LA NATURALEZA DEL ARBITRAJE EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

-Carlos Blancas Bustamante*

1. Los conflictos en materia laboral.

En el Derecho del Trabajo, se reconoce la existencia de dos clases de conflictos: los conflictos jurídicos o de derecho y los conflictos económicos o de intereses. En los primeros, como en cualquier otro conflicto jurídico, la controversia versa sobre el incumplimiento o la interpretación de la norma que debe ser aplicada a una situación concreta y, por consiguiente, la solución de la misma residirá en que la autoridad competente decida acerca de la aplicación de aquella o realice su interpretación. En cambio, en la segunda clase de conflictos, la divergencia no gira en torno a la aplicación o interpretación de una norma pues esta no existe, de modo que el conflicto gira en torno a los intereses contrapuestos de ambas partes, por lo cual su posible solución consistirá en que estas lleguen a un acuerdo, en cuyo caso crearán una norma que lo materialice. En estos conflictos, típicos del Derecho Laboral, lo que está en juego es la aspiración de los trabajadores, representados por los Sindicatos, de mejorar sus ingresos y condiciones de empleo para lo cual los ordenamientos jurídicos reconocen el derecho a la negociación colectiva, el cual, además, se encuentra amparado por el Convenio Nº 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). El producto de la negociación colectiva, denominado Convención o Convenio -también Pacto-, colectivo de trabajo tiene efectos normativos sobre las relaciones individuales de trabajo a las que se aplica y, por consiguiente, es considerado como una fuente de derecho objetivo.

Desde otro punto de vista, atinente no al contenido del conflicto sino a la realidad de sus protagonistas, se distingue entre conflictos individuales y conflictos colectivos. En los primeros, está en juego el trabajador considerado individualmente y, en el segundo, una categoría, grupo o sector de trabajadores que poseen intereses comunes.

Combinando ambos criterios tenemos que los conflictos individuales son siempre conflictos jurídicos o de derecho, en tanto que los conflictos colectivos pueden ser conflictos de derecho o conflictos económicos.

2. El arbitraje en los conflictos colectivos económicos.

Los conflictos colectivos económicos se expresan, y deben encontrar su solución natural, en la negociación colectiva. Esta es un proceso de intercambio entre los empleadores y los trabajadores, en el que no sólo la consistencia de las posiciones de las partes sino, también -y a veces de una manera determinante- la fuerza de los protagonistas cumple un rol importante. En la negociación colectiva se patentiza la divergencia de intereses que

caracteriza las relaciones entre empresarios y trabajadores, por lo que la solución del conflicto debe encontrarse en la misma negociación, mediante el acuerdo de las partes o, de no ser posible este, acudiendo a otros procedimientos, que deben ser respetuosos del principio de autonomía colectiva, esto es del derecho de las partes sociales a regular sus propias relaciones sin la intervención del Estado.

Por ello, en el Derecho Laboral, se admiten dos formas de solución de los conflictos económicos, a saber:

- La AUTOCOMPOSICIÓN, basada en el arreglo directo del conflicto por las propias partes; y

- La HETEROCOMPOSICIÓN, por la cual el conflicto es resuelto por un tercero, ajeno a las partes, pudiendo distinguirse a su vez entre los procedimientos obligatorios y los voluntarios, según que la intervención del tercero se produzca por disposición de la ley o por acuerdo de

Para contribuir a la solución del conflicto, existe un elenco de procedimientos que la praxis social ha legitimado y que las normas internacionales y los ordenamientos nacionales fomentan. Estos son, básicamente, la conciliación, la mediación y el arbitraje, los cuales obedecen al propósito de que los conflictos laborales no se mantengan abiertos durante largos períodos, afectando la paz social, y, asimismo, que las partes de la controversias satisfagan, cuando menos de forma parcial, sus pretensiones.

La conciliación y la mediación son mecanismos de autocomposición del conflicto en la medida que la decisión final acerca de cualquier fórmula de solución corresponde a las partes, aunque, a diferencia de la negociación directa, ambos procedimientos se caracterizan por la intervención de un tercero cuya presencia tiene por objeto ayudar a las partes a encontrar el acuerdo que no han podido lograr por sí solas, teniendo dicho tercero un mayor grado de intervención y protagonismo en la mediación que en la conciliación, pues en aquella puede llegar, incluso a elaborar y someter a consideración de las partes fórmulas de solución.

A diferencia de la conciliación y la mediación, el arbitraje es un típico mecanismo de heterocomposición del conflicto, en cuanto las partes someten a un tercero, ajeno y neutral, el diferendo para que lo resuelva. En este caso, la decisión del árbitro es vinculante para las partes, que, por ello, están obligadas a acatar su laudo. Desde esta perspectiva, el arbitraje es concebido como un mecanismo de “solución”, definitiva del conflicto laboral, dentro de la concepción de que este debe ser resuelto y no permanecer abierto, por ser ello contrario a la paz social.

En materia laboral, aplicando categorías comunes a otras ramas del Derecho, pueden identificarse tres clases de arbitraje: el voluntario o facultativo, el obligatorio y el potestativo.

El arbitraje voluntario, como en general en el Derecho privado, tiene como origen la común voluntad de las partes de someter la controversia a la decisión de un tercero. La legitimación de este para dictar una solución vinculante para las partes radica, precisamente, en la manifestación de voluntad de ambas, la cual lo inviste de la potestad de dirimir el conflicto, con efectos vinculantes. Mirando hacia el Derecho Laboral, se puede distinguir, a su vez, entre el arbitraje adoptan la decisión de someter el diferendo al arbitraje, sino que deciden qué persona o institución lo realizará, o la propia conformación del órgano arbitral (arbitraje unipersonal o colegio arbitral), y el arbitraje *"institucional público"*, en el cual una vez tomada la decisión de las partes de someterse a un arbitraje, este, necesariamente, queda a cargo de un órgano arbitral preestablecido, de carácter público, el cual, según los ordenamientos, puede ser la Administración del Trabajo o Tribunales o cuerpos colegiados creados por el Estado para ejercer esta función, con el objeto de facilitar a las partes recurrir a este mecanismo al contar con órganos establecidos para ello.

El arbitraje obligatorio es aquel que se realiza prescindiendo de la voluntad de las partes - e, incluso, contra ésta-, pues una vez producido el desacuerdo definitivo de estas en la negociación colectiva, el conflicto es sometido *ex lege* al arbitraje, normalmente a cargo de un autoridad pública o de un órgano arbitral público preestablecido. Esta modalidad obedece a la idea de que el Estado debe resolver el conflicto laboral, cuando las partes no lo han hecho, a fin de garantizar la paz social, siendo empleado, frecuentemente, en caso de huelgas prolongadas o que afectan a sectores neurálgicos. No obstante, la OIT, conforme a los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical, considera que el arbitraje obligatorio sólo es admisible respecto de los conflictos laborales que tengan lugar en el marco de los "servicios esenciales", que son aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas en toda o parte de la población. Fuera de este supuesto, el arbitraje obligatorio es considerado contrario al Convenio 98 de la OIT.

Finalmente, el arbitraje potestativo (solución *"procedimental rogada"* la llama Alonso Olea[1]) es una clase de arbitraje que tiene lugar a petición de una de las partes, por lo cual la otra queda sometida al arbitraje. La lógica de esta modalidad, consiste en dar a los trabajadores o Sindicatos, la opción, una vez frustrada la negociación directa entre las partes, de optar por el ejercicio del derecho de huelga y, por esta vía, presionar al empleador para que efectúe concesiones que permitan solucionar el conflicto, o someter la controversia a un tercero. En este caso, también la necesidad de procurar la paz social y

[1] ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, "Derecho del Trabajo", Décimo novena edición, Civitas Edi ciones S.L., Madrid, 2001, p.1,000.

evitar situaciones de conflicto abierto, como la huelga, llevan a adoptar este mecanismo, el cual, en el peculiar contexto de las relaciones laborales, tiene una justificación que fuera de aquel no existe.

Cualquiera que sea la modalidad que en un determinado ordenamiento jurídico se adopte, es necesario puntualizar que el arbitraje sobre el conflicto colectivo económico (negociación colectiva) es un arbitraje de equidad, pues dicho conflicto no puede resolverse mediante la aplicación o interpretación de una norma preexistente al mismo.

3. La solución pacífica de los conflictos laborales y el arbitraje en la negociación colectiva, según la Constitución.

Como antes se ha señalado, el Artículo 28° inciso 2 de la Constitución señala expresamente que el Estado ***"(…) PROMUEVE FORMAS DE SOLUCION PACIFICA DE LOS CONFLICTOS LABORALES."***

El arbitraje, como medio de solución de las controversias laborales relativas a la negociación colectiva, ha sido previsto en el artículo 61º del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo[2] (en adelante TUO-LRCT). No obstante, este mecanismo, tiene sustento constitucional directo en el artículo 28.2 de la Constitución el cual señala que ***"El Estado fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales."*** (Subrayado agregado).

Los mecanismos de solución pacífica, reconocidos en el ámbito de las relaciones laborales, como se ha señalado antes, son: la conciliación, la mediación y el arbitraje. Al respecto, el Tribunal Constitucional, ha señalado, en referencia a la primera oración del artículo 28.1 de la Constitución, lo siguiente:

> *En cuanto al primer aspecto, el fomento se viabiliza a través de la expedición de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo para el caso de la actividad privada.*
> *En cuanto al segundo, la promoción se viabiliza según la norma anotada, a*

[2] Aprobado por el Decreto Supremo Nº 010-2003-TR.

través de los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje. (STC Nº 008-2005-PI/TC, FJ.35).

El hecho de que la Constitución indique que el Estado debe "promover" la solución pacífica de los conflictos colectivos, ha merecido, también, la interpretación del Tribunal Constitucional, el cual ha señalado que:

> *Esta promoción se justifica en razón de las dos consideraciones siguientes:*
> *-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.*
> *– Otorgar satisfacción mancomunada, por la vía pacífica, a las pretensiones de las partes contendientes en el conflicto laboral.* (STC Nº 008-2005-PI/TC, FJ.35).

De este modo, el uso de los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje, tiene por objeto que los conflictos laborales no se mantengan abiertos durante largos períodos, afectando la paz social, y, asimismo, que las partes de la controversias satisfagan, cuando menos de forma parcial, sus pretensiones.

El TC hace referencia a los mecanismos de solución de la negociación colectiva previstos en la legislación infraconstitucional, la misma que recoge aquellos que han alcanzado consagración general en la doctrina y la práctica del derecho laboral.

Respecto a la conciliación el TC afirma que *"La labor conciliadora consiste en apaciguar y frenar la confrontación. Atenuar las diferencias, propiciar un diálogo constructivo y sugerir vías de entendimiento."* [3] Indica, asimismo, que *"En puridad, el conciliador interpone sus "buenos oficios" a efectos de que las partes se avengan a encontrar por sí mismas el acuerdo que ponga fin al conflicto."*[4]

---

[3] STC Nº 008-2005-PI/TC, FJ. 36.

[4] Ibídem. La conciliación, indica Pasco Cosmópolis "*Consiste en tratar de acercar las posiciones contrapuestas, atenuar las divergencias, persuadir a la parte reacia, sugerir vías de entendimiento, propiciar el diálogo constructivo. Pero no más. En definitiva, la solución queda librada a la decisión de las partes, a la*

Acerca de la mediación, asevera que esta *"(...) se produce de una forma interventiva, a través de la cual un tercero neutral propone, a pedido de las partes en conflicto, alternativas de solución. Estas pueden ser aceptadas o desestimadas por los agentes negociadores."* [5] En este caso, *"El tercero interviniente en la solución del conflicto, juega como mediador un rol más activo que como conciliador, en razón de que directamente sugiere las propuestas de solución."*[6]

A diferencia de la conciliación y la mediación, el arbitraje es un mecanismo de heterocomposición del conflicto, en cuanto *"Se trata de una forma interventiva a través de la cual un tercero neutral establece, por medio de un laudo, la solución del conflicto."* [7] Al respecto, el Tribunal Constitucional, señala que:

> *"El arbitraje se define como el acto de resolución extrajudicial de un conflicto laboral. El arbitraje laboral, en el ámbito privado, se logra cuando los actos de conciliación o mediación no han solucionado el conflicto. Dentro de ese contexto, los agentes negociadores deciden someter el diferendo a arbitraje.* (STC Nº 008-2005-PI/TC, FJ.38).

El arbitraje, dice Pasco Cosmópolis, *"(...) es una solución heterónoma, contiene una decisión obligatoria. El árbitro no propone, impone. Frente a él, las partes carecen de la alternativa de aceptación o rechazo; tienen que acatar su decisión."* [8] Sometido el conflicto al arbitraje este tendrá, necesariamente, una solución pues uno de sus rasgos típicos reside, como lo señala el TC en la *"Vinculatoriedad: Genera consecuencias jurídicas obligatorias para las partes comprometidas en el arbitraje."* [9]

---

confluencia de sus voluntades." **(PASCO COSMÓPOLIS, "Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo, AELE, Lima, 1997, p.162.)**

5 STC Nº 008-2005-PI/TC, FJ. 37.

6 Ibídem. Para Pasco, *"(...) la labor del mediador culmina necesariamente en una recomendación oficialmente presentada a la decisión de las partes; dicha propuesta es parte integrante y obligatoria de sus función. Ahora bien, consiste sólo en una propuesta o formula equitativa que no compromete a las partes"* (PASCO COSMÓPOLIS, Op.cit., p.175.)

7 STC Nº 008-2005-PI/TC, FJ. 38.

8 PASCO COSMÓPOLIS, Op. cit., p.177.

9 STC Nº 008-2005-PI/TC, FJ. 38.

Desde esta perspectiva, el arbitraje es concebido como un mecanismo de "solución", definitiva del conflicto laboral, dentro de la concepción, subyacente en la Constitución, de que este debe ser resuelto y no permanecer abierto, por ser ello contrario a la paz social. En tal sentido, es evidente que la posibilidad de que el arbitraje como medio de solución de la negociación también fracase debido al desacuerdo de las partes respecto a someter el conflicto a éste, resulta claramente contraria a lo establecido por el artículo 28.2 de la Constitución, esto es, una violación flagrante del derecho fundamental a la negociación colectiva.

4. El arbitraje "potestativo" en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

El TUO-LRCT, establece el arbitraje como el último de los mecanismos previstos para la solución de los conflictos laborales de carácter económico que se expresan en la negociación colectiva. Las normas que regulan la forma de someter el conflicto al arbitraje están recogidas en los artículos 61º a 63º de dicha ley, los cuales dicen lo siguiente:

> *"Artículo 61º.- 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 62º.- En el caso del artículo anterior, los trabajadores pueden alternativamente, declarar la huelga conforme a las reglas del artículo 73º. (...).*
> *Artículo 63º.- 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".*

A su vez, el Reglamento de la ley, aprobado por el Decreto Supremo Nº 011-92-TR, señala lo siguiente:

> *"Artículo 46º.- Al término de la negociación directa, o de la conciliación, de ser el caso, según el Art. 61º de la Ley, cualquiera de la las partes podrá someter la decisión del diferendo a arbitraje, salvo que los trabajadores opten por ejercer alternativamente el derecho a huelga, de conformidad con el Artículo 62º de la ley. (...)*
> *Artículo 47º.- En el caso contemplado por el artículo 63º de la Ley, los trabajadores o sus representantes podrán proponer por escrito al empleador el sometimiento del diferendo a arbitraje*

requiriéndose la aceptación escrita de éste. Si el empleador no diera respuesta por escrito a la propuesta de los trabajadores en el término del tercer día hábil de recibida aquella, se tendrá por aceptada dicha propuesta, en cuyo caso se aplicarán las normas relativas al procedimiento arbitral. El arbitraje procederá si se depone la huelga".

Como se puede apreciar, el arbitraje, previsto para la solución definitiva de las negociaciones colectivas, -cuando estas no se solucionan en la negociación directa- posee características singulares, siendo la más importante de ellas, el hecho de que se presenta como una opción excluyente respecto del derecho de huelga. En este sentido, corresponde a los trabajadores, elegir entre la huelga o el arbitraje cual es la vía más eficaz para resolver el conflicto. De optar por la huelga ya no podrán, en principio, recurrir al arbitraje pues, como lo precisa el artículo 63º del TUO-LRCT, si luego de ejercer esta opción varían de criterio y desean someter el conflicto al arbitraje, esta decisión –la de recurrir al arbitraje- requiere la aceptación del empleador, pues se reconoce a éste el derecho de negarse. En esta hipótesis, - es decir, en la del desistimiento de la huelga para optar por el arbitraje – la ley exige la expresión de la voluntad concurrente del empleador, por lo que no bastará que los trabajadores se desistan de la huelga y pidan el arbitraje para que este tenga lugar, sin la anuencia del empleador.

Otra característica del arbitraje en la negociación colectiva, es que, como resultado de la interpretación sistemática de las normas de la ley (arts 61º a 63º) especialmente la correlación entre los artículos 61º y 63º, 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 a negarse, salvo en el supuesto contemplado en el artículo 63º.

Este arbitraje es distinto, por consiguiente del arbitraje "civil o comercial", e incluso del previsto en el derecho laboral para la solución de los "conflictos jurídicos", -al que se refiere el artículo 104º de la Ley Procesal del Trabajo (Ley Nº 26636)-, el cual requiere el acuerdo de partes. En la negociación colectiva, el arbitraje no es "voluntario" sino "potestativo", lo que significa que basta que una sola de las partes lo solicite para que la otra se someta obligatoriamente a él.

Como lo explica Pasco Cosmópolis, el arbitraje regulado en el TUO-LRCT no es obligatorio ni, tampoco voluntario, sino "potestativo". Así sostiene que: *"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 en el sistema mexicano, que define el arbitraje como potestativo para los trabajadores pero obligatorio para los patrones. La LRCT peruana se inclina por una modalidad similar, lo cual es corroborado por su Reglamento."*[10]

5. El arbitraje "potestativo" dentro del sistema de solución de los conflictos laborales previsto en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

La razón de ser de este tipo especial de arbitraje se desprende del sistema establecido por el TUO-LRCT para la solución del conflicto laboral económico. Este sistema se puede apreciar con claridad de la lectura del Artículo 62º de esta ley que dice textualmente: *"En el caso del artículo anterior, los trabajadores pueden alternativamente declarar la huelga conforme a las reglas del artículo 73."*

Esto quiere decir que, fracasada la negociación directa, la parte sindical tiene dos opciones: el arbitraje o la huelga, es decir, la solución pacífica o la solución de fuerza. No existe discusión alguna acerca de que la huelga es un derecho fundamental, pues así lo reconoce el artículo 28º de la Constitución, por lo que la eventual opción de los trabajadores por la huelga representa el ejercicio legítimo de un derecho que merece tutela en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, es obvio, que la huelga no forma parte del elenco de "soluciones pacíficas" del conflicto laboral a que se refiere el numeral 2 del precitado precepto constitucional, en la medida que significa el agudizamiento y radicalización del conflicto laboral, situación esta que, precisamente se quiere evitar al ofrecer a los trabajadores la posibilidad de someter el diferendo a una autoridad imparcial que pueda establecer una solución justa del mismo. En forma alguna resulta posible interpretar, por consiguiente que cuando el artículo 28.2 de la Constitución establece que el Estado *"promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales"*, ello significa que, también debe promover la huelga. Es evidente que este deber

[10] Pasco Cosmópolis, Op.cit., p. 179.

promocional se circunscribe a los mecanismos conocidos de “solución pacífica”, esto, es, la conciliación, la mediación y el arbitraje, pues a tenor del juego entre la oración inicial y los tres incisos del artículo 28º de la Constitución se puede establecer lo siguiente:

- El Estado ***“reconoce”*** y ***“garantiza”*** la libertad sindical.
- El Estado ***“reconoce”*** y ***“fomenta”*** la negociación colectiva y ***“promueve”*** formas de solución pacífica de los conflictos laborales.
- El Estado ***“reconoce”*** y ***“regula”*** el derecho de huelga.

De esta manera, el Estado reconoce el derecho de huelga, pero no lo promueve –sólo lo regula- precisamente porque no lo considera incluido dentro de las *“formas de solución pacífica de los conflictos laborales”.* Estas si debe promoverlas, precisamente para evitar que los conflictos laborales se agudicen y radicalicen como sucede cuando se declara la huelga. Esto demuestra, entonces, que al atribuir al Estado el deber de promover “formas de solución pacífica de los conflictos laborales”, el constituyente pretende que se activen y ofrezcan todas las posibilidades conocidas de solución de éstos, sin llegar a la medida de fuerza en que la huelga consiste. Es una conclusión obvia, perfectamente razonable y que obedece al interés del Estado de fomentar la paz social.

De esto se debe concluir, que la posibilidad de recurrir a dichas “formas de solución pacífica” debe ser viable y eficaz, esto es, que tales mecanismos se encuentre a disposición de las partes y que estén dotados de la aptitud de resolver el conflicto. Ello es particularmente predicable del arbitraje, en cuanto en éste la solución del conflicto ya no depende de la voluntad de las partes –como en la conciliación o mediación – sino de un tercero, al cual se ha sometido la controversia.

En ello estriba la razón a favor del arbitraje “potestativo” y no “voluntario”, por cuanto en este último se requiere el acuerdo de partes para recurrir al arbitraje, mientras que en el primero basta la decisión de una de las partes, -normalmente la parte laboral- para que la otra quede sometida a dicho procedimiento. En el primer caso, bastaría el rechazo del empleador para impedir el arbitraje, y con ello, la negociación colectiva pues, como es obvio, si se ha llegado hasta el momento en que los trabajadores han optado por solicitar el arbitraje, es debido a que tanto la negociación directa como los demás mecanismos de autocomposición –conciliación y mediación-

han fracasado, quedando, como única –y última- posibilidad de "solución pacífica" del conflicto el arbitraje. Por tanto, el rechazo del empleador a éste determinará el fracaso total de la negociación colectiva, salvo que los trabajadores opten por la huelga.

En el primer caso, el derecho a la negociación colectiva resulta burlado. La sola negativa del empleador es suficiente para convertir en letra muerta o vaciar de contenido aquel derecho. Cabe recordar que el TC relieva la función que cumple este derecho, en sí mismo y en relación con la libertad sindical:

> *"En buena cuenta mediante el ejercicio del derecho de negociación colectiva se busca cumplir la finalidad de lograr el bienestar y la justicia social en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social.*
>
> *De este modo, en algunas ocasiones, el derecho de negociación colectiva se hace efectivo a través de la celebración de acuerdos, contratos o convenios colectivos. Por dicha razón, resulta válido afirmar que la negociación colectiva constituye el medio primordial de acción de la organización sindical para la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios."* (STC Nº 03561-2009-AA/TC, FJ. 20).

Resulta por ello difícil de admitir que la realización fáctica del "*medio primordial de acción de la organización sindical para la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios"* quede en manos del empleador, cuyo mero rechazo a negociar directamente, a conciliar, a la mediación y, finalmente, al arbitraje, podrá destinarlo al fracaso.

En el segundo caso, esto es, si los trabajadores, ante el rechazo por parte del empleador al arbitraje, deciden declarar la huelga, al no tener otra opción, ello significará que, en la práctica, la norma tiene como efecto propiciar la huelga –y no la solución pacífica del conflicto- en sentido abiertamente contrario al que subyace al inciso 2 del artículo 28º de la Constitución. Hay que concluir, por tanto, que de aceptarse la tesis de que el arbitraje en la negociación es voluntario, el no sometimiento del empleador al mismo, derivará, en la mayoría de los casos, en la huelga, efecto este que,

obviamente, no es el deseado por la norma antes mencionado, sin que ello suponga, en modo alguno, discutir la legitimidad del derecho de huelga.

Sostenemos, por ello, que la normativa vigente (TUO-LRCT y su Reglamento) han establecido el arbitraje "potestativo" y no "voluntario", recogiendo el sentido de la norma constitucional. Si bien, el artículo 61º del TUO-LRCT dice que "*"podrán las partes someter el diferendo al arbitraje"*, este precepto no puede interpretarse aisladamente sino en relación sistemática con los demás de la misma ley que se refieren al arbitraje. En este sentido, como antes se mencionó, es importante el artículo 63º, conforme al cual si los trabajadores optan por la huelga y, luego, proponen someter el conflicto al arbitraje, en este caso, se requiere la aceptación del empleador, lo que significa que este puede rechazarlo. Cabe precisar que éste es el único supuesto, contemplado en la normativa laboral en que el empleador puede negarse, válidamente, a someter el diferendo a arbitraje, ya que el artículo 63º del TUO- LRCT señala que, en este caso, *"se requerirá la aceptación del empleador"*, requisito que no se plantea en el caso previsto en el artículo 61º del TUO-LRCT. Por consiguiente, *"a contrario sensu"*, lo señalado en el artículo 63º del TUO-LRCT, permite concluir que en el caso del artículo 61º, -esto es cuando los trabajadores optan por el arbitraje, descartando la huelga- la aceptación del empleador, no es un requisito para que se someta la negociación a arbitraje, cuando la parte sindical lo ha solicitado.

Esta interpretación es coherente y sólida, pues si el supuesto del artículo 61º fuera el del arbitraje "voluntario", siendo, por tanto, requisito la aceptación del empleador en caso de haberlo solicitado los trabajadores, entonces la frase final del artículo 63º que reza *"en cuyo caso se requerirá de la aceptación del empleador "* no tendría objeto pues, conforme al artículo 61º en cualquier caso –y no sólo cuando los trabajadores se desisten de la huelga para proponer el arbitraje- dicha aceptación sería necesaria. Precisamente porque el artículo 61º se basa en el supuesto de que cualquiera de las partes puede someter el conflicto al arbitraje –no siendo necesaria la aceptación del empleador si los trabajadores optaron por él en lugar de por la huelga -, es que el artículo 63º precisa que, en la hipótesis opuesta, es decir cuando los trabajadores optaron por la huelga pero, luego, se desisten de ella y proponen el arbitraje, la aceptación del empleador es requisito indispensable para someter el diferendo al arbitraje. Se trata, de una exigencia, que está destinada, en sintonía con el artículo 28.2 de la Constitución, a promover la solución pacífica de los conflictos laborales, ya que limita el posible "juego" que

podría hacer la parte sindical optando inicialmente por la huelga para luego pedir el arbitraje.

En cambio, si, por el contrario, el sindicato opta por el arbitraje, descartando la opción de la huelga, el empleador tiene que someterse a aquel. Lo contrario, es decir, dejar en manos del empleador decidir si procede, o no, el arbitraje, sería inducir a los sindicatos, a declarar huelgas, lo que, obviamente, no es lo que persigue el TUO-LRCT. Eso sería contrario, además, al artículo 28.2 de la Constitución que señala que el Estado ***"promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales."*** El arbitraje es una forma de solución pacífica de la negociación colectiva y, por ello, el TUO-LRCT promueve que los sindicatos puedan elegirlo, para no forzarlos a adoptar medidas de fuerza.

En sentido coincidente con esta interpretación sistemática del TUO-LRCT, el Reglamento precisa, en su artículo 46º, 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."* (Subrayado agregado).

A nuestro juicio, el precepto reglamentario se ajusta, perfectamente (*secúmdum légem*), a la norma de la ley, que fluye de la interpretación sistemática y concordada de los artículos 61º y 63º de esta, precisando los alcances de estas. De ello se deduce, que es facultad de una sola de las partes someter la controversia al arbitraje, en particular, la parte laboral cuando esta opta por el arbitraje y no por la huelga, lo que demuestra que la negativa de la demandada a acudir al arbitraje carece de asidero legal e implica la vulneración del derecho a la negociación colectiva.

6. El Tribunal Constitucional interpreta el artículo 61º del TUO-LRCT. a favor del arbitraje potestativo en la negociación colectiva.

Una reciente, cuanto importante, sentencia del Tribunal Constitucional, contiene un pronunciamiento favorable a la concepción del arbitraje en la negociación colectiva como uno de carácter potestativo. En efecto, la STC Nº 03561-2009-AA/TC, se pronuncia en relación a la demanda

de amparo del Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao (SUTRAMPORC) contra la Asociación Peruana de Operadores Portuarios (ASPPOR), la Asociación Peruana de Agentes Marítimos (APAM) y la Asociación Marítima del Perú (ASMARPE), ante la negativa de dichas organizaciones de empleadores de negociar en el nivel de rama de actividad, sosteniendo que la negociación colectiva debía realizarse en el ámbito de a cada empresa.

La demanda es declarada FUNDADA por considerar el TC, que la negativa de las asociaciones empleadoras a negociar por rama de actividad vulnera el derecho a la Negociación Colectiva. El aspecto más importante de la mencionada sentencia consiste en lo que resuelve en el numeral 2 de parte resolutiva:

> *"Declarar INAPLICABLE a las partes del presente proceso la segunda oración del primer párrafo del artículo 45º del Decreto Supremo Nº 010-2003-TR, cuyo texto dispone que "A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa."*

En concordancia, en el numeral 4 señala lo siguiente:

> *"Precisar que a falta de acuerdo para decidir el nivel de negociación, éste deberá ser determinado mediante el arbitraje, sin que exista previa declaración de huelga."*

Al respecto, es necesario puntualizar que, el pronunciamiento del TC supone el ejercicio de la facultad de "control difuso" de constitucionalidad, previsto en el artículo 138º de la Constitución, el mismo que puede realizarse en los procesos de amparo de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3º del CPCO. En este sentido, la sentencia mencionada inaplica la segunda oración del primer párrafo del artículo 45º del Decreto Supremo Nº 010-2003-TR, que reza "A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa.", por considerar que es inconstitucional *"(…) no sólo porque contraviene la libertad para decidir el nivel de la negociación, sino también porque lesiona el derecho de negociación colectiva pues tal como se ha señalado en el fundamento 14, supra, ninguna ley puede fijar imperativamente el nivel de la negociación, tal como ocurre con la frase referida."* (STC 03561-2009-AA/TC, FJ.28).

Y, para suplir el vacío normativo que sucede a la inaplicación del citado precepto, dispone que, como antes se ha señalado, la discrepancia de las partes acerca del nivel de la negociación sea resuelta mediante el arbitraje, poniendo como condición de éste, que la parte sindical no haya declarado, previamente, la huelga.

Resulta innecesario subrayar que el "arbitraje" para decidir el "nivel de la negociación colectiva" no está previsto por el TUO-LRCT, por lo que se trata de una decisión jurisprudencial adoptada por el TC en el marco de las denominadas "sentencias interpretativas-manipulativas sustitutivas", que ***"Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la inconstitucionalidad parcial de una ley y, simultáneamente, incorpora un reemplazo o relevo del contenido normativo expulsado del ordenamiento jurídico; vale decir, dispone una modificación o alteración de una parte literal de la ley. Ahora bien, debe aclararse que la parte sustituyente no es otra que una norma ya vigente en el ordenamiento jurídico."*** (STC Nº 00004-2004-CC/TC, FJ.3.3.3.) (Subrayado agregado).[11]

Este arbitraje –para decidir el nivel de la negociación colectiva- sólo tiene sentido, en la lógica interna de la sentencia, si es potestativo, esto es, que una vez solicitado por cualquiera de las partes, la otra no pueda negarse a someter el diferendo a dicho mecanismo, salvo que los trabajadores –o el sindicato – hayan, previamente declarado la huelga. Como se puede apreciar, la STC sigue el mismo sistema que deriva del artículo 61º del TUO-LRCT es decir, arbitraje o huelga, de modo tal que la eventual decisión de la parte sindical de resolver el diferendo mediante la huelga, excluye la opción por el arbitraje. Pero, en caso contrario, la decisión de esta parte de recurrir al arbitraje no puede ser rechazada por la parte empleadora.

En este esquema, el susodicho arbitraje sólo puede entenderse como "potestativo" y no voluntario, pues si, descartando la opción de la huelga, los trabajadores optan por el arbitraje y se reconoce al empleador

---

11 *"…) las sentencias sustitutivas se caracterizan por el hecho de que con ellas el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de una ley en la parte en la que prevé una determinada cosa, en vez de prever otra. En ese caso, la decisión sustitutiva se compone de dos partes diferentes: una que declara la inconstitucionalidad de un fragmento o parte de la disposición legal impugnada, y otra que la "reconstruye", a través de la cual el Tribunal Constitucional procede a dotar, a la misma disposición, de un contenido diferente, de acuerdo con los principios constitucionales vulnerados."* (STC Nº 00010-2002-AI/TC, FJ.31)

la facultad de rechazarlo, entonces lo resuelto por la STC 03561-2009-AA/TC queda en nada y deviene totalmente inocuo. Y es que resulta obvio que el propósito de la sentencia al declarar fundada la demanda por estimar que se ha vulnerado el derecho a la negociación colectiva del sindicato demandante ante la negativa de la parte empleadora de negociar a nivel de rama, quedaría, igualmente frustrado, por la negativa de ésta misma parte a definir el nivel de negociación mediante un arbitraje. En esta hipótesis, la sentencia sería papel mojado, letra muerta, pues habría dejado en manos de aquellos a quienes imputa la lesión del derecho a la negociación colectiva decidir si acatan o no la sentencia, esto es, si persisten, o no, en su conducta lesiva de aquel derecho. En tal virtud, la sentencia no cumpliría con satisfacer la finalidad restitutoria del derecho vulnerado, que es propia del proceso de amparo, a tenor de lo que establece el artículo 1º del CPCO.

Para despejar cualquier duda interpretativa al respecto, el TC expidió, de oficio, la Resolución aclaratoria de fecha 10 de junio de 2010 en la cual precisa los alcances de la sentencia a partir de la interpretación del artículo 61º del TUO-LRCT. Al respecto, señala que el arbitraje previsto en dicho precepto *"(…) 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."*

Recientemente, el Poder Ejecutivo ha expedido el Decreto Supremo Nº 014-2011-TR agregando el art.61-B en el texto del reglamento, en el cual se establece el arbitraje potestativo pero limitado a uno de los siguientes supuestos de hecho: i) cuando las partes no se pongan de acuerdo en la primer negociación, en su nivel o contenido, y ii) cuando durante la negociación colectiva se adviertan actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo.

Esta norma, no cuestiona, por tanto, la existencia del arbitraje voluntario, que estaría previsto en el artículo 61 del TUO-LRCT y en el artículo 46º del Reglamento, sino que admite la existencia del arbitraje potestativo únicamente cuando la falta de acuerdo entre las partes obedezca a alguno de los supuestos antes mencionado. 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 61º de la ley establece un arbitraje de carácter potestativo, aplicable, por tanto, a cualquier caso en que las partes no arriben a acuerdo en la negociación directa, o la conciliación, y no sólo a los supuestos

que señala el decreto reglamentario. Es evidente, por ello, que la lectura que hace el Poder Ejecutivo de la resolución del TC, 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.

* **Abogado, Doctor en Derecho, Profesor Principal de la PUCP, ex Ministro de Trabajo y de Justicia.**