestativo solo en (...) (dos) supuestos (...) enturbiando y dilatando increíblemente el proceso de negociación colectiva y propiciando que alguna de las partes incurran en un acto de mala fe para ser acusado de este y así tener la seguridad de poder hacer uso del arbitraje potestativo en caso fuese necesario (...). Por ello estimamos que dichas disposiciones deben ser derogadas pues el arbitraje potestativo ya se encontraba definido en la LRCT, y en especial, en su reglamento y el Tribunal Constitucional” (⁴⁴).

⁴² Blancas Bustamante, Carlos: La naturaleza del arbitraje en la negociación colectiva. En: Boletín del Viceministerio de Trabajo N° 11. Ob. Cit.

⁴³ Ugaz Olivares, Mauro: La heterocomposición de las negociaciones colectivas de trabajo: el arbitraje potestativo. En: V Congreso Nacional. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, 2012. Páginas 274 y 276.

⁴⁴ Morales Corrales, Pedro: Negociación Colectiva: Interpretación a partir de la legislación laboral y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: Suplemento de Análisis Legal del Diario Oficial El Peruano. Lima, 30 de abril de 2013. Página 5.

46. Para BOZA PRO y AGUINAGA MEZA, el artículo 61º-A del reglamento (de la L.R.C.T.) es controvertido, en tanto tendría como efecto que “el arbitraje potestativo se circunscriba únicamente a los supuestos de determinación del nivel de negociación o a las negociaciones realizadas en contravención al principio de buena fe”. Para estos laboristas, “resulta inconsistente (con el mandato que dimana del artículo 28º de la Constitución) considerar al arbitraje potestativo como una figura excepcional” ⁽⁴⁵⁾.

47. En el caso de MENDOZA LEGOAS, este autor señala que “las normas de la LRCT nada dicen sobre la mala fe como causal para la interpretación del arbitraje potestativo. En el fundamento 5 de su sentencia de 17 de agosto de 2009, el Tribunal Constitucional convalidó e hizo suya la interpretación de que la LRCT contempla una regulación que prescinde de la alegación de una causa por la parte trabajadora, bastando en dicho supuesto que las partes no lleguen a un acuerdo en negociación directa (tal y como refiere el art. 61 LRCT). Pues bien, en el nivel reglamentario, el art. 61-A (...) contiene una regulación que, en principio, recoge solamente a algunas de las especies dentro del género de vulneraciones al derecho a la negociación colectiva (...). Pero debe decirse que resulta evidente que el art. 61-A (...) no restringe al arbitraje potestativo a esos dos únicos supuestos (...). Tan solo procedimentaliza la interposición en dos supuestos (los más comunes) sin que sea posible argumentar que se trate de una regulación que deje sin efecto a los otros supuestos de arbitraje potestativo, que claramente permanecen vigentes (...) cabe diferenciar los supuestos de arbitraje potestativo interpuestos al amparo del art. 61 LRCT (al fracaso de la negociación directa o la conciliación) de los interpuestos al amparo de las causales del art. 61-A del (...) (reglamento). En los primeros, basta la voluntad de una de las partes para que la contraria se vea vinculada a acudir al arbitraje. En el segundo caso, la procedencia del arbitraje deberá ser evaluada por el tribunal arbitral que se conforme, el mismo que determinará su propia competencia en el procedimiento arbitral” ⁽⁴⁶⁾.

⁴⁵ Boza Pro, Guillermo y Aguinaga Meza, Ernesto: El deber de negociar y el arbitraje potestativo como parte del contenido del derecho constitucional de negociación colectiva. En: Derecho N° 71. Ob. Cit. Página 307.

⁴⁶ Mendoza Legoas, Luis: Arbitraje colectivo laboral de tipo potestativo en el Perú: una definición a partir de pronunciamientos jurisdiccionales y administrativos. En: Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social N° 36. Madrid, febrero de 2014.

LOS TRIBUNALES ARBITRALES Y EL ARBITRAJE POTESTATIVO: RECONOCIMIENTO DE SU NATURALEZA INCAUSADA

48. La tesis que sostenemos, por la que el arbitraje potestativo en la L.R.C.T. es de naturaleza incausada o no condicionada, ha sido asumida en al menos seis resoluciones de tribunales arbitrales. A continuación, presentaremos los principales argumentos que sustentan dichas decisiones arbitrales.

48.1. Arbitraje entre el Sindicato Unitario de Trabajadores de Celima S.A. y conexos y la Empresa Cerámica Lima S.A. (Expediente N° 127835-2011-MTPE/1/20.21): en abril de 2013 el Tribunal Arbitral resolvió por mayoría (árbitros Romero Montes y Gutiérrez Paredes) declarar procedente el arbitraje potestativo, argumentando "que siendo el arbitraje previsto por el artículo 61 concordado con su artículo 63 de la Ley de Relaciones Colectivas uno de carácter potestativo, y no siendo necesaria la aceptación del empleador para la vía de solución propuesta por los trabajadores, en el presente arbitraje carece de objeto analizar si existieron actos de mala fe por parte de la empresa". En la citada resolución se señala también que "Si bien el Decreto Supremo N° 014-2011-TR y la Resolución Ministerial N° 284-2011-TR restringen el Arbitraje Potestativo a dos requisitos no previstos en la ley, el Tribunal Arbitral prefiriendo la Constitución que promueve expresamente las vías pacíficas de solución de conflictos en su artículo 28 y los artículos 61 y 63 de la Ley de Relaciones Colectivas así como la interpretación de dichas normas efectuadas por el Tribunal Constitucional sobre el arbitraje potestativo, consideran que el presente arbitraje debe continuar".

48.2. Arbitraje entre el Sindicato de Trabajadores de la Zona Registral N° IX-Sede Lima y la Zona Registral N° IX-Sede Lima de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Expediente N° 0057-2013-MTPE/2/14): en febrero de 2014 el Tribunal Arbitral resolvió por unanimidad (árbitros Zavala Costa, Villavicencio Ríos y Margary Brignole) declarar procedente el arbitraje potestativo solicitado por la referida organización sindical, la que formuló su pedido "al amparo del artículo 61 del TUO de la Ley de Relaciones

Colectivas de Trabajo (...), esto es, como un arbitraje potestativo incausado, no sujeto a los condicionamientos del artículo 61-A del Reglamento de la LRCT”.

48.3. Arbitraje entre la Federación de Trabajadores del Sistema Nacional de los Registros Públicos y la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Expediente N° 020-2013-MTPE/2/14): en febrero de 2014 el Tribunal Arbitral resolvió por unanimidad (árbitros Zavala Costa, Villavicencio Ríos y Margary Brignole) declarar procedente el arbitraje potestativo solicitado por la referida organización sindical, con idéntico argumento al desarrollado en la resolución reseñada en el párrafo precedente.

48.4. Arbitraje entre el Sindicato de Trabajadores Textiles del Consorcio ROBRISA S.A. y el Consorcio ROBRISA S.A. (Expediente N° 94749-2013-MTPE): en mayo de 2014 el Tribunal Arbitral resolvió por unanimidad (árbitros Villavicencio Ríos, Ulloa Millares y Franco Pérez) declarar procedente el arbitraje potestativo solicitado por la referida organización sindical, la que formuló su pedido sosteniendo que “El arbitraje en la negociación colectiva laboral es naturalmente potestativo, sin necesidad de que se configure causal o supuesto alguno adicional”.

48.5 Arbitraje entre el Sindicato de Trabajadores de EDEGEL S.A.A. y la Empresa de Generación Eléctrica de Lima-EDEGEL S.A.A. (Expediente N° 165-2013-MTPE/2/14): en mayo de 2014 el Tribunal Arbitral resolvió por mayoría (árbitros Zavala Costa y Villavicencio Ríos) declarar procedente el arbitraje potestativo solicitado por la referida organización sindical, la que formuló su pedido amparándose “en lo dispuesto en el artículo 61° del TUO de la LRCT que (...) consagra un arbitraje potestativo no condicionado o incausado”.

48.6. Arbitraje entre el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú y la empresa Telefónica del Perú S.A.A. (Expediente N° 145-2013-MTPE/2.14): en septiembre de 2014 el Tribunal Arbitral resolvió por unanimidad (árbitros Ulloa Millares, Varillas Cueto y Arce Ortiz) declarar procedente el arbitraje potestativo solicitado por la referida organización sindical, en base a las siguientes afirmaciones:

- a) “El artículo 61 de la LRCT y el artículo 46 del Reglamento de la LRCT no establecen condicionamientos ni causales habilitantes para acceder al arbitraje, simplemente regulan la posibilidad de que ambas partes puedan acudir a este procedimiento cuando el ejercicio del derecho a negociar libremente no les permita arribar a un acuerdo o solución del conflicto. Siendo ello así, lo que en puridad regulan dichas normas es un arbitraje de naturaleza potestativa incausada o no condicionada” (Párrafo 1.30)
- b) “Este Tribunal considera (...) que, permitir que la negociación se prolongue en el tiempo sin que se arribe a una solución del conflicto, dejando a las partes sin una regulación o herramienta que les permita poner fin al diferendo, implicaría indirectamente vaciar de contenido al derecho a la negociación en sí ya que esta última no arrojaría ningún resultado y no cumpliría la finalidad para la cual ha sido creada. En este orden de ideas, la regulación infra-constitucional del arbitraje potestativo es vista, (...) como una manifestación del deber del Estado de promover mecanismos de solución pacífica de controversias a nivel laboral” (Párrafo 1.34)
- c) “(...) de una lectura congruente y armónica entre la LRCT y el Reglamento de la LRCT no puede concluirse que el arbitraje potestativo regulado en el artículo 61 de la LRCT sea procedente únicamente en los supuestos incorporados por el Decreto Supremo 014-2011-TR, toda vez que por vía reglamentaria se estaría limitando una facultad que, en su formulación legal, no admite limitación ni reserva alguna” (Párrafo 1.39)
- d) “(...) la interpretación de que el tipo de arbitraje regulado en el artículo 61 de la LRCT es uno de naturaleza potestativa e incausada encuentra asidero en los recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional que, a su vez, son criterios de interpretación que deben ser observados por los jueces y, en consecuencia, también por los miembros de los Tribunales Arbitrales” (Párrafo 1.45).

49. El repaso precedente nos permite afirmar la existencia de una jurisprudencia arbitral, en materia de arbitraje potestativo incausado, en tanto entre las resoluciones reseñadas existe “un cierto grado de homogeneidad y de coherencia” ⁽⁴⁷⁾, en la misma línea argumental que venimos desarrollando en esta resolución.

⁴⁷ Cremades, Anne-Carole: Jurisprudencia arbitral. En: Collantes González, Jorge Luis (Director): Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional. Ob. Cit. Página 689.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL ARBITRAJE POTESTATIVO:
RECONOCIMIENTO DE SU NATURALEZA INCAUSADA

50. Para abundar en la naturaleza incausada o no condicionada del arbitraje potestativo, cabe recurrir a la jurisprudencia constitucional, para traer a colación su sentencia del mes de julio del año 2013, en el caso del Sindicato Nacional de Unidad de Trabajadores de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Expediente N° 02566-2012-PA/TC), donde se sostiene y reitera que, “manifestada la voluntad de una de las partes de acudir al arbitraje, la otra tiene la obligación de aceptar esta fórmula de solución del conflicto”, sin que se exija a la parte que formula esa manifestación de voluntad, que acredite las razones de su pedido o se le imponga la carga de la prueba sobre los hechos y circunstancias que permitirá la evaluación y posterior decisión por parte del tribunal arbitral, sobre el requerimiento formulado, declarando en su momento la procedencia o improcedencia del arbitraje potestativo.

51. El Tribunal Constitucional en su sentencia del mes de mayo del año 2014, en el caso de la Federación de Trabajadores del Sector Comunicaciones del Perú-FETRATEL PERU (Expediente N° 03243-2012-PA/TC), recuerda que “sometido el diferendo a arbitraje por cualquiera de las partes, la otra tiene el deber de someterse a éste”, por lo que concluye en este caso en particular, que “al haber solicitado la federación recurrente someter a arbitraje la negociación colectiva 2009-2010, y ante la negativa de la sociedad emplazada (...) corresponde que la demanda sea estimada” (Fundamento N° 11). El Tribunal Constitucional declara fundada la demanda, “porque se ha acreditado la vulneración del derecho de negociación colectiva de los trabajadores afiliados a la Federación de Trabajadores del Sector Comunicaciones del Perú”.

52. Ni en su sentencia de julio de 2013 ni en la de mayo de 2014, reseñadas en los dos párrafos precedentes, el Tribunal Constitucional ha exigido a las organizaciones sindicales demandantes, que demuestren o acrediten específicos motivos o puntuales causas que sirvan de sustento para que se disponga la procedencia del arbitraje potestativo, que

aquellas solicitaron en su momento a sus respectivos empleadores, en los procedimientos de negociación colectiva en trámite, pues tal pedido no es una exigencia que haya sido establecida por la L.R.C.T.

53. Por los fundamentos doctrinarios, legales y jurisprudenciales, hasta aquí desarrollados, consideramos procedente el arbitraje teniendo como base lo dispuesto en el artículo 61° del T.U.O de la L.R.C.T. (para el régimen laboral de la actividad privada) y en el artículo 74° del Reglamento General de la LSC (para el régimen laboral de la actividad pública), disposiciones que en ambos casos establecen el arbitraje de conflictos colectivos de trabajo bajo la modalidad potestativa, sin condicionamiento ni causa justificante a ser acreditada para la parte que lo invoca, convirtiéndolo en un arbitraje potestativo incausado o no condicionado.

SE RESUELVE:

- 1.- Declarar la IMPROCEDENCIA del arbitraje potestativo invocando la comisión de actos de mala fe por parte de la empleadora, por ser una modalidad ajena al marco normativo aplicable a la negociación colectiva en trámite.
- 2.- Declarar la PROCEDENCIA del arbitraje potestativo incausado, al amparo del artículo 74° del Decreto Supremo 040-2014-PCM, Reglamento General de la Ley del Servicio Civil.



Martín Alberto Carrillo Calle
Árbitro

Reg. CAL N° 22204