



ACADEMIA DE
LA MAGISTRATURA

Manual Auto Instructivo
CURSO “ARBITRAJE LABORAL”

Elaborado por

Mg. Fernando Varela Bohórquez

2016

Academia de la Magistratura

La Academia de la Magistratura es la institución oficial del Estado peruano, que tiene como finalidad la formación de aspirantes a la magistratura y el desarrollo de un sistema integral y continuo de capacitación, actualización, certificación y acreditación de los magistrados del Perú.

CONSEJO DIRECTIVO DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Dr. Josué Pariona Pastrana
Presidente del Consejo Directivo

Dr. Sergio Iván Noguera Ramos
Vice- Presidente del Consejo Directivo

Dr. Javier Arévalo Vela – Consejero

Dr. Ramiro Eduardo de Valdivia Cano – Consejero

Dr. Tomás Aladino Gálvez Villegas – Consejero

Dr. Pedro Gonzalo Chavarry Vallejos – Consejero

Dr. Richard Alexander Villavicencio Saldaña - Consejero

Dra. Cecilia Cedrón Delgado - Director General

Dr. Bruno Novoa Campos - Director Académico

El presente material del Curso “Arbitraje Laboral”, ha sido elaborado por el Mg. Fernando Varela Bohórquez para la Academia de la Magistratura, en septiembre de 2016.

**PROHIBIDA SU REPRODUCCION TOTAL O PARCIAL SIN AUTORIZACION
LIMA – PERÚ**

SILABO

NOMBRE DEL CURSO: “ARBITRAJE LABORAL”

I. DATOS GENERALES

Programa Académico	:	Actualización	y
		Perfeccionamiento.	
Horas Lectivas	:	74	
Número de Créditos Académicos	:	3	
Especialista que elaboró el material	:	Mg. Fernando Varela Bohórquez	

II. PRESENTACIÓN

El presente curso encargado por la Academia de la Magistratura gentilmente al autor, tenía la consigna de que sea elaborado sobre arbitraje laboral.

Teniendo como punto de partida que el arbitraje en materia laboral en Perú puede desarrollarse siendo la materia arbitral económica (cuando se refiere a solucionar pliegos de reclamos que no fueron solucionados) o jurídica (cuando versa sobre materias de derecho laboral individual) hemos tenido que abordar brevemente ambos temas.

Para ese fin hemos dividido el presente material en dos unidades. Una primera refiriéndose al arbitraje en general, para mejor comprensión de sus características, y una segunda parte en la que abordaremos de modo conjunto el arbitraje económico como el arbitraje jurídico.

III. COMPETENCIAS A ALCANZAR

- Conoce el sistema arbitral y su aplicación en la solución de conflictos de naturaleza laboral.

Capacidades Terminales:

- Conoce el sistema arbitral.
- Conoce la aplicación de las técnicas de solución de conflictos de naturaleza laboral.

IV. ESTRUCTURA DE CONTENIDOS**UNIDAD I: ARBITRAJE EN MATERIA LABORAL – PARTE GENERAL.**

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
1. Conocer la definición, principios y características del arbitraje.	<ul style="list-style-type: none"> • Appreciar la evolución de la regulación constitucional del arbitraje en el Perú. 	<ul style="list-style-type: none"> • Poder comprender la jurisdicción arbitral.
Caso Sugerido: <ul style="list-style-type: none"> • 06167-2005-PHC/TC 		
Lecturas Obligatorias: <ol style="list-style-type: none"> 1. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. La constitucionalización del arbitraje en el Perú: algunas consideraciones en torno a la relación del arbitraje con la Constitución, los derechos fundamentales y el Estado de derecho. Derecho PUCP, [S.l.], n. 71, p. 387-411, mar.2014 2. Acevedo Mercado, Jorge (Julio 2014): “Las diferencias entre el arbitraje laboral jurídico y el arbitraje laboral económico, y su incidencia en el control difuso” en Revista de Derecho Themis. Lima: Editorial Tinco S.A. 		

UNIDAD II: ARBITRAJE LABORAL ECONÓMICO Y ARBITRAJE LABORAL DE DERECHO.

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
1. Conocer la definición del arbitraje laboral económico. 2. Conocer la definición del arbitraje laboral de derecho.	<ul style="list-style-type: none"> • Conocer el procedimiento que sigue el arbitraje laboral económico • Conocer el procedimiento el arbitraje laboral de derecho. 	<ul style="list-style-type: none"> • Comprender que ambas formas de arbitraje son viables conforme a nuestra legislación.
Caso Sugerido: <ul style="list-style-type: none"> • N° 05132-2014-LIMA. 		
Lecturas Obligatorias: <ol style="list-style-type: none"> 1) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos: "La naturaleza del arbitraje en la negociación colectiva" en soluciones laborales N° 46, editorial Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2011. 2) ÁGREDA ALIAGA, Jorge: "El arbitraje laboral individual a la luz de la entrada en vigencia de la Nueva Ley Procesal del Trabajo" en soluciones laborales N° 32, editorial Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2010. 		

V. MEDIOS Y MATERIALES.

- Material de lectura preparado por el docente
- Jurisprudencia seleccionada
- Lecturas recomendadas

VI. METODOLOGÍA Y SECUENCIA DE ESTUDIO.

La metodología del Curso "Arbitraje Laboral" es activa y participativa, basada en el método del caso, aprendiendo desde lo vivencial, a través de una práctica concreta de los casos planteados por el docente, promoviendo la conformación de grupos de estudios, análisis de textos y la resolución de los

cuestionarios respectivos, todo esto para alcanzar las competencias esperadas en el curso.

Para el desarrollo del presente curso los alumnos tendrán acceso al Aula Virtual de la Academia de la Magistratura, donde tendrán a su disposición todos los materiales utilizados, las diapositivas de las sesiones presenciales y lecturas obligatorias.

Se combina el aprendizaje a distancia con sesiones presenciales. Fase presencial: Interactiva; con las siguientes técnicas: exposición y preguntas, lluvia de ideas, análisis de casos, debates, argumentación oral. Fase no presencial: Lectura auto instructiva y foro virtual.

VII. SISTEMA DE ACOMPAÑAMIENTO

Para el desarrollo de este curso, el discente cuenta con el acompañamiento del profesor especialista quien será el responsable de asesorarlo y orientarlo en los temas de estudio, a la vez que dinamizarán la construcción del aprendizaje. Así también, contarán con un coordinador quien estará en permanente contacto para atender los intereses, inquietudes y problemas sobre los diversos temas.

VIII. SISTEMA DE EVALUACIÓN

Se ha diseñado un sistema de evaluación permanente, de manera que el discente pueda ir reflexionando y cuestionando los diversos temas propuestos en el curso. Los componentes evaluativos serán informados oportunamente por el coordinador del curso.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- Acevedo Mercado, Jorge (Julio 2014): “Las diferencias entre el arbitraje laboral jurídico y el arbitraje laboral económico, y su incidencia en el control difuso” en Revista de Derecho Themis. Lima: Editorial Tinco S.A.
- ÁGREDA ALIAGA, Jorge: “El arbitraje laboral individual a la luz de la entrada en vigencia de la Nueva Ley Procesal del Trabajo” en soluciones laborales N° 32, editorial Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2010.
- Alfonso Vinuesa Alandro: “Derecho del Trabajo para empresarios”, Carperi, España, 1998.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos: “La naturaleza del arbitraje en la negociación colectiva” en soluciones laborales N° 46, editorial Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2011.
- Bruno Oppetit: “Teoría del arbitraje”, Editorial Legis, 1996.

- BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. La constitucionalización del arbitraje en el Perú: algunas consideraciones en torno a la relación del arbitraje con la Constitución, los derechos fundamentales y el Estado de derecho. **Derecho PUCP**, [S.l.], n. 71, p. 387-411, mar. 2014
- Jaime Cerón Coral; Esteban Pizarro Jaramillo: "El arbitraje laboral", Bogotá, Colombia, 2007.
- Javier Arévalo Vela: "Derecho Procesal del trabajo, comentarios a la ley procesal del trabajo", Grijley, Perú, 2007.
- Jorge Rendón Vásquez: "Derecho del trabajo, relaciones colectivas en la actividad privada y en la administración pública" Edial, Lima, Perú, 1995.
- José Luis Monereo Pérez: "La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo", Editorial Bomarzo, España, 2009.
- Juan Pablo Landa Zapirain, Edurne Terradillos Ormaetxea, Gilles Auzero, Philippe Martín, Eva Kocher, Alan Neal, Anna Alaimo, Fabrizio Bano, José Antonio Preito Juárez, María Cruz García Arce: "Nuevas formas de participación de los trabajadores y gobierno de la empresa" Editorial Bomarzo, Albacete, España, 2002.
- Manuel Alonso García: Curso de Derecho del Trabajo, Barcelona, Editorial Ariel, 1975.
- Marianella Ledesma Narváez: "Jurisdicción y arbitraje", Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 2009.
- Oswaldo Hunskopf Excebio. "aplicación del principio iura Novit Curia en el arbitraje". En Dialogo con la Jurisprudencia N° 172, página 83, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2013.
- Pedro F Prado: "El convenio colectivo de trabajo, su contenido, ámbito, efectos e interpretación", ABELEDO-PERROT, Buenos Aires, Argentina. J.A. Sagardoy Benegoechea, J.M. Del valle villar; J.L. Gil y gil: "Prontuario de derecho del trabajo", Civitas, Madrid, España, 1996.
- Ricardo La Hoz Tirado: "Derecho colectivo del trabajo, volumen II: La convención colectiva de trabajo", Perú, 1974.

PRESENTACIÓN

La Academia de la Magistratura es la institución oficial del Estado Peruano que tiene como finalidad desarrollar un sistema integral y continuo de formación, capacitación, actualización, y perfeccionamiento de los magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público.

La Academia de la Magistratura, a través de la Dirección Académica ejecuta el Curso “Arbitraje Laboral” en el marco de actividades del Programa de Capacitación para el Ascenso. Para este fin, se ha previsto la elaboración del presente material, el mismo que ha sido elaborado por un especialista de la materia y sometido a un tratamiento didáctico desde un enfoque andragógico, a fin de facilitar el proceso de enseñanza y aprendizaje del discente de una manera sencilla y práctica.

El presente material se encuentra estructurado en dos unidades con los siguientes ejes temáticos: Arbitraje en Materia Laboral – Parte General, y Arbitraje Laboral Económico y Arbitraje Laboral de Derecho.

Asimismo, el discente tendrá acceso a un Aula Virtual, siendo el medio más importante que utilizará a lo largo del desarrollo del curso, a través de ella podrá acceder al material autoinstructivo, lecturas y un dossier de casos que le permita aplicar los conocimientos adquiridos.

En ese sentido, se espera que concluido el presente Curso el discente esté en mejores condiciones para analizar, sintetizar, inferir, identificar y aplicar los principios y las técnicas del arbitraje laboral acorde a una pertinente administración de justicia.

Dirección Académica

INTRODUCCIÓN

Agradeciendo la deferencia de la Academia de la Magistratura para encargarme la elaboración de éste material, debo decir que aunque la materia siempre resulte ser amplia he tratado de compilar de forma sencilla la mayor cantidad de información importante para comprender la institución del arbitraje y sus posibles aplicaciones en el ámbito del derecho laboral.

Debo resaltar que lo que se me encargó fue estrictamente elaborar un curso sobre arbitraje laboral. Así las cosas, he querido que el material no se dedique específicamente a hacer un repaso del arbitraje económico, que es lo que mayoritariamente se entiende por “arbitraje laboral”, sino también una breve referia al arbitraje laboral sobre asuntos jurídicos.

Tanto sobre el arbitraje laboral económico como el arbitraje laboral jurídico se ha escrito muy poco, por ello el conocimiento vertido en la unidad que se ocupa al estudio de ambos (la segunda) es más una revisión de nuestra legislación y de la forma en que ésta nos faculta a recurrir al arbitraje.

En la primera unidad he sido un poco más teórico recurriendo al conocimiento brindado por especialistas en la materia del arbitraje, para conocer las principales características y la naturaleza de ésta institución.

Como material de lectura he elegido cuatro separatas muy concretas y didácticas que en la primera unidad nos hablarán del arbitraje en el Perú y de la diferencia entre el arbitraje económico y jurídico en materia laboral (a modo de introducción), y en la segunda unidad, una específicamente sobre el arbitraje económico laboral y otra específicamente sobre arbitraje jurídico laboral.

Lima, setiembre de 2016

INDICE

Presentación.....	8
Introducción	9
UNIDAD I: EL ARBITRAJE EN MATERIA LABORAL. PARTE GENERAL	12
Presentación y Preguntas Guía.....	13
1.Definición, principios y características.....	14
1.1.Principios del arbitraje	16
2.Características del arbitraje:	18
3.El arbitraje en contra de la función jurisdiccional del estado	20
4.Arbitraje en la regulación de las Constituciones.....	22
4.1. Antecedentes:	22
4.2. La Constitución Política de 1979 y el Código Civil de 1984.....	25
4.3. La Constitución Política de 1993	27
Resumen...	28
Autoevaluación... ..	29
Lecturas Obligatorias	30
Casos Sugeridos... ..	31
UNIDAD II: ARBITRAJE LABORAL: EL ARBITRAJE LABORAL ECONÓMICO Y EL ARBITRAJE LABORAL DE DERECHO.....	32
Presentación y Preguntas Guía.....	33
1.El arbitraje laboral económico	34
1.1.La equidad frente a los fallos en conflicto laborales de carácter económico	35
1.2.El arbitraje voluntario	37
1.3.El arbitraje obligatorio	40
1.4.El arbitraje potestativo	42
1.5.El proceso arbitral según el Decreto Ley N° 25593	48
1.6.El arbitraje potestativo en la regulación del Decreto Supremo 014-2011-TR	51
2.El Arbitraje de derecho en materia laboral.....	54
2.1.El arbitraje de derecho laboral en la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo	58
2.2. El arbitraje de derecho laboral en la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo	59
Resumen.....	60



Autoevaluación... 61
Lecturas Obligatorias.....62
Casos Sugeridos.....63

UNIDAD I:



**EL ARBITRAJE EN MATERIA LABORAL
PARTE GENERAL**

PRESENTACIÓN

El arbitraje es una forma de solución de conflictos que consiste en delegarle poder a un tercero para resuelva una controversia entre dos o más partes. Ésta institución no es una propiamente laboral, sino que tiene su origen en el derecho civil y es utilizada en su mayoría de veces en arbitrajes de derecho comercial. Pese a que será materia de estudio el arbitraje en el ámbito laboral en estricto, es necesario conocer, aunque sea brevemente, los aspectos básicos de la institución del arbitraje, por lo que en la presente unidad conoceremos los principios y características del arbitraje y repasaremos la evolución de su regulación, sobre todo en las constituciones peruanas.



PREGUN T AS GUÍA

1. ¿Qué son árbitros?
2. ¿Qué son arbitradores?
3. ¿Cuáles son las características del arbitraje?

1. Definición, principios y características:

El arbitraje, como mecanismo alternativo de solución de conflictos, se entiende como la delegación que hacen las partes involucradas en un conflicto de la jurisdicción del Estado a favor de un particular (árbitro), quien queda investido de la facultad temporal de resolver con carácter definitivo y obligatorio, a través de una decisión denominada laudo arbitral, las diferencias que se susciten entre ello.

Guillermo Cabanellas De Torres describe el arbitraje como *"una institución jurídica compleja, que simultáneamente configura un acto, un procedimiento y una resolución"*¹.

Otra perspectiva complementaria la encontramos en Patricio Aylwin Azocar, quien define el arbitraje del siguiente modo: *"Aquel a que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante tribunales especiales, distintos a los establecidos permanentemente por el Estado, elegidos por sus propios interesados, por la autoridad judicial o por un tercero en determinadas ocasiones"*².

Ingresando a la naturaleza específica de nuestro estudio, podemos decir que la definición del Dr. Aylwin cubre todas las situaciones que se pueden dar para que exista un arbitraje en el derecho laboral. Sin embargo, en nuestra legislación tiene una variante, ya que en los tribunales convocados para decidir sobre los conflictos de carácter económico, quien designa al "árbitro tercero" en caso de que los dos primeros árbitros no se pongan de acuerdo, es una autoridad administrativa, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, y no una judicial, como se verá más adelante.

El autor colombiano Jaime Cerón Coral, en su obra "El Arbitraje Laboral", sostiene lo siguiente: *"Aunque usaremos las palabras indistintamente, es conveniente resaltar que existen diferencias etimológicas entre los términos "árbitro" y "arbitrador", del latín arbiter y arbitrador. El primero designa a la*

¹ Citado por Guillermo Guerrero Figueroa, *Derecho colectivo del trabajo*, Bogotá, Edit. Temis, 1977.

² Patricio Aylwin Azocar, *El juicio arbitral*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1958, pág. 21.

persona que tiene por función decidir un conflicto de carácter jurídico, mientras que el segundo a aquella que tiene el encargo de resolver un conflicto de carácter económico.

El árbitro, al decidir en derecho, está sujeto a unas normas preestablecidas, en cambio, el arbitrador, al decidir en equidad, cumple su función aviniendo los intereses de las partes en conflicto.

El arbitrador ejecuta su labor con libre albedrío, según su gusto o voluntad, sin sujeción o condición alguna, en cuanto el árbitro debe vigilar por la correcta aplicación del reglamento, como lo señala el Diccionario de la Lengua Española.

Usando los términos del Dr. Cerón es pertinente señalar que en el ordenamiento legal peruano está previsto que en materia laboral existan árbitros o arbitradores ya que, como veremos en éste material, los conflictos laborales solucionables por tribunales arbitrales, pueden ser tanto jurídicos como económicos.

José Enrique Arboleda Valencia explica CÓMO el término "árbitro" ha de emplearse cuando la controversia se deba decidir exclusivamente en derecho, y "arbitradores" o "amigables componedores" cuando la decisión del conflicto deba producirse según su leal saber y entender: ex equo et bono. Dice el autor citado al respecto: *"La función de los árbitros se ciñe a los términos de las normas jurídicas que regulan el caso sub lite y, por eso, deben ser abogados; la de los segundos, puede extenderse hasta transigir las pretensiones opuestas y de esta manera su sentencia contiene una conciliación. Por este motivo, los arbitradores no necesitan ser profesionales del derecho. Es posible que coincidan aquellas dos funciones en miembros de un mismo tribunal arbitral, quienes actúan entonces en calidad de árbitros-arbitradores los que, además de fallar en derecho, deciden también en equidad o en conciencia las discrepancias sometidas a su prudente juicio"*³.

Sobre la naturaleza del arbitraje, hay cuatro teorías que resumiremos brevemente a través de las definiciones de destacados juristas:

³ José Enrique Arboleda Valencia, *La transacción en materia laboral*, Op. Cit., pág. 261.

- 1- Teoría contractualista. Roca Martínez sostiene lo siguiente: “... el arbitraje se encuentra en el ámbito del derecho privado; así como es privado el negocio jurídico de que los árbitros derivan sus facultades, así es privada su función, así son de derecho privado las relaciones que se engendran entre ellos y las partes, y del mismo modo lo es el laudo que dictan”⁴.

- 2- Teoría jurisdiccional. Serra Domingas considera que “... el laudo arbitral es el resultado de una actividad jurisdiccional. Consecuente con el concepto de jurisdicción que propugna, considera que históricamente es anterior a la legislación, y por tanto, su noción independiente de la atribución por parte del Estado a unos órganos determinados. El órganos es irrelevante; lo interesante es la función y los efectos de ésta. En su argumentación aporta toda una serie de razones para sostener la jurisdiccionalidad del arbitraje, de que se destaca la concurrencia simultánea de juicio y cosa juzgada...”⁵

- 3- Teoría ecléctica. De acuerdo con Marianella Narváez, el arbitraje es “... una institución de naturaleza contractual, en su origen pero jurisdiccional en sus efectos. Destacando este carácter, se dice que el arbitraje es para jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional, o es calificado como un equivalente jurisdiccional”⁶

- 4- Teoría autónoma, Cantuarias Salaverry define el arbitraje como “...una institución independiente, la cual existe ante la necesidad de crear espacios necesarios para la solución de conflictos fuera del aparato jurisdiccional del Estado...”.

1.1. Principios del arbitraje:

El procedimiento arbitral está regido por los mismos principios de todo proceso laboral. Sin embargo, las características propias del arbitraje hacen que algunos de esos principios tengan variantes.

⁴ ROCCO A. “La sentencia civil”. Traducción Obejero, 1944, p- 65. En: Roca Marín, José María. “Arbitraje e Instituciones Arbitrales. José María Bosch Editores, 1992, p. 41.

⁵ ROCA MARÍNEZ, José María. Arbitraje e instituciones. José María Bosch Editores, 1992, p. 47

⁶ LEDESMA NARVÁEZ, José María. Arbitraje e instituciones. José María Bosch Editores, 1992. P. 47.

Es importante, iniciar el desarrollo del presente punto, desarrollando lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1071, del cual se puede disgregar los siguientes principios:

1.1.1. Principio de Igualdad.-

El Tribunal Arbitral debe tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad para hacer valer sus derechos⁷.

1.1.2. Buena fe.-

Las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje⁸.

En ampliación al precitado principio, Las partes, al plantear su demanda y contestación, deberán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer⁹.

1.1.3. Contradicción.-

Las partes están obligadas a no contradecirse en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales.

Se aplicación es una derivación del principio de la Buena fe recogida en el artículo 38° del Decreto Legislativo N° 1071.

1.1.4. Impulso de Oficio.-

La Ley establece la obligación del Tribunal Arbitral de impulsar de oficios el proceso cuando el demandado no presenta su contestación dentro del plazo o cuando una de las partes no comparece en una Audiencia, no presenta pruebas o deja de ejercer sus derechos¹⁰.

⁷ Inciso 2 del artículo 34 del Decreto Legislativo N° 1071 - Decreto Legislativo de Norma el Arbitraje.

⁸ Artículo 38 del Decreto Legislativo N° 1071 - Decreto Legislativo de Norma el Arbitraje.

⁹ Inciso 2 del Decreto Legislativo N° 1071 - Decreto Legislativo de Norma el Arbitraje.

¹⁰ Artículo 46

1.1.5. Celeridad.-

El Tribunal Arbitral sin desmedro de la profundización necesaria para cada uno de los temas debe de actuar con celeridad en el proceso arbitral.

El Tribunal Arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales¹¹.

Por lo mencionado anteriormente, el trámite de recusación de un árbitro no suspende las actuaciones arbitrales, salvo cuando así lo decidan los árbitros¹².

Asimismo, en el probable hecho que alguno de los árbitros rehúse participar en las actuaciones o está reiteradamente ausente en las deliberaciones del Tribunal Arbitral, los otros árbitros están facultados para continuar con el arbitraje y dictar cualquier decisión renuente¹³.

1.1.6. No intervención.-

Está basado en la independencia del Tribunal Arbitral, el que no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.

Por este principio, la autoridad judicial no puede intervenir en los asuntos que se rigen por la nueva ley, salvo en los casos en los que la propia Ley lo dispone¹⁴.

2. Características del arbitraje:

Alonso García¹⁵ expresa que el arbitraje es una institución jurídica destinada a resolver conflictos; es indiferente que sean individuales o colectivos, lo único a tener en cuenta es que el planteamiento de aquellos o estos otorga distinta

¹¹ Inciso 3 del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1071 - Decreto Legislativo de Norma el Arbitraje.

¹² Inciso 4 del artículo 29 del Decreto Legislativo N° 1071 - Decreto Legislativo de Norma el Arbitraje.

¹³ Inciso 2 del artículo 30 del Decreto Legislativo N° 1071 - Decreto Legislativo de Norma el Arbitraje.

¹⁴ Incisos 1 y 2 del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1071 - Decreto Legislativo de Norma el Arbitraje.

¹⁵ Alonso García Manuel, “Derecho Procesal del Trabajo”, Conflictos Colectivos, Tomo I.

significación al laudo arbitral, fundado, en derecho, en el primer caso, y en equidad el segundo.

Otra de las peculiaridades del arbitraje reside en la intervención de un tercero provocado, cuya decisión se impone; decisión que es obligatoria en la medida que las partes la acepten obligatoriedad del laudo arbitral no depende, una vez dictado la voluntad de las partes, sino de la fuerza interna de la misma decisión, emanada de la voluntad del tercero en cuestión, por último dicha fuerza interna no tiene su fundamento en la fuerza del órgano que la dicta como ocurre en la sentencia del Juez siempre en la adhesión de las que las partes le han prestado de antemano.

Es decir, en el compromiso adquirido por las mismas, con carácter previo, en virtud del cual han decidido someter sus diferencias a la decisión arbitral, antes de conocerla, de modo que cualquiera que esta sea se impondrá obligatoriamente; puede decirse, afirma Alonso García que el arbitraje se caracteriza por existencia del tercero que decide, decisión que se impone, y compromiso de las partes que condiciona de antemano los límites de la decisión y crea para ellas la obligación de someterse a aquellas.

El arbitraje en los conflictos de trabajo integra un procedimiento de solución de aquellos que, de producirse con éxodo, opera como manifestación de poder normativo, pues da origen a la nueva manifestación que necesariamente deberá ser observada en las relaciones individuales de trabajo las que, por otra parte quedan automáticamente modificada en el sentido que precise y concrete la relación arbitral.

El arbitraje difiere sustancialmente de la conciliación dada que las partes en litigio transfieren al órgano arbitral sus propias potestades de autonormación, otorgando al árbitro poderes de decisión del litigio colectivo, previo el compromiso de estar y pasar por el laudo arbitral. El arbitraje al igual que la conciliación y la mediación tiende a obtener la solución de los conflictos colectivos de trabajo. La naturaleza de la funcional arbitral no es jurisdiccional sino más bien normativa y proyectada al futuro. Es también al igual que la conciliación, un acto, un procedimiento y finalmente una resolución. Se

diferencia de la conciliación en que esta se logra formalmente por las partes en conflicto en cambio en el arbitraje, un tercero el arbitro dicta a las partes, en conflicto, la formula que estas aceptan a fin de resolver sus diferencias.

3. El arbitraje en contra de la función jurisdiccional del estado.

De las tres ramas en que se dividió el poder público, la jurisdiccional es aquella en la que las personas designadas por el Estado "dicen el derecho" (*iuris dicent*). La palabra "jurisdicción" aparece en el lenguaje jurídico con distintos significados, y muchas de las dificultades que no ha podido superar la doctrina provienen de esta circunstancia. En el derecho de los países latinoamericanos este vocablo tiene, por lo menos, cuatro acepciones: como ámbito territorial; como sinónimo de competencia; como conjunto de poderes o autoridad de ciertos órganos del poder público y, en su sentido preciso y técnico, como la función pública de hacer justicia¹⁶.

La jurisdicción, según Chiovenda, "es la función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley [...] para hacerla prácticamente efectiva"¹⁷. Y Hernando Devis Echandía entiende por jurisdicción, en sentido estricto, lo siguiente: "La función pública de administrar justicia, emanada de la soberanía del Estado y ejercida por un órgano especial, tiene por fin la declaración o realización del derecho y la tutela de la libertad individual y del orden jurídico, mediante la aplicación de la ley en los casos concretos, para obtener la armonía y paz social"¹⁸.

La jurisdicción, dice el mismo autor, puede ser considerada en dos aspectos: "1. Como un derecho público del Estado y su correlativa obligación para los particulares, y 2. Como una obligación jurídica de derecho público del Estado, de la cual se deduce el derecho subjetivo público de toda persona de recurrir ante el, con el fin de poner en movimiento su jurisdicción mediante el ejercicio de la acción"¹⁹.

¹⁶ Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, Edic. Depalma, 1985, pág. 27.

¹⁷ Giuseppe Chiovenda, *Instituciones del derecho procesal civil*, Madrid, EDITORIAL Revista de Derecho Privado, 1954, pág. 2.

¹⁸ Hernando Devis Echandía, *Compendio de derecho procesal*, t. I, Bogotá, ABC, 1983, pág. 79.

¹⁹ Giuseppe Chiovenda, *Instituciones del derecho procesal civil*, Madrid, EDITORIAL Revista de Derecho Privado, 1954, pág. 22.

El artículo 138 de la actual Constitución Política dice: *“La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes”*.

El artículo 143 de la actual Constitución Política dice: *“El Poder Judicial está integrado por órganos jurisdiccionales que administran justicia en nombre de la Nación, y por órganos que ejercen su gobierno y administración.*

Los órganos jurisdiccionales son: la Corte Suprema de Justicia y las demás cortes y juzgados que determine su ley orgánica.”

La jurisdicción, entendida como *“función pública de administrar justicia mediante un proceso”*²⁰, es un atributo de la soberanía estatal. Consiste en declarar e imponer el derecho, en dar aplicación a las normas. Es una función, ya que implica para quien la ejerce el otorgamiento de poderes y facultades, y la correlativa imposición de deberes y responsabilidades. Es de carácter pública, ya que es el Estado, por regla general, quien la desarrolla. La potestad está radicada primordialmente en cabeza de una de las ramas estatales, en la jurisdiccional. Pero no se da un ejercicio exclusivo en un solo órgano, ya que existen diferentes autoridades, e incluso particulares, autorizados para ejercerla, salvo en materia penal.

Asimismo, en un sentido comparativo la Corte Constitucional de Colombia, desarrolla ha desarrollado la administración de justicia, estableciendo lo siguiente: *“Constituye una función pública estatal de naturaleza esencial, en cuanto configura uno de los pilares fundamentales del Estado democrático social de derecho, al garantizar que una persona investida de autoridad pública y con el poder del Estado para hacer cumplir sus decisiones, resuelva, de manera responsable, imparcial, independiente, autónoma, ágil, eficiente y eficaz, los conflictos [...]. En forma excepcional, el Constituyente de 1991 decidió ampliar el ámbito orgánico y funcional de administración de justicia del Estado hacia otros órdenes, autorizando a los particulares solucionar las controversias a*

²⁰ *Hernán Fabio López Blanco, Instituciones de derecho procesal civil colombiano, Bogotá, Dupre Editores, 1997.*

través de personas que revestidas transitoriamente de la función de administrar justicia, actúen en la condición de conciliadores o en la de árbitros [...]”²¹.

El árbitro ejerce jurisdicción contenciosa en derecho o en equidad por lo que se le equipara con un juez en cuanto a su responsabilidad civil, penal y disciplinaria. En este último caso, el fallador cuenta con unas posibilidades más amplias que la estricta aplicación normativa. El árbitro es un juez que ejercita la actividad jurisdiccional propia del Estado, la cual es derogada y transferida a estos particulares investidos transitoriamente de jurisdicción.

En conclusión, la función básica del árbitro consiste en dirimir un conflicto, por lo que es evidente que desempeña una función jurisdiccional, ya que la administración de justicia está instituida para definir el derecho implícito en una controversia. Por tanto, la naturaleza jurídica del árbitro es la de ser juez, quedando investido transitoriamente de la facultad de administrar justicia. Por eso es tan importante que las partes entiendan que el árbitro no obra en representación de ellas, sino en nombre propio y en interés de la justicia.

Ahora bien, consideramos importante conocer cuál ha sido la evolución del arbitraje en la legislación a través del tiempo.

4. Arbitraje en la regulación de las Constituciones:

4.1. Antecedentes:

Como antecedente del período republicano debemos señalar que en la Constitución de Cádiz de 1812 se estableció en los artículos 28º y 281º el derecho de los españoles de no privarlos del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros elegidos por ambas partes; la sentencia que expidieren los árbitros se ejecutará si las partes al hacer el compromiso no se hubieran reservado el derecho de apelar.

Producido el proceso de Independencia del Perú del Reino de España el Libertador José de San Martín dictó el Reglamento Provisional de 1821, en

²¹ Corte Constitucional, sent. C-242 de 20 mayo 1997. Magistrado ponente: Hernando Herrera Vergara.

cuyo artículo 18 textualmente se lee: *"Todas las leyes, ordenanzas y reglamentos que no estén en oposición con los principios de libertad é independencia proclamados, con los decretos expedidos desde el 8 de Setiembre anterior, y con lo establecido en el presente, quedan en su fuerza y vigor, mientras no sean derogados, ó abrogados por autoridad competente"*.

Estimamos que el arbitraje, que se pacta voluntariamente por las partes no se oponía en absoluto a los decretos dictados por San Martín y desde esa perspectiva, estaban vigentes, por lo menos teóricamente.

La misma opinión puede aplicarse a la Constitución Política de 1823 que en su artículo 121º, repite más o menos la fórmula antes referida al señalar que: *"Todas las leyes anteriores a esta Constitución, que no se opongan al sistema de la independencia, y a los principios que aquí se establecen, quedan en su vigor y fuerza hasta la organización de los códigos civil, criminal, militar y de comercio"*.

Lo mismo aconteció con la Ley del 10 de febrero de 1824 firmada por José María Galdiano como Presidente del Congreso, Joaquín de Arrees y José Bartolomé Zárate como diputados secretarios, por el cual el propio Congreso Constituyente acuerda su Receso, suspende el ejercicio del cargo del Presidente de la República y otorga poderes al Libertador Simón Bolívar.

Posteriormente, por Ley del 10 de Febrero de 1825 se le otorgaron plenos poderes al Libertador Simón Bolívar dada la delicada situación política que atravesaba el proceso de consolidación de la independencia.

La efímera Constitución Vitalicia de 1826, como se le conoce no hace mención expresa al arbitraje pero si a las conciliaciones, promoviéndolas de manera decidida, por lo que considero que a la institución del arbitraje no se le prohibió de manera expresa alguna sin que tampoco se le promoviera como se hacía con relación a la conciliación.

La Constitución Política de 1828 dada por el Congreso General Constituyente el 18 de marzo de 1828 en su capítulo referido a la administración de justicia, artículos 119 a 131 no hace referencia expresa al arbitraje. Este texto constitucional estuvo vigente hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1839 que fue dada por el Congreso General el 10 de noviembre del citado año.

La Constitución Política de 1839 a diferencia de las Constituciones Políticas anteriores si hace expresa referencia al arbitraje, como una garantía Individual regulada dentro de las garantías nacionales. Así en el artículo 164 establece: *“Ningún Peruano puede ser privado del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros”*.

Esta tendencia continuaría con el Estatuto Provisorio de 1855 dictado por el Libertador Ramón Castilla en su calidad de Presidente Provisorio, recogándose fórmula legislativa similar a la anterior, en el artículo 11, que dice textualmente: *“Todo individuo en la República tiene el derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros conforme a las leyes”*.

El nuevo texto constitucional agregó que el arbitraje debe desarrollarse *“conforme a las leyes”*, es decir que el Estatuto Provisorio concebía la necesidad de legislar dicho dispositivo con rango constitucional, es decir, dictar normas sobre arbitraje en leyes conocidas como de desarrollo constitucional, que por supuesto no se dictaron en su oportunidad.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1860 promulgada por el propio Ramón Castilla, esta vez en su condición de Presidente Constitucional de la República, el arbitraje sufre una especie de retroceso, pues en el texto constitucional no se hizo referencia expresa a ella como sí se hacía en el Estatuto Provisorio de 1855. De igual forma se mantuvo en materia arbitral la Constitución de 1867 durante el mandato del Presidente Mariano Ignacio Prado, que no hizo referencia alguna y que por el contrario, en el Título XVII Del Poder Judicial, en su artículo 121 precisó que *“La justicia será administrada por los Tribunales y Juzgados”*

cerrándole el paso, en alguna forma y grado al arbitraje como mecanismo de solución de controversias.

Con el advenimiento del siglo XX, luego de superada en alguna forma el trauma de la guerra del pacífico y con Augusto B. Leguía en el poder, el arbitraje tuvo un mejor tratamiento legislativo a nivel constitucional acorde con el propósito modernizador introducido por el Presidente de la República. Así, en el artículo 48.0 referidos a *"Los conflictos entre el Capital y el Trabajo serán sometidos a arbitraje obligatorio"*.

4.2. La Constitución Política de 1979 y el Código Civil de 1984:

La Constitución Política de 1979, incorporó en su texto y por vía de excepción a las denominadas "jurisdicción" arbitral y militar, en el artículo 233, numeral 1).

El desarrollo del arbitraje incorporado por el texto constitucional antes referido se efectuó a través de la cláusula compromisoria y compromiso arbitral que fue incorporado en el texto del Código Civil promulgado por el Decreto Legislativo N° 295.

Precisamente, en el Libro VII — Fuentes de las Obligaciones; Título IX se regulan los capítulos Primero referido a la Cláusula Compromisoria, artículos 1906 y 1907 y el capítulo segundo concerniente al Compromiso Arbitral artículos 1909 a 1922²².

La cláusula compromisoria conforme a lo señalado en el artículo 1906 del Código Civil facultaba a las partes a obligarse mediante un pacto principal (que podía ser independiente de un contrato específico) o una estipulación accesoria (dentro de un contrato principal) a celebrar en el futuro un compromiso arbitral.

Este compromiso no requería la designación de árbitros pero si fijar la extensión de la materia a arbitrar y además generaba la obligación a las partes de materializar el arbitraje compeliéndolos a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el compromiso pueda tener

²² Dichas normas fueron derogadas en su integridad por el Decreto Ley N° 25935.

efecto y, en concreto, se designe a los árbitros y se determine el asunto controvertido.

En buena cuenta y conforme lo establecía la propia norma derogada se trataba de un contrato preliminar, con todas sus formas.

El compromiso arbitral tenía una regulación más completa pues fue definida en el artículo 1909 del Código Civil textualmente *“por el compromiso arbitral dos o más partes convienen que una controversia determinada, materia o no de un juicio, sea resuelta por tercero o terceros a quienes designan y a cuya jurisdicción y decisión se someten expresamente”*.

Además de lo expuesto, se reguló que la forma de celebración era escrita bajo sanción de nulidad y debía contener el nombre y domicilio de los otorgantes y de los árbitros; la controversia que se somete al fallo arbitral con expresión de sus circunstancias, el plazo para laudar y la sede o lugar donde debe desarrollarse el arbitraje.

El artículo 1913 del Código Civil establecía que materias no podían ser objeto de compromiso arbitral, entre ellas las referidas al estado y la capacidad civil de las personas; las que interesan a la moral y las buenas costumbres. El numeral 2) hacía una larga referencia al estado o sus bienes.

El artículo regulaba que la existencia de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral facultaba la invocación como excepción en caso surgiera proceso ordinario. De igual forma se establecía la diferencia entre arbitraje de derecho y de equidad denominando a los árbitros que efectuaban este último tipo de arbitraje como amigables compondores.

Finalmente, debemos señalar que el artículo 1922 remitía el procedimiento arbitral a las normas establecidas en el Código de Procedimientos Civiles, actualmente derogado por el Código Procesal Civil.

4.3. La Constitución Política de 1993:

La Constitución Política del Perú de 1993 siguiendo la corriente establecida por la Constitución de 1920 y la derogada de 1979 también plasmó a nivel normativo el arbitraje como una solución de controversias distinta a la ordinaria, la militar y la de las comunidades campesinas y nativas que establece el artículo 149 del texto constitucional.

Específicamente en el artículo 139 de la Constitución Política vigente establece lo siguiente:

Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación.

Con el citado artículo queda perfectamente habilitada la administración de justicia en la vía arbitral en el Perú.



RESUMEN DE LA UNIDAD I

- La actual constitución faculta a las personas a acceder a la justicia arbitral.
- En materia labora pueden constituirse tanto árbitros como arbitradores para la resolución de un conflicto.



AUTOEVALUACIÓN

1) ¿Cuál es la diferencia entre "arbitro" y "arbitrador"?

2) Explique el principio no intervencional.

3) ¿ A partir de qué año la Constitución Política hace expresa referencia al arbitraje?

4) ¿Cómo se define el compromiso arbitral en el artículo 1909 del código civil de 1984?



LECTURAS

Lecturas Obligatorias:

- 1) BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. La constitucionalización del arbitraje en el Perú: algunas consideraciones en torno a la relación del arbitraje con la Constitución, los derechos fundamentales y el Estado de derecho. **Derecho PUCP**, [S.l.], n. 71, p. 387-411, mar. 2014

- 2) Acevedo Mercado, Jorge (Julio 2014): "Las diferencias entre el arbitraje laboral jurídico y el arbitraje laboral económico, y su incidencia en el control difuso" en Revista de Derecho Themis. Lima: Editorial Tinco S.A.



CASOS SUGERIDOS

- 06167-2005-PHC/TC

UNIDAD II



ARBITRAJE LABORAL: EL ARBITRAJE LABORAL ECONÓMICO Y EL ARBITRAJE LABORAL DE DERECHO

PRESENTACIÓN

En materia laboral existe el arbitraje tanto para resolver controversias de naturaleza jurídica, como para resolver controversias de naturaleza económica. En el primero de ellos, la institución del arbitraje encuentra ciertas limitaciones con la finalidad que el empleador no imponga condiciones abusivas a su trabajador con la finalidad que le sea materialmente imposible reclamar su derecho; en la segunda, el estado fomenta ésta forma de solución de conflictos, sin perjuicio de que los trabajadores mantienen siempre vigente su derecho a recurrir a la huelga. En la presente unidad desarrollaremos la definición y las diferencias entre el arbitraje laboral jurídico y el arbitraje laboral económico, y conoceremos el procedimiento que se debe seguir para recurrir a ellos.



PREGUNTAS GUÍA

1. ¿Qué es arbitraje económico, qué es arbitraje laboral, y en cuál de ellos se resuelve el conflicto aplicando equidad?
2. ¿Todo trabajador puede recurrir a un arbitraje jurídico?

1. El arbitraje laboral económico.

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 Estado²³.

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

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

²³ Castillo Freyre, Mario y Ricardo Vásquez Kunze. *Analizando el Análisis*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, pág. 59.

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.

1.1. La equidad frente a los fallos en conflicto laborales de carácter económico:

En una conferencia en el Primer Seminario de Derecho Laboral realizado en la Universidad Externado de Colombia, José Montenegro Baccam manifestó lo siguiente:

"La equidad es la adaptación de la ley a la realidad, una corrección de la generalidad de la ley, esto es, una justicia mayor que la legal, porque esta, dada su generalidad, no puede adecuarse a todos los casos posibilidades"²⁴.

²⁴ José Montenegro Bacca, *Primer seminario latinoamericano de derecho laboral*, Bogotá, Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1977, pág. 172.

El autor distingue entre la equidad *latu sensu* y la *strictu sensu*. La primera "se confunde con los principios fundamentales del derecho y la justicia". La segunda "está constituida por esos mismos fundamentos de derecho y de justicia, en cuanto opera en la solución del caso concreto y del caso singular, sin sumisión al rigorismo del texto frío de la norma jurídica, sino más bien con sentido más humano y ético atenuando su rigor, sus imperfecciones y sus lagunas"²⁵. Montenegro concluye que la equidad se puede presentar de tres maneras frente a la ley:

1. *Secundum legem* (dentro de la ley);
2. *Praeter legem* (más allá de la ley), y
3. *Contra legem* (contra la ley).

En el derecho individual del trabajo se aplica la equidad *secundum legem* y *praeter legem*, pero no *contra legem*, puesto que el juez en este último caso se convertiría en legislador. Según el autor, en la equidad *contra legem*, que se da en las reclamaciones colectivas de trabajo, puede ocurrir la colisión entre la equidad y la ley escrita²⁶. Montenegro señala que - por ejemplo - en el sistema laboral colombiano, por efectos de la delimitación de la competencia de los árbitros, y por estar sometido expresamente el laudo a la ley y a la Constitución Política, la equidad *contra legem* no puede presentarse. Sobre el tema mencionado agrega dicho autor: "La equidad en el derecho moderno sirve de criterio para la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, temperando el rigor de la ley. Sirve para integrar el derecho con la creación de nuevas normas jurídicas. "El derecho laboral, frente a las vastísimas y profundas transformaciones que apareja la cuestión social, busca regular esas mutaciones aceleradas y múltiples creando nuevas regulaciones sociales «sub specia iuris», esto es, creando nuevas normas jurídicas; esto se ve en forma robusta en las relaciones colectivas laborales a través de la negociación colectiva, de la convención colectiva o de los

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*.

laudos expedidos por la jurisdicción del trabajo, tornándose en living law (ley viva)"²⁷.

El arbitraje en equidad es una institución procesal de gran auge actualmente, como lo son todos los mecanismos alternativos de resolución de conflictos. A través de él se resuelven disputas concretas, por lo que en la doctrina se habla de un derecho vivo, en contraposición con el legislado, de una pauta de juicio para discernir el carácter justo o no de una regla de derecho y como poder complementario del mismo²⁸.

Creemos que no existe una contraposición entre norma y justicia, entre derecho y equidad, ya que la legislación es la expresión de la justicia general, mientras que la equidad es el ajuste de esta a las particularidades del caso, ya que el culto irrestricto por la ley escrita no toma en consideración un conjunto más complejo de circunstancias de la realidad que logran una decisión donde la igualdad sea más efectiva que formal.

En materia laboral, aplicando categorías comunes a otras ramas del Derecho, pueden identificarse tres clases de arbitraje:

1. el voluntario o facultativo,
2. el obligatorio, y
3. el potestativo.

1.2. El arbitraje voluntario

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.

El arbitraje voluntario se ha definido como *"toda decisión dictada por un tercero, con autoridad para ello, en una cuestión o en un asunto que las*

²⁷ *Ibidem*, pág. 189.

²⁸ Ernesto Gamboa Morales, *El arbitraje en equidad*, Op. Cit., pág. 12.

*partes, por intereses divergentes, han sometido a su decisión"*²⁹.

Fuera de los casos excepcionales antes citados, se considera como arbitraje voluntario aquel cuya puesta en práctica se basa en la voluntad de las partes, que son libres de someterse o no al procedimiento arbitral. Así concebida, y a pesar de sus ventajas, esta modalidad ha sido de utilización poco frecuente en América latina.

Además de las razones invocadas con respecto al poco uso del arbitraje en general, han influido otras que afectan específicamente a la difusión del arbitraje voluntario. Este presupone la existencia de una nomina de árbitros que inspiren confianza a las partes por su imparcialidad y competencia. Sin embargo, en América latina aún no se ha desarrollado un cuerpo profesional de árbitros independientes que merezcan la confianza de empleadores y trabajadores.

Quienes cumplen estas funciones lo hacen de manera esporádica y como una actividad accesoria a la cual no se da generalmente mucha importancia.

Solo en fechas recientes algunos países, como Colombia y Chile, han procurado establecer listas de personas ajenas al gobierno y a las partes y calificadas además para ejercer la función arbitral. Sin embargo, su uso es todavía muy limitado en la práctica. En cuanto al empleo de funcionarios del ministerio del trabajo, estos son considerados por lo general conocedores de los problemas, pero son a menudo cuestionados con respecto a su imparcialidad por una u otra parte. Lo opuesto ocurre con los funcionarios judiciales o las personalidades ajenas al gobierno, a las que se estima imparciales pero poco familiarizadas con los asuntos laborales.

No obstante, el arbitraje voluntario ha ido cobrando importancia últimamente con respecto a los conflictos que surgen con motivo de la

²⁹ Cabanellas Miguel Gerardo. *Op. Cit.*, pág. 525.

interpretación o la aplicación del convenio colectivo.

Aunque muchos convenios prevén solamente un procedimiento interno de reclamaciones que desemboca, en caso de fracaso, en los tribunales del trabajo, algunos estipulan también el sometimiento final de la disputa a un organismo arbitral.

En la Argentina, las comisiones paritarias, que son presididas por un funcionario del Ministerio de Trabajo cuyo voto es decisivo en caso de desacuerdo, tienen la función de resolver todos los diferendos que pudieren surgir respecto a la interpretación y aplicación del convenio.

En Venezuela muchos convenios colectivos extienden la competencia de las comisiones tripartitas creadas para conocer de los despidos a todos los casos relacionados con la interpretación del convenio, así como a las controversias que puedan presentarse con motivo de su aplicación. Los convenios de la empresa telefónica, del Instituto de los Seguros Sociales y de la industria, por ejemplo, crean una comisión tripartita de arbitraje cuyo presidente es designado de común acuerdo o por sorteo entre los cinco nombres de abogados que figuran en sendas listas preparadas por las partes.

En México, el convenio de la industria azucarera, alcoholera y similares establece comisiones mixtas de fábrica y de campo y una Comisión Nacional de la Industria Azucarera presidida por un representante de la Secretaría del Trabajo a las cuales otorga la facultad de dictar resoluciones en los conflictos individuales o colectivos que puedan ser motivo de huelga.

La sumisión de un conflicto laboral al arbitraje voluntario se genera mediante un acuerdo entre las partes. Este acuerdo puede encontrarse preestablecido en un convenio colectivo, y entonces puede obviarse la subscripción de un compromiso ad hoc. Fuera de estos casos, cuando las partes en un conflicto deciden someterlo a la decisión arbitral, suelen subscribir un compromiso contentivo de los términos del acuerdo.

La mayor parte de los países latinoamericanos que establecen sistemas de arbitraje voluntario prevén normas relacionadas con el compromiso arbitral.

En El Salvador se señala que no es necesaria una escritura de compromiso. En la Argentina, Colombia, Costa Rica, Chile, República Dominicana, Guatemala, Honduras, Panamá y Venezuela el arbitraje voluntario nace de una cláusula o acto escrito. En algunos países, como Argentina, Panamá. Y Venezuela, este acto ocurre generalmente con la participación de los funcionarios encargados de la conciliación; en otros, como la República Dominicana y México, toma la forma de memoriales o solicitudes dirigidas al respectivo organismo laboral, mientras que en Colombia y Honduras la cláusula compromisoria puede constar bien en el contrato individual, en la convención colectiva o en cualquier otro documento otorgado posteriormente. En la Argentina, Chile, República Dominicana y Guatemala, las legislaciones señalan cual debe ser el contenido del compromiso arbitral. Generalmente, tanto en estos como en los otros países, el compromiso suele contener, además del acuerdo de sumisión al arbitraje, el señalamiento de los puntos objeto del mismo y algunas disposiciones referentes, a la designación de los árbitros. Puede asimismo contener normas relativas al procedimiento a seguir, lo cual parece ser indispensable en Chile, Ecuador y Uruguay, cuyas legislaciones no prevén expresa-mente reglas procesales para el arbitraje voluntario.

1.3. El arbitraje obligatorio

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 lo anterior, 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.

La característica del arbitraje obligatorio radica en el hecho de que las partes se y en abocadas a obtener el arreglo definitivo del conflicto, mediante el fallo que profiera el Tribunal constituido al efecto por varios motivos, entre los cuales tiene preponderancia el interés general de la comunidad., por lo cual lo consagra la Ley bajo diferentes supuestos.

Las legislaciones modernas, instituyen el arbitraje obligatorio como medio para resolver los conflictos obrero - patronales, con el fin de impedir la suspensión de labores a través de la huelga, o bien evitar que ella se tome indefinida, lo cual implica consecuencias funestas para la marcha normal de las empresas, para la economía del país y su seguridad, ya que conlleva el inminente peligro de la perturbación del orden público y porque además afecta en forma ostensible la situación económica de los trabajadores, o sea que con ello no se perjudica a la clase titular del derecho de huelga, sino que por el contrario, dentro de un ambiente de tranquilidad laboral se busca lograr el bienestar y mejores condiciones de vida para los asalariados, así como una mejor organización y reglamentación de los salarios y de las demás relaciones de trabajo cuya modificación buscan obtener.

Comentando el tema el profesor Despotín afirma que el arbitraje obligatorio *"responde a la tendencia de la moderna legislación del trabajo en los países de gran desarrollo industrial y se conforma con la modalidad de que la huelga debe ser considerada como una verdadera amenaza a la tranquilidad social, y así como en el orden de la higiene de la colectividad, el Estado deja a un lado escrúpulos institucionales o doctrinarios sobre la*

libertad individual en obsequio del bien de todos, ordenando vacunaciones preventivas, etc., así también en un conflicto de esta naturaleza se impone una legislación enérgica, que en breve termino imponga la solución obligatoria para las partes, por intermedio de organismos especialmente creados con este propósito”³⁰.

1.4. El arbitraje potestativo

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 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.

El Decreto Supremo N° 014-2011-TR, publicado con fecha 17 de setiembre de 2011, crea la figura jurídica del “Arbitraje Potestativo”, la misma que no estuvo contemplada por el legislador al dictar la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, ni por el poder ejecutivo al disponer su reglamentación.

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

³⁰ Despotin Luis A. “Derecho del Trabajo, su evolución en América”, Editorial Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1947, pág. 2.380.

"Artículo 61-A.- Arbitraje potestativo"

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.

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

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

Constituido el Tribunal Arbitral, dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes, las partes entregan al tribunal su propuesta final, de ser el caso, en forma de proyecto de convenio colectivo, con copia para la otra parte, que le será entregado a éste por el presidente del Tribunal Arbitral. Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, las partes podrán formular al tribunal las observaciones debidamente sustentadas, que tuvieran respecto del proyecto de fórmula final presentado por la otra parte.

Resultan aplicables al arbitraje potestativo las reglas del procedimiento arbitral establecidas en los artículos 55°, 56°, 57°, 58°, 59°, 60° y 61° del Reglamento. En el caso de la regla de integralidad establecida en el artículo

57º, ésta no se aplicará cuando sólo exista una propuesta final presentada, pudiendo el Tribunal Arbitral establecer una solución final distinta.

Finalmente, se precisa que en ningún caso, el arbitraje potestativo puede ser utilizado en desmedro del derecho de huelga.”

Resulta evidente que no se define, en primer lugar, legalmente el arbitraje potestativo, recurriéndose para ello simplemente a su naturaleza doctrinaria, (así como la referencia que se pudiera dar en alguna legislación extranjera de haberla adoptado en concordancia a las propias características de su ley de relaciones colectivas de trabajo). Hay que tener en cuenta que el arbitraje voluntario es diferente del potestativo en tanto que en el primero se requiere la voluntad de ambos mientras que en el potestativo este es impuesto prácticamente por una de las partes debiéndose someter la otra a esta voluntad.

En efecto, el artículo 61º del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo establece con toda claridad, y así siempre se ha interpretado hasta la sentencia del Tribunal Constitucional³¹, que para ir al arbitraje se requería necesariamente de la voluntad de ambas partes, siendo la mejor prueba de ello la necesidad de suscribir un compromiso arbitral estableciendo las reglas de su desarrollo.

En este sentido el artículo 61º de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo es contundente, en el sentido indicado al señalar: *“si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, podrán las partes someter el diferendo a arbitraje”* (este no dice “podrá” cualquiera de las partes someter el diferendo al arbitraje).

³¹ Sentencia del 17 de agosto de 2009 y resolución del 10 de junio de 2010, recaídas en el Expediente N° 03561-2009-PA-TC, mediante las cuales el Tribunal Constitucional ha interpretado que cuando se trate de determinar el nivel de la negociación o resolver situaciones de manifiesta mala fe negocial que entorpecen, dilatan o tienen por objeto evitar la solución del conflicto, rige el arbitraje potestativo.

No cabe la menor duda que la intención del legislador era que al arbitraje se llegara única y exclusivamente por acuerdo de las partes porque el recurrir al arbitraje era facultad de ambas, y no solamente de una de ellas, más aún cuando para los trabajadores la opción se podría dar entre el arbitraje y la huelga. Ello significaba que si el empleador proponía el arbitraje los trabajadores no estaban obligados a aceptarlo, en cuyo caso siempre les quedaba el camino de la huelga.

El arbitraje por su propia naturaleza es una excepción. Si bien el artículo 139 inc. 1 de la Constitución reconoce la jurisdicción arbitral, no existe ninguna excepción que permita obviar la naturaleza voluntaria de este, más aún a través de un Decreto Supremo.

Resulta entonces que de acuerdo con el Decreto Supremo N° 014-2011-TR no es rigurosamente exacto que ambas partes tengan la facultad de “interponer el arbitraje potestativo” ya que este resulta obligatorio para el empleador, y no lo es para los trabajadores de acuerdo con lo señalado en el último párrafo de la norma que señala: *“En ningún caso, el arbitraje potestativo puede ser utilizado en desmedro del derecho de huelga”*.

De lo expuesto fluye pues que el dispositivo dictado resulta formalmente cuestionable en los aspectos señalados que lejos de ser objeto de creación a través de un Decreto Supremo, debieron ser planteados como modificación de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y no de su Reglamento.

Es claro que el arbitraje potestativo se debe aplicar únicamente para las situaciones expresamente señaladas en la ley. El cuarto párrafo del artículo 61-A se refiere a: “los supuestos referidos”, los que obviamente son los expresamente enunciados en los acápites a) y b) que anteceden. De ello se desprende que no se pueden crear situaciones de arbitraje potestativo no contemplados en la norma.

En consecuencia las partes, cuando consideren que exista una causal para ir al arbitraje potestativo, deberán seguir el procedimiento señalado en la ley

que comienza con la designación de árbitros por cada una de ellas, aclarándose, que de no cumplirse con esta obligación “...la Autoridad Administrativa de Trabajo designa al árbitro correspondiente, cuyo costo asume la parte responsable de su designación.”

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

- a) ¿Qué sucede si el Tribunal Arbitral constituido no considera procedente el arbitraje por estimar considerar que no existen las causales de mala fe invocadas por la organización sindical? Obviamente el Tribunal, de llegar a tal conclusión, tendrá que declarar su propia incompetencia para conocer del caso.
- b) ¿Cómo se determina en este caso el pago de los honorarios de los árbitros si es que no van a realizar al arbitraje por inexistencia de la mala fe acusada? La norma no dice nada al respecto.

Un tema que surge inmediatamente del arbitraje potestativo es el referido a la fijación de los honorarios de los árbitros. Hasta ahora este no ha sido mayor problema en la medida que las partes han tenido que ponerse de acuerdo con respecto al arbitraje, esto es, no era forzado, y además, para lograr la aceptación del árbitro era necesario casi siempre aceptar el honorario que éste iba a percibir por los servicios. Es muy probable que la actitud varíe con respecto al árbitro impuesto, en cuyo caso será de aplicación lo señalado en el artículo 53º del Decreto Supremo N° 011-92-TR. Ello se debe al hecho de que quién sufra los efectos de un árbitro designado por un tercero, sustituyéndolo en la facultad de hacerlo probablemente se resista al pago de los honorarios.

La práctica arbitral ha llevado a una curiosa situación que pone en evidencia el gran negocio que el arbitraje potestativo les significa a los árbitros. Ahora se ha dividido el honorario en dos (que no necesariamente significa una reducción, sino que por lo general se incrementa). Un primer honorario por la parte del proceso que lleva a la declaración de inexistencia o inexistencia de

mala fe negociadora, que es una etapa de pronunciamiento previo en y una segunda que procede si se declara la mala fe.

En conclusión, no estamos de acuerdo con el arbitraje potestativo, el cual es contrario a la esencia del arbitraje, por naturaleza voluntario, y además resulta oneroso, y por nuestra legislación, inconveniente.

En nuestro país, se incorporó en la Legislación el tema del Arbitraje en diferentes campos³². En materia laboral, es el Decreto Ley N°25593 "Ley de Relación Colectivas de Trabajo" que norma, como novedad en materia procedimiento negociador, el arbitraje como posible sustitución de Resolución Administrativa. Así tenemos el artículo 61° del Decreto Ley N° 25593 que señala *"si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa en conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, podrán las partes someter el diferendo a arbitraje"*, decir el procedimiento arbitral es optativo para las partes y se reconoce la facultad de iniciarla a los trabajadores.

Sin embargo, en la práctica se han presentado muchos problemas y dudas sobre la eficacia del arbitraje como sistema solución de los conflictos. El mismo Decreto Ley faculta al Ministerio de Trabajo sustituir a las partes para hacer lo que ellas no desean. El ejemplo más claro es la imposición de la vía arbitral según el artículo 64° (*"Si no hubiere acuerdo sobre órgano arbitral se constituirá de oficio..."*) o el artículo 67° (*"En el caso de servicios públicos esenciales, de no haber acuerdo en negociación directa o en conciliación, la controversia será sometida arbitraje obligatorio..."*). El arbitraje se presenta "como alternativa a la huelga, culminada la etapa de la negociación directa de las partes o de la conciliación o mediación, si fuera el caso, se plantea la opción: huelga o arbitraje..."³³.

En la Constitución de 1993, en un proceso de flexibilización y desregulación de las normas laborales, se derogó el artículo 54° de la Constitución anterior que facultaba al Ministerio de Trabajo resolver los conflictos laborales. Se

³² El Perú una copiosa legislación sobre arbitraje: Constitución, Ley General de Arbitraje, Código Civil, Código Procesal Civil, Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, etc.

³³ Cesar Gonzales H. y Juan Carlos Cortez C. "La Negociación Colectiva y la Solución de los Conflictos en la crisis y en el proceso de ajuste estructural: el caso peruano" en "Políticas de Respuesta al impacto del ajuste", Fausto Salinas - Compilador, CBC, Cusco, 1994, pág. 48.

dispuso que *"los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial..."*. En el caso de los conflictos económicos propios del sistema de negociación colectiva, las únicas vías posibles de solución serían el acuerdo de partes y la vía arbitral como decisión voluntaria. En general la Constitución de 1993 reconoció el arbitraje voluntario, por ello ninguna ley o norma de menor jerarquía podría establecer el arbitraje obligatorio.

1.5. El proceso arbitral según el Decreto Ley N° 25593:

El procedimiento que regula la negociación colectiva de un pliego de reclamos sujeto al D. L. N° 25593 determina que si las partes no logran un acuerdo en negociación directa o en conciliación (ni en mediación si fuere el caso), pueden someter el diferendo al arbitraje.

En este sentido el compromiso arbitral es el documento en el cual consta la decisión de las partes de someter el diferendo a arbitraje. Sus formalidades están reguladas por el artículo 64° del D. L. N° 25593 y artículos 47° al 54° del D. S. N° 011-92-TR.

Otra circunstancia en la que puede darse el arbitraje es durante el desarrollo de la huelga. Para este caso se requiere la aceptación del empleador, salvo que no de respuesta al pedido escrito de los trabajadores dentro del tercer día, en cuyo caso el diferendo se someterá automáticamente a arbitraje.

En el arbitraje las partes de común acuerdo, están facultadas para fijar aspectos puntuales de discrepancia respecto a los cuales debe pronunciarse el árbitro. De no producirse esta situación, la decisión arbitral debe comprender todos aquellos aspectos de la controversia que no hubieran sido solucionados durante la negociación directa.

La decisión de someter la controversia a arbitraje constara en un acta denominada "compromiso arbitral", que contendrá el nombre de las partes, los de sus representantes y sus domicilios, modalidad de

arbitraje, información sobre la negociación colectiva que se somete a arbitraje; monto y forma de pago de las costas y honorarios de los Árbitros; lugar de arbitraje y facilidades para el funcionamiento del Tribunal, que deberá asumir el empleador, que de no ser posible, será solicitada por las partes al Ministerio de Trabajo.

Las partes que suscribieron el compromiso arbitral, deberán designar sus Árbitros en un plazo no mayor de 5 días hábiles. De no hacerlo una de ellas, la Autoridad Administrativa de Trabajo designará al Árbitro correspondiente, cuyo costo asumirá la parte responsable de su designación.

Si por alguna circunstancia cualquiera de los Árbitros dejara de asistir o renunciara, la parte afectada deberá sustituirlo en el término no mayor de tres días hábiles. En caso de no hacerlo, el Presidente del Tribunal solicitará a la Autoridad Administrativa de Trabajo su sustitución.

En todos los casos el Presidente del Tribunal Arbitral percibirá honorarios de por lo menos un 25% más de lo que perciban los Árbitros en forma individual.

El Tribunal Arbitral, en los casos que proceda, estará constituido siempre en número impar, debiendo los acuerdos ser adoptados por mayoría absoluta de sus miembros.

Conforme el primer párrafo del artículo 64° de la Ley, en la negociación colectiva a nivel de empresa comprendida en el sector privado, el arbitraje laboral puede estar a cargo de árbitro único, que podrá ser persona natural o jurídica, o de un Tribunal Arbitral. En caso que el empleador y los trabajadores no hubiesen llegado a un acuerdo sobre el tipo de órgano arbitral que resolverá el conflicto, se constituirá un tribunal tripartito de la siguiente manera:

Cada parte nombrará un árbitro y estos designarán a un tercero que actuará como Presidente del Tribunal. A falta de acuerdo entre los árbitros nominados por las partes, sobre la designación del tercer

árbitro, este será nombrado por la Autoridad de Trabajo del domicilio de la empresa, y de tener varios centros de trabajo el del lugar donde se encuentre el mayor número de trabajadores comprendidos en el ámbito de negociación colectiva.

En la negociación colectiva por rama de actividad o gremio, si no hay acuerdo para designar al tercer árbitro, lo hará la Autoridad de Trabajo del lugar donde estén la mayoría de empresas y trabajadores de la actividad o gremio respectivo.

En los casos contemplados en el último párrafo del artículo 64º y en el artículo 67º de la Ley, para la designación del presidente del Tribunal Arbitral, se procederá en la forma siguiente:

- a) Si el empleador es una empresa comprendida en el ámbito de la actividad empresarial del Estado, o se trata de una entidad del Estado cuyos trabajadores se encuentran sujetos al régimen laboral de la actividad privada, cada parte designará un árbitro y ambos a un tercero que actuara como Presidente del Tribunal, si no hay acuerdo sobre el tercer árbitro, la designación la realizará la Autoridad Administrativa de Trabajo.
- b) Si el conflicto se hubiese presentado en empresas que tengan a su cargo servicios públicos esenciales, cada parte designará un árbitro. El tercer árbitro actuara como Presidente del Tribunal y será designado por la Autoridad de Trabajo del domicilio de la empresa.

En caso que la empresa tuviera varios centros de trabajo la designación del tercer árbitro la efectuará la Autoridad de Trabajo del lugar donde exista el centro de trabajo con mayor número de trabajadores comprendidos en el ámbito de la negociación colectiva.

Los árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes en conflicto y ejercerán el cargo con estricta imparcialidad y absoluta

discreción. En el desempeño de sus funciones tendrán plena independencia dentro del marco de la Ley.

Se considera formalmente iniciado el proceso arbitral con la aceptación del árbitro o en su caso, de la totalidad de los miembros del Tribunal Arbitral. Esta aceptación deberá hacerse ante las partes en conflicto, lo que deberá constar en un acta en el que se señalara lugar, día y hora de su realización, los nombres de las partes intervinientes, el del árbitro o los de los miembros del Tribunal Arbitral, y la declaración de estar formalmente iniciado el proceso arbitral.

En el mismo acto cada una de las partes en conflicto deberá entregar al árbitro o a los miembros del Tribunal Arbitral su propuesta final por escrito en la forma de proyecto de convención colectiva, con copia para la otra parte, que le será entregado a esta por el árbitro o por el Presidente del Tribunal Arbitral.

Dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes al inicio del proceso las partes podrán formular al árbitro o al Tribunal Arbitral, las observaciones debidamente sustentadas que tuvieran respecto del proyecto de formula final presentado por la otra parte³⁴.

1.6. El arbitraje potestativo en la regulación del Decreto Supremo 014-2011-TR:

En el diario Oficial El Peruano del 17 de setiembre de 2011 se publicó el Decreto Supremo N° 014-2011-TR. Este dispositivo se publica con el título: "Modifican el D.S. 011-92-TR y crean el Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas".

En la parte considerativa, y como fundamento para las modificaciones introducidas al Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, que consideramos contrarios a lo señalado en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo que es de superior jerarquía, se hace referencia a diversas normas jurídicas, así como a una sentencia del

³⁴ Perú el Libro de la Negociación Colectiva, Febrero 1996 N°2, Aele, Asesoramiento y Análisis Laboral S.A., Lima - Perú, págs. 29 a 30.

Tribunal Constitucional³⁵ que estaba referida a una situación específica y por la cual se introduce el concepto no tratado hasta dicho momento en nuestra legislación del arbitraje "potestativo"³⁶ que no es otra cosa sino un arbitraje forzoso u obligatorio encubierto ya que la obligatoriedad de someterse a dicho procedimiento depende de la sola voluntad de una de las partes, y no de arriba, que es la característica fundamental del arbitraje.

En dicha parte considerativa se hace mención al numeral 2 del artículo 28° de nuestra Constitución Política haciéndose referencia a que ella: *“...establece que el Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, cautelando su ejercicio democrático a través del fomento de la negociación colectiva³⁷ y de la promoción de medios de solución pacífica de los conflictos laborales”³⁸*

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

En el tercer considerando se cita el artículo 61° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Supremo N° 010-2003-TR) que dispone *“... si no hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, de habérsela*

³⁵ Expedida en el expediente 03561-2009-PA/TC, referida a un acción de amparo iniciada por el Sindicato de Trabajadores Portuarios, por la que por primera vez se establece el llamado “arbitraje potestativo” por declaración de dicho tribunal.

³⁶ Hasta la expedición de la sentencia del Tribunal Constitucional, nunca se puso en duda que de acuerdo con lo señalado en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo solamente existían dos clases de arbitraje que eran: el obligatorio (de naturaleza excepcional) y el voluntario, al cual por vía interpretativa primero y después por norma reglamentaria, se le ha agregado un tercero que es el potestativo. La mejor prueba de que solamente existían las dos formas indicadas del arbitraje es que no se podía imponer el voluntario cuando una de las partes se negaba a someterse al mismo. Esta sentencia no fue declarada como precedente de observancia obligatoria.

³⁷ En realidad el instrumento legal que es objeto de nuestro comentario, lejos de fomentar la negociación colectiva, promueve una distorsión de la misma al fomentar el arbitraje haciéndolo fácil, lo que va a producir el efecto de tener una negociación colectiva en la cual al no fomentarse la autocomposición sino la heterocomposición del conflicto, cambiará las estadísticas, reduciendo el alto índice de soluciones por voluntad directa de las partes para trasladarla a la decisión de los árbitros.

³⁸ La mención hecha en la resolución no es cita textual de la Constitución. Es interpretación de la Autoridad Administrativa.

solicitado los trabajadores, podrán las partes someter el diferendo a arbitraje".³⁹

El cuarto considerando de la resolución se refiere al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional que establece: "...que los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional."⁴⁰

A continuación se hace referencia a que lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la sentencia de fecha 17 de agosto del 2009 y resolución aclaratoria del 10 de junio del 2010 "...resulta necesario precisar el alcance del arbitraje potestativo a que se refiere el artículo 61° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo".⁴¹

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

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

La pregunta que nos formulamos es simple: Si es que de acuerdo con la interpretación que justifica la expedición del dispositivo se considera

³⁹ Obsérvese que el dispositivo no utilizó una fórmula imperativa para demostrar lo que ahora se pretende señalar como voluntad del legislador. Si tal hubiese sido su intención se habría utilizado términos contundentes como podría haber sido: "...si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, las partes someterán el diferendo a arbitraje"

⁴⁰ La norma hace referencia a la interpretación judicial (de los jueces) sin mencionarse la aplicación de dicho criterio en tina norma reglamentaria dictada por el Poder Ejecutivo. Debe tenerse en cuenta que el acto de interpretación del juez se concreta en la sentencia específicamente referida a un caso concreto que además es precedida por la actuación procesal en la que se permite el derecho de defensa en toda su extensión.

⁴¹ El dispositivo mencionado no hace ninguna mención o referencia al arbitraje "potestativo" que obviamente no estuvo dentro de la intención del legislador.

que la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo contempló el "arbitraje potestativo" desde que fue expedida y que el reglamento de la misma no la contradecía o desnaturalizaba ¿A título de qué se restringe su aplicación solamente a las situaciones enunciadas, cuando la propia ley no contempló ninguna limitación?

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

2. El Arbitraje de derecho en materia laboral.

La doctrina laboral diferencia los conflictos laborales de carácter jurídico, de aquellos de carácter económico. Conflicto jurídico o de Derecho: Es aquella controversia que se origina en la aplicación o interpretación de una norma preexistente (ley, contrato, estatutos, convención colectiva, pacto colectivo) y que naturalmente debe ser decidido por la autoridad competente (generalmente los jueces del trabajo). Conflicto económico o de intereses: Es un conflicto para modificar un derecho existente o para crear uno nuevo, por parte de los protagonistas de la relación laboral a través del principio de la autocomposición de sus intereses.

El tratadista mexicano Mario de La Cueva sintetiza así la diferencia entre unos y otros: *"Hay pues una diferencia radical entre los conflictos colectivos o conflictos de intereses y los conflictos jurídicos: en estos la cuestión a debate es un problema de derecho", que se expresa en la conocida fórmula a quien corresponde el Derecho, mientras que los conflictos colectivos o de intereses*

se caracterizan por la ausencia de norma jurídica para resolverlos y su propósito es la creación de la norma jurídica futura"⁴².

Es importante añadir que sobre la naturaleza jurídica del arbitraje los tratadistas han señalado diversas teorías; para unos es un acto jurisdiccional; para otros un acto de la especie de los del poder legislativo en donde el árbitro al decidir crea derecho; otros sostienen que es un acto administrativo cuando se trata de arbitramento obligatorio y que tiene carácter contractual cuando se está frente al arbitramento voluntario.

Sobre éste tipo de arbitraje es sumamente importante destacar que es determinar que las partes que expresen su voluntad de manera cierta e indubitable. En este aspecto, la validez del convenio arbitral está condicionada a la existencia de un acuerdo escrito entre las partes ya que no cabe realizar presunciones ni interpretaciones sobre una voluntad no manifestada de manera cierta y expresa, situación que no se observa en la institución del arbitraje potestativo.

En ese sentido, la denominada competencia arbitral surge entonces por el consenso entre los particulares y por una voluntad clara e indubitable de sustraerse inequívocamente del sistema de justicia ordinaria, excepción al principio de la unicidad y exclusividad de la función jurisdiccional establecida en el artículo 139° de la Constitución Política del Perú

De esta manera el arbitraje se eleva como una excepción al Principio de la Jurisdicción Predeterminada u Ordinaria de Administrar Justicia regulada a partir del artículo 138° y demás de la Constitución Política del Estado. Dicha excepción está normada en el artículo 139° inciso 1) de la carta Magna y además en el artículo 4° de la Ley General de Arbitraje.

De esta forma, el proceso arbitral se admite como una alternativa y excepción de la del juez natural, para lo que se requiere acuerdo de voluntades de las partes que lo celebran de manera expresa e inequívoca

⁴² Cárdenas Laneri, Ximena. "El arbitraje laboral como medio de solución de los conflictos económicos". En: <http://www.javieriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis03.pdf>.

como así lo exigen los principios de legalidad y literalidad, ya que no se puede llegar a esta vía por el camino de las interpretaciones o analogías.

En ese camino, el arbitraje importa la renuncia expresa al ejercicio de un derecho sustantivo, esto es, al de recibir tutela judicial efectiva a través de la jurisdicción ordinaria o común que proporciona el Poder Judicial.

Entrando específicamente en el campo del derecho laboral, existe una duda razonable generalizada, que es cuestionarse si los derechos laborales pueden ser sometidos a arbitraje. La respuesta contundente será, si, los derechos laborales si pueden ser sometidos a arbitraje.

El artículo 1º de la Ley General de Arbitraje hace referencia expresa a aquella materia objeto de arbitraje y aquellas que no pueden promoverse. En ese sentido, pueden ser materia arbitral:

- a) Las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición
- b) Aquellas relativas a materia ambiental cuando los efectos de llevar estas materias al ámbito arbitral es que se extingue, respecto de ellas el proceso judicial

De igual forma, y vía excepción, el artículo 1º de la Ley General de Arbitraje señala de manera expresa que materias no son arbitrables:

1. Las que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial.
2. Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes.
3. Los que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, si podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto a ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.

4. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entidades de derecho público.

Como puede observarse, la discusión de los derechos laborales no es una excepción prevista en nuestra norma general del arbitraje, es por ello que en nuestras dos últimas normas procesales especiales, se ha contemplado la posibilidad de recurrir a ésta forma de administración de justicia.

Al respecto, Ágreda Aliaga ha escrito lo siguiente: “...el arbitraje en materia laboral no solo se agota en lo colectivo, sino que se extiende al ámbito de las relaciones individuales de trabajo. El artículo 104 de nuestra anterior Ley Procesal del Trabajo (Ley N° 26636, aún vigente en algunos distritos judiciales) establecía que “las controversias jurídicas en materia laboral pueden ser sometidas a arbitraje, pudiendo las partes acogerse a lo dispuesto en la Ley General de Arbitraje u optar por otro procedimiento arbitral.

Ahora, con la entrada en vigencia de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley N° 29497), en su sexta disposición complementaria ha establecido que “las controversias jurídicas en materia laboral pueden ser sometidas a arbitraje, siempre y cuando el convenio arbitral se inserte a la conclusión de la relación laboral y, adicionalmente, la remuneración mensual percibida sea, o haya sido, superior a las 70 URP's

Los dos dispositivos antes mencionados, con sus propias particularidades, regulan la posibilidad de que trabajadores y empleadores puedan someter cualquier controversia derivada de la ejecución de la relación laboral a la competencia de un árbitro”⁴³.

Por demás, debe tenerse presente que los árbitros que resuelven conflictos de derecho deben aplicar el derecho. Aunque ésta afirmación suena aparentemente retórica, es importante tenerla en cuenta como característica diferenciadora del arbitraje económico que es un arbitraje de equidad, donde el tomador de la decisión se pronuncia sobre el fondo de la materia en función de lo que sencillamente le parece más justo.

⁴³ Jorge Orlando ÁGREDA ALIAGA, “El arbitraje individual a la luz de la entrada en vigencia de la Nueva Ley Procesal del Trabajo”. En Soluciones Laborales N° 32, editorial Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2010.

El Dr. Oswaldo Hundskoff Excebio opina que inclusive los árbitros de derecho deben aplicar los principios generales del derecho, tal como cualquier Juez lo haría; el jurista citado ha expresado lo siguiente: *“consideramos que todos los árbitros, al resolver conflictos en Arbitrajes de Derecho, están declarando el derecho que asiste a la parte cuyas pretensiones amparan, pues la emisión del laudo constituye un acto jurisdiccional.*

Si bien los árbitros califican como jueces privados y/o particulares, y el arbitraje se rige por reglas propias, a nuestro parecer no pueden escapar de la ética común a todo proceso a respetar las garantías fundamentales, todo lo que se circunscribe al pleno sometimiento a la Constitución Política”⁴⁴

2.1. El arbitraje de derecho laboral en la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo

El artículo 104 de la Ley N° 26636, establece lo siguiente.

Artículo 104.- SOMETIMIENTO AL ARBITRAJE.- Las controversias jurídicas en materia laboral pueden ser sometidas a arbitraje, pudiendo las partes acogerse a lo dispuesto en la Ley General de Arbitraje en lo aplicable u optar por otro procedimiento arbitral.

Es decir, la norma estaba autorizando expresamente que las partes pacten libremente el sometimiento de sus posibles futuras discrepancias a la vía arbitral.

La crítica principal de ésta licencia al libre albedrío de las partes de un importante sector de la doctrina tenía sustento en que al ser empleado la parte mas débil en la relación laboral, por cuanto un interés de contratar para tener un sustento alimentario, podría ser fácilmente obligado a suscribir un convenio arbitral pese a que no le resultaba estratégicamente conveniente.

El proceso arbitral de derecho puede en efecto no ser conveniente a todos los justiciables en razón de que si bien es un proceso mucho más rápido, no es

⁴⁴ Oswaldo Hundskopf Excebio. “aplicación del principio Iura Novit Curia en el arbitraje”. En Dialogo con la Jurisprudencia N° 172, página 83, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2013.

económico. Como resultado, existe la posibilidad de que una persona que ha pactado recurrir en arbitraje en realidad nunca pueda acceder a él, por falta de recursos económicos.

2.2. El arbitraje de derecho laboral en la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo

Recogiendo las críticas a la regla anterior, la Ley N° 29497 estableció en la SEXTA disposición complementaria lo siguiente:

SEXTA: Las controversias jurídicas en materia laboral pueden ser sometidas a arbitraje, siempre y cuando el convenio arbitral se inserte a la conclusión de la relación laboral y, adicionalmente, la remuneración mensual percibida sea, o haya sido, superior a las (70) Unidades de Referencia Procesal.

Ésta cláusula pone un doble límite a la facultad de las partes para pactar recurrir en arbitraje, para evitar que en la práctica no hayan pactos sino imposiciones. Esos dos límites serán los siguientes:

1. Por un lado, el convenio arbitral deberá ser insertado al final de la relación laboral. Esto es, no será válida la cláusula que obre en el documento del contrato de un trabajador al momento de iniciar la relación laboral.

Es decir, si trabajador y empleador quiere recurrir en arbitraje, ésta voluntad deberá existir al término de la relación laboral. Cuando la empresa no ejerza sobre el trabajador ninguna influencia.

2. En segundo lugar, restringe el arbitraje solamente a los trabajadores que perciban mensualmente más de 70 URPS's. A la fecha de elaboración de éste material eso significa S/. 66,500.00 soles mensuales.

La finalidad de ésta disposición, como dijimos, es que ningún trabajador que se someta a arbitraje pueda no tener dinero suficiente para solventar los gastos de éste oneroso proceso.



RESUMEN DE LA UNIDAD II

- En el caso de los conflictos económicos propios del sistema de negociación colectiva, las únicas vías posibles de solución serían el acuerdo de partes y la vía arbitral como decisión voluntaria. En éste caso el arbitraje será un "arbitraje económico laboral".
- El arbitraje jurídico laboral es un arbitraje jurídico como el que se sigue por la decisión de las partes ante cualquier controversia civil, la diferencia radica en que actualmente su procedencia requiere ciertas condiciones establecidas en la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo.



AUTOEVALUACIÓN

1) ¿Cuáles son las formas de solucionar conflictos económicos de acuerdo con el derecho laboral?

2) ¿Qué es la equidad?

3) ¿Qué es el arbitraje potestativo?

4) ¿Cómo se designa al presidente del tribunal arbitral en un arbitraje económico laboral?



LECTURAS

Lecturas Obligatorias:

- 1) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos: "La naturaleza del arbitraje en la negociación colectiva" en soluciones laborales N° 46, editorial Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2011.
- 2) AGREDA ALIAGA, Jorge: "El arbitraje laboral individual a la luz de la entrada en vigencia de la Nueva Ley Procesal del Trabajo" en soluciones laborales N° 32, editorial Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2010.



CASOS SUGERIDOS

- N° 5132-2014-LIMA.