



## **ANEXO DE LECTURAS**

### **CURSO “ARBITRAJE LABORAL”**

## UNIDAD I: ARBITRAJE EN MATERIA LABORAL – PARTE GENERAL

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 Tinto S.A.

## UNIDAD I: ARBITRAJE EN MATERIA LABORAL – PARTE GENERAL

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.

# 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

Constitutionalization of arbitration in Peru: some considerations around relationship among arbitration, Constitution, fundamental rights and Rule of law

REYNALDO BUSTAMANTE ALARCÓN\*

**Resumen:** El artículo toma como punto de partida el enriquecimiento progresivo por el que ha transitado la concepción de derechos fundamentales, que actualmente no solo implican el otorgamiento a sus titulares derechos, libertades, competencias e inmunidades sino que todos —Estado y particulares— estamos obligados a respetarlos, defenderlos, garantizarlos y promoverlos, independientemente de que su titular haya desplegado o no una conducta con ese propósito. A partir de ello, el autor analiza la definición y principales características del arbitraje, destacando su dimensión constitucional y proponiendo una lectura sistemática y en armonía con los derechos fundamentales.

**Palabras clave:** arbitraje – jurisdicción – Constitución – derechos fundamentales – Estado de derecho – debido proceso – arbitrariedad – razonabilidad

**Summary:** This article point out the progressive enrichment by which fundamental rights concept have gone through, providing to holders —government and individuals— not only rights, liberties, powers and immunity but also the obligation to respect, defend, guarantee and promote all them regardless the conduct displayed by the holder in this field. With this in mind, the author examines arbitration definition and main characteristics, highlighting its constitutional dimension proposing a systematic reading in accordance with fundamental rights.

**Key words:** arbitration – jurisdiction – constitution – fundamental rights – Rule of law – due process – arbitrariness – reasonableness

---

\* Abogado en Perú y España. Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Graduado del posgrado en Derecho Español por la Universidad Alcalá de Henares, así como de la maestría en Derecho Constitucional y de la licenciatura en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor del Departamento de Derecho, de la Escuela de Posgrado y del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de esta casa de estudios. Profesor del Departamento de Derecho de la Universidad del Pacífico. Investigador y profesor invitado de la Universidad Carlos III de Madrid y de otras universidades nacionales y extranjeras. Artículo elaborado en Lima, Perú. Correo electrónico: reynaldo@bustamanteasociados.com

## I. INTRODUCCIÓN

La segunda parte del artículo 139, inciso 1, de la Constitución peruana señala: «No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral». Resulta pertinente indagar entonces sobre las consecuencias de esta recepción constitucional del arbitraje, teniendo en cuenta el valor que la Constitución ostenta en el pensamiento jurídico de nuestro tiempo y su relación con otras instituciones igualmente importantes, como el Estado de derecho y los derechos fundamentales (las implicancias sobre la justicia militar no corresponden al ámbito material de este trabajo).

Sabido es que la concepción sobre la Constitución y sus implicancias para el derecho no han sido siempre las mismas. La historia del pensamiento jurídico lo confirma<sup>1</sup>. Hoy en día, el derecho occidental y moderno se edifica a partir de una concepción principal —denominada *constitucionalismo* o *neoconstitucionalismo*—, según la cual la Constitución no es solo un código político que funda el Estado e instituye el ordenamiento jurídico, sino también un conjunto de normas fundamentales con propia fuerza jurídica de la mayor jerarquía. Es decir, en el derecho de nuestro tiempo la Constitución aparece como la norma fundamental, que además de fundar el Estado y el ordenamiento jurídico en su conjunto, es al mismo tiempo el principal criterio de validez de las demás normas jurídicas: todas las normas del ordenamiento deben crearse, interpretarse y aplicarse de conformidad con la Constitución. Si no resultan conformes con ella, las normas jurídicas, sean públicas o privadas, resultarán inválidas.

Al mismo tiempo, su propia fuerza normativa hace que la Constitución resulte directamente aplicable, sin necesidad de que exista una norma que desarrolle o complemente su contenido (una cosa es que el legislador pueda desarrollar el contenido constitucional y otra muy distinta que ese desarrollo sea imprescindible para que la Constitución rija y surta efectos jurídicos). Por su importancia, el constitucionalismo plantea además la existencia de una protección jurisdiccional de la Constitución, tanto para velar por la constitucionalidad normativa como para hacer frente a las conductas de diverso tipo que la amenacen o vulneren (es el caso,

1 Ver: FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Segunda reimpresión. Madrid: Trotta, 2011.

por ejemplo, de los procesos de inconstitucionalidad, de *habeas corpus* y amparo, etc.)<sup>2</sup>.

La concepción sobre el Estado de derecho también ha pasado por una evolución similar. Hemos pasado de una concepción sobre el Estado legal de derecho a otra sobre el Estado constitucional de derecho, una diferencia terminológica que encierra una distinción conceptual: mientras el Estado legal de derecho se conforma con que el poder actúe sujeto a la ley, sin poner el acento en cuál pueda ser su contenido, el Estado constitucional de derecho exige que el poder actúe conforme a la ley, pero no a cualquier ley, sino conforme a una que sea compatible con cierto contenido de justicia previsto en la Constitución. Digamos que, mientras en el primer tipo de Estado basta con que el poder se sujete a ciertas exigencias formales (que haya sido ejercido por el órgano competente y a través del procedimiento previamente establecido), en el segundo se requiere, además, que actúe conforme con el contenido de justicia constitucionalmente previsto<sup>3</sup>.

Si a eso se agrega que este contenido varía en función de si estamos ante un Estado liberal o uno social o un Estado democrático de derecho, las distintas posibilidades de configuración estatal y de su actuación son muy amplias y pueden llegar a ser muy distintas entre sí (como muestra una señal: mientras el Estado liberal suele no considerar como derechos

LA CONSTITUCIO-  
NALIZACIÓN DEL  
ARBITRAJE EN EL  
PERÚ: ALGUNAS  
CONSIDERACIO-  
NES EN TORNO  
A LA RELACIÓN  
DEL ARBITRAJE  
CON LA CONS-  
TITUCIÓN, LOS  
DERECHOS  
FUNDAMENTALES  
Y EL ESTADO DE  
DERECHO

CONSTITUTIO-  
NALIZATION OF  
ARBITRATION  
IN PERU: SOME  
CONSIDERATIONS  
AROUND RELA-  
TIONSHIP AMONG  
ARBITRATION,  
CONSTITUTION,  
FUNDAMENTAL  
RIGHTS AND RULE  
OF LAW

2 Ver: «Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico». *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 16 (abril de 2002), pp. 97-101. Ver también la réplica de José Juan MORESO: «Comanducci sobre neoconstitucionalismo». *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 19 (octubre de 2003), pp. 267-282.

3 Cf.: FERRAJOLI, Luigi. «Pasado y futuro del Estado de derecho». En VV.AA. *Neoconstitucionalismos*. Colección Estructuras y Procesos, edición de Miguel CARBONELL, traducción de Pilar Allegue. Madrid: Trotta, 2003, pp. 13-29. Hay quienes plantean una ruptura entre la concepción del Estado (legal) de derecho y la del Estado constitucional, pues consideran a este último como un modelo diferente que rompe definitivamente con el anterior (es el caso, por ejemplo, de Gustavo ZAGREBELSKY en *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995), y quienes, por el contrario, consideran que no hay tal ruptura sino una simple evolución, donde el Estado constitucional aparece como un modelo superior del Estado (legal) de derecho (ver, entre otros, a PECES-BARBA, Gregorio. «Desacuerdos y acuerdos con una obra importante». *Derechos sociales y positivismo jurídico. Escritos de filosofía jurídica y política*. Cuadernos Bartolomé de las Casas, 11, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Dykinson, 1999, p. 125). Para los primeros hay una ruptura porque, desde su punto de vista, la supremacía constitucional, que es consustancial al Estado constitucional, hace que los principios constitucionales vayan directamente a los jueces, y que los jueces, sobre la base de estos principios, interpreten de alguna manera, e incluso modifiquen las leyes, sin necesidad del procedimiento de control de constitucionalidad. Una situación que no es posible en el Estado (legal) de derecho. En cambio, para los segundos tal concepción produce en la práctica un activismo judicial exacerbado, que se convierte en una severa patología cuando los órganos jurisdiccionales toman decisiones o se inmiscuyen en áreas cuya regulación corresponde a los otros poderes del Estado. Por eso estos últimos defienden la coexistencia entre un Parlamento representativo que produce leyes y unos Tribunales de Justicia que crean derecho, ambos sometidos a la Constitución, aunque con la primacía del primero por ser representante de la soberanía popular. Un planteamiento que postula la integración entre la Constitución y la ley para restablecer el equilibrio entre los productos normativos del Parlamento y del derecho judicial, según sus respectivos ámbitos de competencia. Es en este segundo sentido que el Estado constitucional se presenta como la evolución —y no como la ruptura— del Estado (legal) de derecho, dotado de un contenido material (verbigracia, el Estado liberal, social o democrático de derecho), al que se le ha incorporado la idea de supremacía constitucional y la protección jurisdiccional de la Constitución. Es este segundo sentido el que utilizaremos en el presente trabajo al referirnos al Estado de derecho, o al Estado constitucional, en su evolución actual.

fundamentales al acceso a la vivienda y a la sanidad pública, el Estado social los tendrá como derechos fundamentales imprescindibles para la satisfacción de las necesidades básicas de las personas)<sup>4</sup>.

La concepción de los derechos fundamentales también se ha enriquecido. Hoy no solo son concebidos como derechos subjetivos básicos de las personas para que cada una de ellas pueda alcanzar el máximo desarrollo posible de todas las dimensiones de su dignidad (la llamada dimensión subjetiva de los derechos), sino también como los elementos esenciales de todo ordenamiento jurídico que se precie de ser justo o, si se prefiere, de pertenecer a una sociedad bien ordenada: libre, abierta, plural y democrática (la llamada dimensión objetiva de los derechos).

Como consecuencia de ello, los derechos fundamentales no solo otorgan a sus titulares derechos, libertades, competencias e inmunidades cuyo respeto y realización pueden exigir, sino que todos —Estado y particulares— estamos obligados a respetarlos, defenderlos, garantizarlos y promoverlos (según la posición jurídica de cada quien y las exigencias que correspondan a cada derecho), independientemente de que su titular haya desplegado o no una conducta con ese propósito (por ejemplo, un juez está obligado a aplicarlos, sin importar que haya sido solicitado o no por la parte interesada, en el proceso judicial que conoce)<sup>5</sup>. Por si fuera poco —y sin agotar los múltiples aspectos de sus alcances y contenidos— los derechos fundamentales no solo son vistos actualmente como derechos de las personas naturales, sino también como derechos de las personas jurídicas, dependiendo del tipo de derecho de que se trate. ¿La razón? Las personas jurídicas están integradas por personas naturales y la adscripción de derechos fundamentales en favor de aquellas redundaría en la realización de los derechos en favor de estas (verbigracia, el debido proceso, la libertad contractual, la libertad de empresa, etc.)<sup>6</sup>.

Como se ve, el panorama es sumamente amplio y rico para explorar sus consecuencias sobre el arbitraje, a partir de su recepción en la Constitución peruana. Ese, precisamente, es el objetivo que perseguimos en este trabajo. Evidentemente no pretendemos agotar todas las consecuencias posibles, pero sí ocuparnos de algunas de las más resaltantes para la operatividad del arbitraje. Para tal efecto haremos uso

4 Ver: ANSUÁTEGUI, Francisco Javier. «Las definiciones del Estado de derecho y los derechos fundamentales». *Sistema*, 158 (setiembre de 2000), pp. 91-114. Madrid.

5 Ver: PECES-BARBA, Gregorio. «De la función de los derechos fundamentales». *Derechos sociales y positivismo jurídico. Escritos de filosofía jurídica y política*. Cuadernos Bartolomé de las Casas, 11, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Dykinson, 1999, pp. 131-145.

6 En el derecho peruano, el Tribunal Constitucional ha establecido, a través de reiterada jurisprudencia, que las personas jurídicas privadas y los organismos públicos también pueden ser titulares de derechos fundamentales, según el tipo de derecho que se trate (ver, entre otras, la STC del 14 de agosto de 2002, fundamento 5, emitida en el expediente 0905-2001-AA/TC; STC del 13 de enero de 2005, fundamento 6, emitida en el expediente 2939-2004-AA/TC, y STC del 4 de agosto de 2006, fundamento 14, emitida en el expediente 4972-2006-PA/TC).

de una doble perspectiva: por un lado describiremos cómo está instituido el arbitraje en la Constitución y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano (además de dar cuenta de parte de su regulación legislativa), y por otro, prescribiremos cuáles son las consecuencias de su constitucionalización a partir de la relación que debe guardar con la Constitución, los derechos fundamentales y el Estado de derecho<sup>7</sup>. Con ese fin haremos uso de herramientas conceptuales propias de la teoría del derecho y de la teoría de la justicia, pero también de la dogmática jurídica en lo que corresponda<sup>8</sup>.

## II. ARBITRAJE Y CONSTITUCIÓN

A partir de su calificación textual como «jurisdicción independiente» —que efectúa el artículo 139, inciso 1, de la Norma Fundamental— el Tribunal Constitucional ha señalado que «nuestro ordenamiento constitucional consagra la naturaleza excepcional de la *jurisdicción arbitral*, lo que determina que, en el actual contexto, el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una *jurisdicción privada*»<sup>9</sup>.

Pero ¿es esto correcto? ¿Es el arbitraje una jurisdicción especial de naturaleza privada? Si se pretende responder sobre la base de la terminología utilizada por el texto constitucional, habría que responder que sí (no se puede soslayar el hecho de que la Constitución utiliza la palabra «jurisdicción» para referirse al arbitraje), pero el empleo de una determinada locución no es suficiente para definir correctamente una categoría jurídica. A modo de ejemplo, la propia Constitución habla de «recurso de amparo» cuando en realidad el amparo no es un recurso —en nuestro sistema— sino un proceso (una cosa es el recurso, como especie de los medios impugnatorios, y otra el proceso, como mecanismo de composición de conflictos donde se interponen recursos).

LA CONSTITUCIO-  
NALIZACIÓN DEL  
ARBITRAJE EN EL  
PERÚ: ALGUNAS  
CONSIDERACIO-  
NES EN TORNO  
A LA RELACIÓN  
DEL ARBITRAJE  
CON LA CONS-  
TITUCIÓN, LOS  
DERECHOS  
FUNDAMENTALES  
Y EL ESTADO DE  
DERECHO

CONSTITUTIO-  
NALIZATION OF  
ARBITRATION  
IN PERU: SOME  
CONSIDERATIONS  
AROUND RELA-  
TIONSHIP AMONG  
ARBITRATION,  
CONSTITUTION,  
FUNDAMENTAL  
RIGHTS AND RULE  
OF LAW

7 Aquí utilizamos el término «prescriptivo» para identificar el tipo de discurso con el que se elabora un concepto o un modelo teórico. Es un sentido similar al otorgado por Carlos Santiago Nino cuando se ocupa de distinguir los tipos de discursos para referirse luego a la conexión entre derecho y moral, derecho y política. Se dice que un discurso puede ser prescriptivo, descriptivo o mixto. El *discurso descriptivo* se ocupa de lo que es algo en la realidad, de explicar, designar o utilizar situaciones de hecho sin formular propuestas o valoraciones normativas. El *discurso prescriptivo* no describe lo que es, sino que postula lo que *debería ser*; lo que sostiene puede no existir en la realidad, pero es muy útil para procurar su transformación. El *discurso mixto* resulta de una combinación de ambos, con el acento puesto en un tipo u otro, de ser el caso (Cf. del mencionado autor: *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*. Ariel Derecho. Barcelona: Ariel, 1994, pp. 41-42).

8 Con el nombre de «teoría de la justicia» se hace referencia a aquella parte de la Filosofía que, en un sentido general, se ocupa de estudiar las condiciones, características y estructuras que debe presentar una sociedad para que sea considerada justa, y en un sentido particular, a las que debe cumplir un derecho para ser reconocido como justo. Ver: VAN PARIJS, Philippe. *¿Qué es una sociedad justa? Introducción a la práctica de la filosofía política* (1991). Traducción de Juana A. Bignozzi. Barcelona: Ariel, 1993, y BOBBIO, Norberto. «Filosofía del derecho y teoría general del derecho». En *Contribución a la teoría del derecho*. Serie de Derecho, edición a cargo del profesor Ruiz Miguel. Madrid: Debate, 1990, p. 88.

9 STC del 28 de febrero de 2006, fundamento 7, emitida en el expediente 6167-2005-PHC/TC. Las cursivas son nuestras.



Debe acudirse entonces a los elementos que definen la jurisdicción y, a partir de allí, verificar si el arbitraje presenta o no esas características para determinar si puede ser calificado como jurisdicción. Una vez más se confirma que la concepción influye en el concepto<sup>10</sup>.

En efecto, si seguimos una teoría procesal clásica, advertimos que la jurisdicción —en términos amplios— requiere los siguientes requisitos para existir como tal: (i) ser una función que ejerce un tercero; (ii) para resolver o prevenir un conflicto intersubjetivo de intereses; (iii) a través de una decisión impuesta y vinculante para las partes, susceptible de adquirir la autoridad de cosa juzgada, y (iv) que pueda ejecutarse de manera forzosa por el propio tercero que la emitió, sin necesidad de contar con un acuerdo de las partes para que ello ocurra (basta con que cualquiera de ellas lo solicite)<sup>11</sup>.

¿Cumple el arbitraje con todas estas características? No, solo con algunas de ellas. Aunque el inciso 1 del artículo 59 de la Ley de Arbitraje (en adelante, LA) señale que «todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes», y el inciso siguiente añada que «el laudo produce efectos de cosa juzgada», su artículo 62 y siguientes contemplan la posibilidad de que el laudo —ese mismo laudo que supuestamente había adquirido la autoridad de cosa juzgada— pueda ser revisado por el Poder Judicial a través del recurso de anulación<sup>12</sup>.

Esto hace que la calidad de cosa juzgada que le atribuye la ley arbitral no se configure con su sola emisión (o, si se prefiere, con su notificación), pues al ser susceptible de un recurso de anulación, el laudo no gozaría todavía del carácter de «no revisable» que caracteriza a la cosa juzgada (el otro es la inmutabilidad). Por otro lado, el árbitro tampoco goza del imperio para ejecutar forzosamente y por sí mismo (es decir, sin que medie acuerdo de las partes) sus propias resoluciones. Cuando estas requieran ser ejecutadas coactivamente deberá acudir al Poder Judicial

10 La *concepción* es la perspectiva epistemológica o filosófica con la que nos aproximamos metodológicamente al objeto de estudio; nos permite estudiarlo, analizarlo, formular propuestas teóricas y, en general, tener una idea acerca de él. El *concepto* es la determinación de lo que el objeto de estudio es o puede llegar a ser, de aquello para lo cual sirve. Dependiendo del tipo de concepción que se utilice, se tendrá un concepto u otro del objeto de estudio.

11 Cf.: MONROY, Juan. *Introducción al proceso civil*. T. I. Santa Fe de Bogotá: Temis - De Belaunde & Monroy, 1996, pp. 227-229.

12 Más allá de las discusiones que se pueden suscitar en el ámbito académico, nuestro Tribunal Constitucional ha establecido que, en nuestro ordenamiento jurídico, el llamado recurso de anulación del laudo tiene naturaleza recursiva, constituyendo una extensión del procedimiento arbitral, y no una demanda que origine un proceso distinto del arbitraje. Lo expresa así: «el recurso de anulación establecido en el artículo 61 de la Ley General de Arbitraje 26572 [entonces vigente y similar a la actual] (como también el recurso de apelación, si ese fuera el caso) no constituye, *stricto sensu*, un nuevo proceso judicial, sino parte integrante y residual del proceso arbitral seguido inicialmente ante el Tribunal Arbitral» (STC de 11 de diciembre de 2006, fundamento 10, emitida en los expedientes acumulados 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC).

para que ordene su ejecución forzada, al contar este con el imperio del Estado para lograr ese objetivo (artículos 67 y 68 de la LA)<sup>13</sup>.

En suma, en la medida que el laudo arbitral no es susceptible de alcanzar —en sentido estricto— la autoridad de cosa juzgada, y en tanto los árbitros no cuentan con el imperio del Estado para ejecutar por sí mismos y de manera coactiva sus decisiones, al arbitraje le faltan dos de las características necesarias para ser calificado como jurisdicción.

Podría alegarse que no tenemos por qué seguir una concepción procesal clásica para definir la jurisdicción, sino asumir un planteamiento más flexible. De hecho, el Tribunal Constitucional lo hace para comprender en ella al arbitraje, cuando dice: «El ejercicio de la jurisdicción implica cuatro requisitos, a saber: a) conflicto entre las partes, b) interés social en la composición del conflicto, c) intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial, y d) aplicación de la ley o integración del derecho» (como se puede ver, esta concepción no hace referencia a la cosa juzgada ni al imperio estatal para ejecutar las decisiones), y sobre esa base concluir: «Qué duda cabe, que *prima facie* la confluencia de estos cuatro requisitos definen la naturaleza de la jurisdicción arbitral, suponiendo un ejercicio de la potestad de administrar justicia»<sup>14</sup>.

Sin embargo, esta flexibilización del concepto de jurisdicción tiene un problema: con ella cualquier órgano administrativo, o cualquier sujeto privado, que resuelva o prevenga un conflicto intersubjetivo aplicando normas jurídicas, mediante una decisión que vincule a las partes y sea de interés social, será jurisdicción. Así, en ese supuesto ejercerían jurisdicción el tribunal privado de una asociación deportiva de fútbol

LA CONSTITUCIO-  
NALIZACIÓN DEL  
ARBITRAJE EN EL  
PERÚ: ALGUNAS  
CONSIDERACIO-  
NES EN TORNO  
A LA RELACIÓN  
DEL ARBITRAJE  
CON LA CONS-  
TITUCIÓN, LOS  
DERECHOS  
FUNDAMENTALES  
Y EL ESTADO DE  
DERECHO

CONSTITUTIO-  
NALIZATION OF  
ARBITRATION  
IN PERU: SOME  
CONSIDERATIONS  
AROUND RELA-  
TIONSHIP AMONG  
ARBITRATION,  
CONSTITUTION,  
FUNDAMENTAL  
RIGHTS AND RULE  
OF LAW

13 Art. 67 de la LA.- «Ejecución arbitral:

1. A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable.
2. Se exceptúa de lo dispuesto en el numeral anterior el caso en el cual, a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a costo de esta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución».

Art. 68 de la LA.- «Ejecución judicial:

1. La parte interesada podrá solicitar la ejecución del laudo ante la autoridad judicial competente acompañando copia de este y de sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones y, en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuada por el tribunal arbitral.
2. La autoridad judicial, por el solo mérito de los documentos referidos en el numeral anterior, dictará mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla con su obligación dentro de un plazo de cinco días, bajo apercibimiento de ejecución forzada.
3. La parte ejecutada solo podrá oponerse si acredita con documentos el cumplimiento de la obligación requerida o la suspensión de la ejecución conforme al artículo 66. La autoridad judicial dará traslado de la oposición a la otra parte por el plazo de cinco días. Vencido este plazo, resolverá dentro de los cinco días siguientes. La resolución que declara fundada la oposición es apelable con efecto suspensivo.
4. La autoridad judicial está prohibida, bajo responsabilidad, de admitir recursos que entorpezcan la ejecución del laudo».

14 STC del 28 de febrero de 2006, fundamento 8, emitida en el expediente 6167-2005-PHC/TC.

que sanciona las faltas cometidas por los jugadores en un partido, hasta el tribunal fiscal que examina las controversias entre la administración tributaria y los particulares.

El problema de esta concepción para nuestro sistema es que la Constitución peruana señala que la jurisdicción es una sola y se ejerce de manera exclusiva: «No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente», salvo las excepciones que la propia Constitución contempla, dentro de las cuales no se encuentran la justicia administrativa ni los órganos sancionadores de naturaleza privada (artículo 139, inciso 1).

¿Qué es entonces el arbitraje? Un mecanismo de *justicia privada* donde el conflicto se resuelve o se evita a través de la decisión de un tercero, elegido directa o indirectamente por las partes, que además de ser vinculante para estas es susceptible de ser ejecutado con el auxilio de los órganos jurisdiccionales del Estado. Es verdad que, en un esfuerzo por superar el problema mencionado, no faltan quienes denominan al arbitraje como un «equivalente» de jurisdicción, una «cuasi jurisdicción» o una jurisdicción en sentido «impropio», para distinguirla de los órganos jurisdiccionales del Estado que la ejercen en sentido «propio»<sup>15</sup>. Lo mejor, sin embargo, es calificarla como un mecanismo de justicia privada para evitar confusiones que pueden desfigurar alguna de estas instituciones.

No se trata de una simple exquisitez teórica sino de una precisión conceptual que tiene implicancias prácticas muy relevantes. Pensemos, por ejemplo, en las distintas consecuencias que se derivarían si se considerara que los árbitros ejercen jurisdicción, de manera similar a los jueces del Poder Judicial, frente a la consideración de que los árbitros solo imparten, nada más y nada menos, que justicia privada. Habría, por lo menos, diferencias importantes en la manera de configurar las relaciones de colaboración entre tales operadores. En el primer caso las relaciones serían más simétricas o paritarias, en términos de complementariedad y coordinación; en el segundo, más asimétricas o de sujeción, teniendo en cuenta que solo los jueces, y no los árbitros, serían quienes ejerzan jurisdicción.

La actual Ley de Arbitraje parece instituir, sin embargo, una tercera alternativa, al inclinar la balanza a favor del arbitraje. Prueba de ello son las normas que regulan la colaboración judicial en la actuación de los medios probatorios y la ejecución de las medidas cautelares dictadas en un arbitraje. Así, el artículo 45.3 de la LA establece que:

[...] a menos que la actuación de la prueba sea manifiestamente contraria al orden público o a leyes prohibitivas expresas, la autoridad

15 Cf.: CREMADES, Bernardo. «El arbitraje en la doctrina constitucional española». *Lima Arbitration*, 1, 2006, pp. 185-220.

judicial competente se limitará a cumplir, sin demora, con la solicitud de asistencia [del tribunal arbitral], sin entrar a calificar acerca de su procedencia y sin admitir oposición o recurso alguno contra la resolución que a dichos efectos dicte.

Y el artículo 48.2 de la misma LA agrega:

En los casos de incumplimiento de la medida cautelar [emitida por un tribunal arbitral] o cuando se requiera de ejecución judicial, la parte interesada recurrirá a la autoridad judicial competente, quien por el solo mérito de las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar, procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna.

¡Cuidado! Estas disposiciones podrían vulnerar «la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional», que es una garantía que la Constitución otorga a todos los jueces de la República (artículo 139, inciso 2). Para evitar una interpretación o aplicación inconstitucional de los citados artículos de la ley, deberán ser armonizados con los principios y derechos de la Constitución.

Anotado este debate conceptual e identificadas algunas de sus consecuencias prácticas, cabe preguntarse, ¿qué aporta a la institución arbitral el hecho de que haya sido recogida por la Constitución? Definitivamente la convierte en un instituto jurídico constitucionalmente protegido o, en términos de la dogmática constitucional, en una «garantía institucional»; es decir, en un principio jurídico que, sin ser un derecho subjetivo y, por tanto, un derecho fundamental, cuenta con eficacia jurídica reforzada<sup>16</sup>.

Esto significa, según el Tribunal Constitucional, que posee «un núcleo o reducto indisponible por el legislador, de tal manera que ha de ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar, además de estar blindada contra una reforma legislativa [...] que la anule o la vacíe de contenido», lo que no excluye la posibilidad de que el legislador pueda legislar razonablemente sobre la garantía institucional, pues «requiere configuración legal, que se convertirá en la fuente normativa vital para delimitar su contenido protegido»<sup>17</sup>.

Dicho esto, y añadiendo los aportes hechos por la teoría del derecho, el arbitraje aparece entonces como un instituto constitucionalmente protegido, de tal suerte que el legislador tiene el deber de desarrollar

LA CONSTITUCIO-  
NALIZACIÓN DEL  
ARBITRAJE EN EL  
PERÚ: ALGUNAS  
CONSIDERACIO-  
NES EN TORNO  
A LA RELACIÓN  
DEL ARBITRAJE  
CON LA CONS-  
TITUCIÓN, LOS  
DERECHOS  
FUNDAMENTALES  
Y EL ESTADO DE  
DERECHO

CONSTITUTIO-  
NALIZATION OF  
ARBITRATION  
IN PERU: SOME  
CONSIDERATIONS  
AROUND RELA-  
TIONSHIP AMONG  
ARBITRATION,  
CONSTITUTION,  
FUNDAMENTAL  
RIGHTS AND RULE  
OF LAW

16 Ver: BAÑO LEÓN, José María. «La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 24, año 8 (setiembre-diciembre de 1988), pp. 155-179. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

17 STC del 27 de mayo de 2013, fundamento 83, emitida en el expediente 001-2013-PI/TC.

su contenido, pero cuidando de no vulnerar aquellos elementos indispensables sin los cuales el arbitraje se convertiría en algo distinto o no podría alcanzar sus fines. Por lo tanto, cualquier regulación del arbitraje deberá ser razonable en parámetros constitucionales; esto es, deberá perseguir un fin constitucionalmente legítimo y resultar proporcional. El fin no será legítimo si la regulación pretende limitar el arbitraje en aras de realizar un derecho o bien jurídico infraconstitucional. La regulación no será proporcional si al limitar el arbitraje existe otra medida menos gravosa, o la medida empleada es inadecuada o inútil para conseguir el fin perseguido, o no hay una adecuada ponderación entre la limitación que se cause al arbitraje y el fin que pretenda alcanzarse<sup>18</sup>.

Al ser una norma constitucional, la garantía institucional del arbitraje también es un parámetro de validez jurídica de la mayor jerarquía: toda norma que vulnere su contenido será inválida. Esta jerarquía constitucional hace que las normas jurídicas relacionadas con el arbitraje deban ser creadas, interpretadas y aplicadas de tal manera que maximicen la virtualidad del arbitraje, siempre —y esto es muy importante— en armonía con las demás normas que mantienen con el arbitraje relaciones de coordinación y complementariedad en el ordenamiento jurídico (es el caso de los derechos fundamentales y de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos). No olvidemos que las normas jurídicas no están aisladas, incluyendo las constitucionales, razón por la cual toda interpretación atomista se encuentra proscrita: las normas jurídicas deben ser interpretadas de manera sistemática, teniendo en cuenta los diversos criterios con los que se relacionan.

Por último —y sin que eso signifique agotar todas las consecuencias de su constitucionalización— debe existir un adecuado mecanismo de tutela procesal para hacer frente a las amenazas o lesiones que pueda sufrir el arbitraje. Esto incluye una adecuada protección en favor de los derechos, principios y demás garantías que concurren a configurar la institución arbitral o se relacionan con ella.

### III. ARBITRAJE Y DERECHOS FUNDAMENTALES

El arbitraje se encuentra vinculado con los derechos fundamentales. Es imposible que no lo esté, porque desde el momento en que afirmamos que el derecho es un sistema, todas sus normas se encuentran relacionadas entre sí —en términos de complementariedad, jerarquía, coordinación,

18 Ver: BERNAL PULIDO, C. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003; GAVARA DE CARA, J. C. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994; MEDINA GUERRERO, M. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996, y CARRASCO PERERA, A.: «El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 11, pp. 39 y ss.

etcétera— para que el derecho pueda cumplir sus fines. En un derecho entendido como sistema, ninguna norma o instituto jurídico se encuentra aislado de los demás, sino que se influyen recíprocamente<sup>19</sup>. Como el arbitraje y los derechos fundamentales son elementos normativos del mismo sistema, es inevitable que guarden relaciones normativas entre sí, propias de ese sistema.

Más aún, debido a que en el derecho peruano el arbitraje y los derechos fundamentales cuentan con similar recepción en el texto constitucional, sus relaciones se presentan en términos de coordinación y complementariedad, mas no de jerarquía o subordinación. Esto no excluye que las normas arbitrales en especial —y todas las normas jurídicas en general— deban ser creadas, interpretadas y aplicadas de tal manera que se maximice el contenido y la virtualidad de los derechos fundamentales. ¿Por qué razón? Porque estos derechos son instrumentos indispensables para que todo derecho que aspire a ser justo —como ocurre con el ordenamiento peruano— procure alcanzar su fin último: el desarrollo integral de todas las dimensiones del ser humano<sup>20</sup>. Una conclusión propia de una teoría de la justicia.

¿Rigen entonces los derechos fundamentales en el arbitraje? Por supuesto que sí. Sin embargo, no han faltado voces que rechazan esta afirmación bajo el argumento de que la virtualidad de los derechos fundamentales es una cuestión que debe asegurarse en el marco de las relaciones con el Estado, con el fin de que protejan a los particulares de los excesos que pueda cometer un poder exorbitante como el estatal, pero que no tendría sentido extenderla —por lo menos no de la misma manera— en el marco de las relaciones entre privados —como es el caso del arbitraje—, porque en estas esa disparidad desaparece, o por lo menos se ve atenuada por la autonomía de la voluntad. Una postura equivocada por varias razones.

LA CONSTITUCIO-  
NALIZACIÓN DEL  
ARBITRAJE EN EL  
PERÚ: ALGUNAS  
CONSIDERACIO-  
NES EN TORNO  
A LA RELACIÓN  
DEL ARBITRAJE  
CON LA CONS-  
TITUCIÓN, LOS  
DERECHOS  
FUNDAMENTALES  
Y EL ESTADO DE  
DERECHO

CONSTITUTIO-  
NALIZATION OF  
ARBITRATION  
IN PERU: SOME  
CONSIDERATIONS  
AROUND RELA-  
TIONSHIP AMONG  
ARBITRATION,  
CONSTITUTION,  
FUNDAMENTAL  
RIGHTS AND RULE  
OF LAW

19 El derecho de nuestro tiempo está formado por un conjunto de normas y subsistemas jurídicos, estructurados por el Estado bajo la idea de sistema; es decir, organizados mediante un haz de relaciones —como las de jerarquía, coordinación y complementariedad— que busca eliminar los vacíos y defectos normativos, así como las contradicciones internas que se puedan producir, con el propósito de garantizar —en alguna medida— su unidad, coherencia y plenitud. Tal característica hace que la creación, interpretación y aplicación de una norma jurídica, para ser válida, debe tener en cuenta esas relaciones: no contradecir las normas superiores y guardar armonía con las que mantiene otro tipo de vínculo dentro del ordenamiento jurídico. La estructura sistemática del derecho hace que la creación, interpretación y aplicación de una norma no deba ser aislada. No debe prescindirse de las demás, sino considerar aquellas otras con las que integra un subsistema jurídico o mantiene alguna relación, tanto desde la perspectiva de su adecuación lógica como desde su adecuación teleológica y valorativa (Cf.: BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*, 1960. Serie de Derecho, cuarta reimpresión a la primera edición de 1991, traducción de Eduardo Roza Acuña. Madrid: Debate, 1996, pp. 165 y ss., y PRIETO SANCHIS, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. Estructuras y Procesos, Serie Derecho. Madrid: Trotta, 2005, pp. 113-142).

20 Ver: PECES-BARBA, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho* (2002). Segunda edición, Cuadernos Bartolomé de las Casas, 26, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Dykinson, 2003, pp. 77-78.

En efecto, la concepción de los derechos fundamentales hace bastante tiempo que superó aquella visión que los reducía a simples instrumentos de defensa frente al Estado. Hoy los derechos fundamentales son vistos, como ya se ha adelantado, como elementos esenciales de todo ordenamiento jurídico que aspira a realizar contenidos suficientes de justicia; es decir, como aquellos elementos normativos que, junto con las demás normas constitucionales, fundan todo el derecho, organizan las diversas esferas del poder —tanto público como privado— y orientan a la sociedad, en sus diversas manifestaciones y estructuras, hacia objetivos determinados (con el fin último de procurar el desarrollo integral de todos y cada uno de los seres humanos).

En ese sentido, junto con las demás normas constitucionales, los derechos fundamentales se constituyen en los principales criterios de validez de todo el ordenamiento jurídico, en normas esenciales vinculantes tanto para el Estado como para los particulares. Al ser elementos esenciales del ordenamiento, todo se construye sobre su base, de tal suerte que no puede haber ámbito del derecho donde los derechos fundamentales no extiendan su fuerza normativa, incluyendo el arbitraje. Lo reconoce el propio Tribunal Constitucional cuando dice: «Si bien la autonomía de la jurisdicción arbitral tiene consagración constitucional, no lo es menos que, como cualquier particular, se encuentra obligada a respetar los derechos fundamentales». Por tratarse de criterios de validez jurídica, el mismo Tribunal concluye: «Será nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos, de conformidad con el artículo 31 *in fine* de la Carta Fundamental»<sup>21</sup>.

En realidad, lo dicho para los derechos fundamentales y sus relaciones con el arbitraje vale también para este y sus relaciones con la Constitución. Lo recuerda el mismo Tribunal:

La Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y la sociedad en general. De conformidad con el artículo 38 de la Constitución, «Todos los peruanos tienen el deber [...] de respetar, cumplir [...] la Constitución [...]». Esta norma establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta *erga omnes*, no solo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquellas establecidas entre particulares.

Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas, se proyecta también a las establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia *inter privados* o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho

<sup>21</sup> STC del 28 de febrero de 2006, fundamento 20, emitida en el expediente 6167-2005-PHC/TC.



privado que pretenda conculcar o desconocerlos, como el caso del acto cuestionado en el presente proceso, resulta inexorablemente inconstitucional<sup>22</sup>.

No debe perderse de vista que la visión de los derechos fundamentales desde el prisma de la autonomía de la voluntad es una concepción que obedece a una ideología liberal sobre la libertad, pero no la única concepción sobre ella. Otras concepciones son posibles, como las provenientes de la tradición republicana. Para el liberalismo, la libertad, conocida como «libertad negativa o libertad como no interferencia», consiste «en que todos los hombres no me impidan decidir como quiera»; es decir, aquí ser libre significa disfrutar de una capacidad de elección sin impedimento ni coerción<sup>23</sup>. Supone que cada individuo tenga la oportunidad de actuar sin que otros sujetos puedan oponerle obstáculos. El único límite es no afectar la libertad de otro.

En este esquema, el Estado aparece como un mal necesario y su actuación debe estar dirigida a proteger los ámbitos de libertad del individuo<sup>24</sup>. Los derechos fundamentales se presentan aquí como derechos de defensa a favor del individuo, como un cerco de no-interferencia frente al poder. Al Estado solo le compete una labor de «policía» o de protección de esos derechos, debiendo actuar con «neutralidad» frente a su ejercicio. Únicamente si los derechos son vulnerados, si se producen intromisiones ilegítimas en el ámbito de libertad de los individuos, se requiere la intervención del Estado. Fuera de ello, la actuación estatal es considerada, en cualquier caso, como una interferencia en el ámbito de libertad que requiere de justificación sobre la base de otros bienes y valores individuales distintos a la libertad misma.

Al suponer esta idea de libertad una serie de ámbitos de soberanía del individuo frente a lo colectivo, la regulación que válidamente pueda establecerse al ejercicio de los derechos fundamentales no puede justificarse —según esta concepción— en la protección de un interés común o de un bien jurídico colectivo, ya que ello supondría invadir, de manera ilegítima, las esferas de soberanía del individuo. Por esa misma razón, la regulación de los derechos fundamentales solo podría justificarse en la ponderación de intereses particulares y en ningún modo en el bien común o en intereses de tipo colectivo.

Tal idea de la libertad es rechazada por el republicanismo. Para esta tradición, la libertad no es la mera ausencia de interferencias, sino la ausencia de «interferencias no arbitrarias» o «libertad como no

399

LA CONSTITUCION-  
NALIZACIÓN DEL  
ARBITRAJE EN EL  
PERÚ: ALGUNAS  
CONSIDERACIO-  
NES EN TORNO  
A LA RELACIÓN  
DEL ARBITRAJE  
CON LA CONS-  
TITUCIÓN, LOS  
DERECHOS  
FUNDAMENTALES  
Y EL ESTADO DE  
DERECHO

CONSTITUTIO-  
NALIZATION OF  
ARBITRATION  
IN PERU: SOME  
CONSIDERATIONS  
AROUND RELA-  
TIONSHIP AMONG  
ARBITRATION,  
CONSTITUTION,  
FUNDAMENTAL  
RIGHTS AND RULE  
OF LAW

REYNALDO BUSTAMANTE ALARCÓN

22 STC del 11 de julio del 2002, fundamento 6, emitida en el expediente 1124-2001-AA/TC.

23 BERLIN, Isaiah. «Dos conceptos de libertad». En *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Traducción de J. Bayón. Madrid: Alianza, 1998, p. 232.

24 OPPENHEIM, Félix E. *Conceptos políticos. Una reconstrucción*. Traducción de M. D. González Soler. Madrid: Tecnos, 1987, p. 48.



dominación» (incluso un republicanismo más exigente demandaría la ausencia de posibilidades o riesgos de interferencias arbitrarias). Si hay interferencia pero esta no resulta arbitraria, entonces —a diferencia de lo que propugna el liberalismo— para el republicanismo la libertad no habría sido vulnerada. «Hay interferencia sin pérdida alguna de libertad cuando la interferencia no es arbitraria y no representa una forma de dominación: cuando está controlada por los intereses y las opiniones de los afectados y es requerida para servir a esos intereses de manera conforme a esas opiniones»<sup>25</sup>.

¿Qué hace que un acto de interferencia sea arbitrario? Lo es cuando está sujeto a la mera subjetividad, decisión o juicio de quien efectúa la intervención, cuando «es elegido, o no, sin atender a los intereses o a las opiniones de los afectados»<sup>26</sup>, entendiendo por afectados no a las personas individualmente consideradas sino principalmente al conjunto de la sociedad, o por lo menos a todos los grupos interesados. Para esta tradición, el Estado es el que posibilita la grandeza y el desarrollo de la comunidad, el que contribuye a que los individuos puedan perseguir libremente sus propios fines; por lo tanto, ya no estamos aquí ante un Estado que resulta una amenaza potencial contra la libertad del individuo (como ocurría en el liberalismo), sino ante un Estado llamado a posibilitar o garantizar su realización.

Esto implica que el Estado no debe tener una posición neutral frente a los derechos; antes bien, además de protegerlos, debe participar en su configuración, regulación y realización, teniendo en cuenta no solo el interés individual sino también el interés común, pues para el republicanismo los derechos no solo responden a un interés individual sino también a un interés de la comunidad. Por ese motivo, es posible regular válidamente su ejercicio en aras de proteger un interés común o un bien jurídico colectivo. Las cuestiones que se plantean en torno a los derechos fundamentales no son asuntos de exclusivo interés particular sino que interesan también a la comunidad.

Como se puede apreciar, en un planteamiento republicano los derechos fundamentales no deben ser vistos solamente desde el prisma de la autonomía de la voluntad, como si fueran cuestiones que solo importan al interés individual y que sus titulares pueden disponer libremente, sin tener en cuenta otras consideraciones. Para el republicanismo, los derechos fundamentales importan también al interés general, razón por la cual deben ser configurados en una concurrencia armoniosa de la libertad con otros valores superiores, como la igualdad, seguridad y solidaridad. En tal esquema, es imposible sostener que los derechos

25 PETTIT, Philip. *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Paidós Estado y Sociedad. Traducción de Toni Domènech. Barcelona: Paidós, 1999, p. 56.

26 *Ibid.*, p. 82.

fundamentales no rijan el arbitraje o que las partes puedan decidir, válidamente, que estos no le resultan aplicables.

¿Y qué filosofía política está presente en la Constitución peruana: la liberal o la republicana? Para empezar, el artículo 43 de nuestra Constitución, concordado con su artículo 3, califica al Perú bajo la fórmula política del Estado social y democrático de derecho, y no bajo la fórmula del Estado liberal, con todas las consecuencias que eso significa<sup>27</sup>. Además, la tipología de derechos que recoge la Constitución revela que esta considera como fundamentales varios derechos de contenido igualitario que de ninguna manera serían considerados como fundamentales por un planteamiento liberal (como el derecho a la vivienda, a la educación, a la salud, etc.). Ello aunado con el hecho de que la Constitución armoniza estos derechos con otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, sintonizando el interés individual con el interés general, permite concluir que la Constitución peruana se adscribe mejor a parámetros republicanos.

Una conclusión que, a propósito del arbitraje, armoniza con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuando, al referirse al fundamento de la institución arbitral, sostiene:

Es justamente, la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen, las cuales permiten concluir a este Colegiado que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del *orden público constitucional*. La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2, inciso 24, literal a, de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139 de la propia Constitución. De allí que el proceso arbitral

LA CONSTITUCIO-  
NALIZACIÓN DEL  
ARBITRAJE EN EL  
PERÚ: ALGUNAS  
CONSIDERACIO-  
NES EN TORNO  
A LA RELACIÓN  
DEL ARBITRAJE  
CON LA CONS-  
TITUCIÓN, LOS  
DERECHOS  
FUNDAMENTALES  
Y EL ESTADO DE  
DERECHO

CONSTITUTIO-  
NALIZATION OF  
ARBITRATION  
IN PERU: SOME  
CONSIDERATIONS  
AROUND RELA-  
TIONSHIP AMONG  
ARBITRATION,  
CONSTITUTION,  
FUNDAMENTAL  
RIGHTS AND RULE  
OF LAW

27 Como bien explica nuestro Tribunal Constitucional, «el Estado social y democrático de derecho, como alternativa política frente al Estado liberal, asume los fundamentos de este, pero además le imprime funciones de carácter social. Pretende que los principios que lo sustentan y justifican tengan una base y un contenido material. Y es que la libertad reclama condiciones materiales mínimas para hacer factible su ejercicio. Por ejemplo, la propiedad privada no solo debe ser inviolable, sino que debe ejercerse en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. La seguridad e igualdad jurídicas requieren una estructura económica adecuada que haga posible estos principios». «La configuración del Estado social y democrático de derecho requiere dos aspectos básicos: la existencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal, y la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitando tornarse en obstáculo para el desarrollo social». En ese sentido, «la exégesis del régimen económico constitucional a la luz del principio del Estado social y democrático de Derecho (artículo 43 de la Constitución), que encuentra en el bien común (que es idéntico al interés de la sociedad) su ratio fundamental, bien puede ser traducida en la expresión [...]: «En materia económica es indispensable que toda actividad sea regida por la justicia y la caridad como leyes supremas del orden social. [Es necesario establecer] un orden jurídico, tanto nacional como internacional, que, bajo el influjo rector de la justicia social y por medio de un cuadro de instituciones públicas o privadas, permita a los hombres dedicados a las tareas económicas armonizar adecuadamente su propio interés particular con el bien común» (STC de 11 de noviembre de 2003, fundamento 12, emitida en el expediente 0008-2003-AI/TC).

tiene una doble dimensión, pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51 de la Carta Magna. Ambas dimensiones, (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia. [...].

Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura *iurpublicista* de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado, ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales<sup>28</sup>.

Entre los derechos fundamentales que rigen el arbitraje se encuentra, indefectiblemente, el debido proceso<sup>29</sup>. Lo ha explicado así el mismo Tribunal:

La naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso<sup>30</sup>.

En palabras del Tribunal Constitucional, y recogiendo doctrina consolidada, el debido proceso es aquel «derecho fundamental de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales [...] que impiden que la libertad y los derechos individuales sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso [...], o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho (incluyendo al Estado) que pretenda hacer uso abusivo de estos». En otras palabras, como «el conjunto mínimo de elementos que deben estar presentes en

28 STC del 28 de febrero de 2006, fundamento 11, emitida en el expediente 6167-2005-PHC/TC.

29 Su calidad de derecho fundamental se encuentra reconocida en el artículo 3 de la Constitución peruana, concordado con el artículo 139, inciso 3, del mismo texto constitucional. Tal calidad hace que el debido proceso comparta las características que son comunes a los derechos fundamentales —con las consecuencias que se derivan de ello—, como el doble carácter que se reconoce a este tipo de derechos.

30 STC del 28 de febrero de 2006, fundamento 9, emitida en el expediente 6167-2005-PHC/TC.

cualquier clase de proceso para hacer posible la aplicación de la justicia en el caso concreto»<sup>31</sup>.

A la par que en otros ordenamientos extranjeros, este derecho fundamental cuenta en el Perú con una doble manifestación: una procesal y otra sustancial, que ha llevado a hablar —con propósitos exclusivamente metodológicos— de un «debido proceso adjetivo o procesal» (conformado por el derecho de defensa, el derecho a probar, el derecho a un juez competente, independiente e imparcial, etc.) y de un «debido proceso sustantivo o sustancial» (que exige que todo acto, norma o decisión sea razonable, respetuoso de los derechos fundamentales y demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos), aunque se tratan de dos manifestaciones de un mismo derecho. Esta doble manifestación ha sido recogida por el Tribunal Constitucional, a través de una vasta jurisprudencia<sup>32</sup>.

En varias ocasiones ha puesto de relieve que «las dimensiones del debido proceso no solo responden a ingredientes formales o procedimentales, sino que se manifiestan en elementos de connotación sustantiva o material», al punto que «su evaluación no solo repara en las reglas esenciales con las que se tramita un proceso (juez natural, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, instancia plural, cosa juzgada, etc.), sino que también, y con mayor rigor, se orienta a la preservación de los estándares o criterios de justicia sustentables de toda decisión (juicio de razonabilidad, juicio de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.)»<sup>33</sup>.

No debe incurrirse en el error de pensar que todos y cada uno de los elementos del debido proceso resultan aplicables a todos los tipos de proceso, en particular al arbitraje. No olvidemos que estamos ante un derecho de carácter limitado, que se encuentra delimitado por su propio contenido, por las funciones que cumple y por las relaciones de coordinación y complementariedad que guarda con otros derechos fundamentales y con los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Así, por ejemplo, la garantía de la pluralidad de instancia no parece exigible en el arbitraje (como tampoco lo es en el proceso

LA CONSTITUCIO-  
NALIZACIÓN DEL  
ARBITRAJE EN EL  
PERÚ: ALGUNAS  
CONSIDERACIO-  
NES EN TORNO  
A LA RELACIÓN  
DEL ARBITRAJE  
CON LA CONS-  
TITUCIÓN, LOS  
DERECHOS  
FUNDAMENTALES  
Y EL ESTADO DE  
DERECHO

CONSTITUTIO-  
NALIZATION OF  
ARBITRATION  
IN PERU: SOME  
CONSIDERATIONS  
AROUND RELA-  
TIONSHIP AMONG  
ARBITRATION,  
CONSTITUTION,  
FUNDAMENTAL  
RIGHTS AND RULE  
OF LAW

31 STC de 5 de julio de 2004, fundamento 22, emitida en el expediente 0090-2004-AA/TC. Cabe señalar que en la doctrina no hay uniformidad en el uso de las categorías «proceso» y «procedimiento». Hay quienes encuentran diferencias entre ellas, quienes les dan una acepción distinta, y quienes usan indistintamente ambos conceptos sin plantearse el tema de su diferencia. Por razones metodológicas, en este trabajo comprenderemos dentro del concepto de proceso el de procedimiento. Sin perjuicio de esta precisión metodológica, diremos que el concepto de «proceso» es muy relativo, en el sentido de que su definición depende del tratamiento que le brinde el ordenamiento jurídico de cada país. Para el autor de este trabajo solo en un proceso se ejerce función jurisdiccional, por ello solo tiene tal categoría el proceso judicial y el internacional. Allí donde no se ejerza jurisdicción no habrá proceso, sino simple procedimiento (de carácter administrativo, militar, arbitral, político o particular, siendo un ejemplo del penúltimo el llamado antejuicio político).

32 Entre ellas se encuentran las emitidas en los expedientes 090-97-AA/TC; 408-97-AA/TC; 0439-1999-AA/TC; 0993-1997-AA/TC; 0895-2000-AA/TC, y 0924-2000-AA/TC.

33 STC de 29 de agosto de 2006, fundamento 4, emitida en el expediente 3075-2006-PA/TC.

de inconstitucionalidad de las leyes), a menos que la norma que lo regule contemple instancias múltiples a las cuales acudir<sup>34</sup>.

Como regla general, podemos decir que, si bien el debido proceso resulta aplicable a cualquier tipo de proceso, algunos de sus elementos pueden no resultar exigibles en un determinado proceso —como es el caso del arbitraje— en la medida que razonablemente (lo que implica fin lícito y proporcionalidad) no resulten esenciales para que el debido proceso pueda cumplir con sus funciones y no pierda su naturaleza para convertirse en algo distinto. Dicho de otra manera, siempre resultarán exigibles —y, por ende, aplicables en cualquier tipo de proceso, incluyendo el arbitraje— aquellos elementos del debido proceso que resulten razonablemente imprescindibles para que el inicio, desarrollo, conclusión y ejecución de un proceso pueda ser considerado justo (o, si se prefiere, para que los intereses jurídicos que protege resulten real, concreta y efectivamente protegidos). De no ser así, los procesos en mención resultarían inválidos.

Tampoco debe incurrirse en el error de equiparar debido proceso con las normas de la legislación procesal, especialmente del Código Procesal Civil. El primero es un derecho fundamental que cuenta con elementos exigibles independientemente de que se encuentren regulados o no por una ley procesal. Los segundos son cuerpos normativos que disciplinan los aspectos procedimentales de determinados procesos (penal, laboral, civil, etc.), por lo que no toda norma procesal integra el contenido del debido proceso y no todo elemento del debido proceso está regulado por la legislación procesal.

En el caso específico del arbitraje, no debe olvidarse que se trata de un mecanismo de justicia privada que responde a criterios distintos de los que informan los procesos judiciales o administrativos, razón por la cual debe cuidarse de no aplicar indebidamente al arbitraje criterios procesales que no responden a su naturaleza especial (artículo 34 de la LA)<sup>35</sup>. Todo ello, claro está, sin perjuicio de respetar el debido proceso, los derechos

34 Otro ejemplo, las medidas cautelares son institutos procesales que tienen por finalidad asegurar la eficacia de la resolución definitiva que se emita en un proceso. La urgencia de su dictado y la necesidad de evitar que el afectado con alguna medida realice actos que burlen su ejecución o impidan su cumplimiento, requieren que sean dictadas sin la notificación previa a la otra parte. Sin embargo, ello no significará que se haya afectado el debido proceso (por haberse afectado a una persona sin haberle dado la oportunidad previa de defenderse), pues, en tal caso, el ejercicio de su derecho de defensa queda postergado para después del dictado de la medida cautelar con la finalidad de asegurar la efectividad de la tutela que es también otro elemento integrante del debido proceso.

35 Art. 34 de la LA.- «Libertad de regulación de actuaciones:

1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
2. El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.
3. Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este decreto legislativo. Si no existe norma

fundamentales y los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, en lo que corresponda.

405

#### IV. ARBITRAJE Y ESTADO DE DERECHO

El concepto de Estado de derecho cuenta con un contenido básico esencial consolidado históricamente: se encuentra integrado por una serie de exigencias morales, políticas y jurídicas sin las cuales no puede haber Estado de derecho, independientemente de los modelos que se elijan o que han tenido una plasmación histórica. Por lo tanto, atendiendo al origen y desarrollo histórico que ha tenido este concepto, a pesar de que todo Estado genera derecho, presenta cierto grado de organización, se encuentra más o menos sometido a su propia legalidad, e incluso puede estar orientado a una determinada finalidad moral, no todo Estado es Estado de derecho. Para serlo debe cumplir, por lo menos, con las exigencias de su contenido básico esencial.

Si se tienen en cuenta los rasgos que configuran el paradigma histórico que da a luz a este concepto (el Estado liberal) y que se mantienen en sus otros modelos históricos (el Estado social y el Estado democrático de derecho), las exigencias de su contenido básico esencial se agrupan en torno a cuatro elementos, a saber: el imperio de la ley, la separación funcional del poder, la legalidad de la administración y el reconocimiento y eficacia de los derechos fundamentales<sup>36</sup>. Para efectos de este trabajo —y debido a sus límites materiales— nos detendremos en el primero de ellos.

El «imperio de la ley», como uno de los elementos configuradores del Estado de derecho, actúa sobre gobernantes y gobernados exigiendo que el poder político, en sus distintas manifestaciones, se origine y actúe sometido al derecho y de conformidad con él. No se trata de cualquier ley, sino que, en el contexto ideológico-político en que surge y se desarrolla el concepto de Estado de derecho que arranca del liberalismo y continúa con la democracia, pasando por los aportes republicanos, socialistas, etc., se trata de la que ha sido creada por el órgano popular representativo (Parlamento) como expresión de la voluntad general; es decir, con participación y representación de los integrantes del grupo social. Es la concretización racional de la voluntad general, manifestada a través de un órgano de representación libremente elegido.

LA CONSTITUCIO-  
NALIZACIÓN DEL  
ARBITRAJE EN EL  
PERÚ: ALGUNAS  
CONSIDERACIO-  
NES EN TORNO  
A LA RELACIÓN  
DEL ARBITRAJE  
CON LA CONS-  
TITUCIÓN, LOS  
DERECHOS  
FUNDAMENTALES  
Y EL ESTADO DE  
DERECHO

CONSTITUTIO-  
NALIZATION OF  
ARBITRATION  
IN PERU: SOME  
CONSIDERATIONS  
AROUND RELA-  
TIONSHIP AMONG  
ARBITRATION,  
CONSTITUTION,  
FUNDAMENTAL  
RIGHTS AND RULE  
OF LAW

REYNALDO BUSTAMANTE ALARCÓN

aplicable en este decreto legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral.

4. El tribunal arbitral podrá, a su criterio, ampliar los plazos que haya establecido para las actuaciones arbitrales, incluso si estos plazos estuvieran vencidos».

36 Apoya esta afirmación, entre otros, Elías DÍAZ en su obra *Estado de derecho y sociedad democrática*. Cuadernos para el Diálogo. Madrid: Edicusa, 1966, pp. 18-28; también Eusebio FERNÁNDEZ, en su trabajo: «Hacia un concepto restringido de Estado de derecho». *Sistema*, Revista de Ciencias Sociales, 138 (mayo de 1997), pp. 101-114. Madrid.

Aquí el término «ley» incluye tanto la ley ordinaria como la ley fundamental (Constitución), encontrándose la primera condicionada por y vinculada con esta última. Como consecuencia del «imperio de la ley», el poder no puede originarse ni actuar de manera arbitraria; de lo contrario, su origen o actuación —respectivamente— resultaría jurídicamente inválida, además de arriesgarse a ser políticamente inconveniente y moralmente injusta.

En el caso peruano, el Tribunal Constitucional ha relacionado esta prohibición de arbitrariedad con la dimensión sustancial del debido proceso y la exigencia de razonabilidad, pues considera a «los principios de razonabilidad y proporcionalidad como componentes del debido proceso sustantivo, a cuyo respeto y observancia se encuentran obligadas todas las personas e instituciones, sean estas públicas o privadas»<sup>37</sup>. Sobre esa base, ha desarrollado el derecho a la razonabilidad de las decisiones, como expresión de la dimensión sustancial del debido proceso, sintetizándolo en la siguiente máxima: «El requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad. La idea que confiere sentido a la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso»<sup>38</sup>.

Y ¿qué se entiende por arbitrariedad? El mismo Tribunal Constitucional lo explica:

El concepto de arbitrario aparea tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica. De allí que, desde el principio del Estado de derecho, surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado: a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo<sup>39</sup>.

Aplicando estas ideas al arbitraje, se puede concluir que el «imperio de la ley», como elemento esencial de un Estado de derecho, en armonía con la dimensión sustancial del debido proceso, exige que la elección

37 STC de 28 de junio de 2004, fundamento 3f, emitida en el expediente 0199-2004-AA/TC.

38 STC del 5 de julio de 2004, fundamento 12, emitida en el Expediente 0090-2004-AA/TC.

39 Ibid. Más adelante, en esta misma sentencia, en su fundamento 35, el mismo Tribunal Constitucional señalará: «Ahora bien, más allá de la convención doctrinaria que admite su autonomía como concepto, en puridad, la proporcionalidad es una modalidad más de la razonabilidad (razonabilidad instrumental)».



y las actuaciones de cualquier autoridad arbitral no sean arbitrarias. Metodológicamente es posible agrupar tres tipos de supuestos en los cuales la decisión de una autoridad arbitral, emitida en el marco de un arbitraje, resulta arbitraria y, por tanto, vulneradora del «imperio de la ley» y de la dimensión sustancial del debido proceso, a saber:

- En primer lugar, la arbitrariedad que se produce cuando el árbitro sustenta su decisión en su simple voluntad o subjetividad —es decir, en lo que considera justo o injusto, válido o inválido—, y no en una derivación razonada del derecho aplicable, en relación con las circunstancias comprobadas del caso materia del arbitraje. Esto significa que la decisión del árbitro debe sustentarse en los valores, principios, derechos y demás normas jurídicas que concurren a la solución del caso concreto, así como en las circunstancias comprobadas de la causa. Incluso en el arbitraje de conciencia la opción por un resultado que el árbitro considere justo no debe ser una simple consecuencia de su subjetividad o de su particular apreciación de la vida, sino que debe ser una derivación razonada de elementos objetivos verificables y de la realidad social donde se produce o se quiere evitar el conflicto. En ese sentido ha dicho el Tribunal Constitucional peruano que el juzgador debe resolver «sin caer ni en arbitrariedad en la apreciación e interpretación del derecho, ni tampoco en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos del caso»<sup>40</sup>, pues «la inexistencia o inexactitud de los hechos y los argumentos de Derecho sobre los que [se...] funda una decisión discrecional constituye un error [...] determinante para la invalidez de la decisión»<sup>41</sup>.
- En segundo lugar, la arbitrariedad que se produce cuando la decisión del árbitro es producto de un razonamiento viciado, defectuoso, de tal suerte que lleva a conclusiones desacertadas, intolerables o contradictorias, al no encajar dentro del campo de lo opinable, sino dentro de lo ilógico, lo irreal o lo irracional, pues una decisión absurda no solo resulta descalificable como acto procesal, sino que además afecta la justicia del caso concreto (sea porque el resultado es injusto o porque el derecho a una resolución adecuadamente motivada y fundada de las partes resultó afectado). Uno de los supuestos que se presentan en este tipo de arbitrariedad es el de la decisión incongruente. Al respecto, precisa el mismo Tribunal que uno de los contenidos del debido proceso es el derecho a obtener del juzgador «una respuesta razonada, motivada y congruente»<sup>42</sup>, enseñando que este derecho «garantiza que el juzgador resuelva cada caso

LA CONSTITUCIO-  
NALIZACIÓN DEL  
ARBITRAJE EN EL  
PERÚ: ALGUNAS  
CONSIDERACIO-  
NES EN TORNO  
A LA RELACIÓN  
DEL ARBITRAJE  
CON LA CONS-  
TITUCIÓN, LOS  
DERECHOS  
FUNDAMENTALES  
Y EL ESTADO DE  
DERECHO

CONSTITUTIO-  
NALIZATION OF  
ARBITRATION  
IN PERU: SOME  
CONSIDERATIONS  
AROUND RELA-  
TIONSHIP AMONG  
ARBITRATION,  
CONSTITUTION,  
FUNDAMENTAL  
RIGHTS AND RULE  
OF LAW

40 STC de 26 de noviembre de 2007, fundamento 3, emitida en el expediente 00938-2007-AA/TC.

41 STC de 5 de julio de 2004, fundamento 14, emitida en el expediente 0090-2004-AA/TC.

42 STC del 20 de junio del 2002, fundamento 11, emitida en el expediente 1230-2002-HC/TC.



concreto sin omitir, alterar o exceder las pretensiones formuladas por las partes»<sup>43</sup>. Desarrollando más esta exigencia, agrega que el juzgador «no podría sustentar su decisión en hechos que no hayan sido alegados por las partes, ni resolver sobre pretensiones que no hayan sido formuladas (congruencia)»<sup>44</sup>, concluyendo que un juzgador «no puede subrogarse en el papel de la parte y basar sus decisiones en hechos o pruebas que no hayan sido materia de contradicción oportuna»<sup>45</sup>. Como consecuencia de ello, destaca: «La infracción del deber de congruencia supone no solo la afectación del principio dispositivo [...], sino que a consecuencia de ello se puede afectar otros derechos constitucionalmente protegidos, verbigracia el derecho de defensa y, en determinadas ocasiones, el derecho a ser juzgado por un juez imparcial»<sup>46</sup>.

- En tercer lugar, la arbitrariedad se produce cuando las decisiones del árbitro no son conformes con la justicia material recogida en la Constitución, en la modalidad de derechos fundamentales u otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Esto se debe a que la superior fuerza normativa de estos elementos esenciales del ordenamiento no solo debe implicar que su eficacia alcance el trámite del arbitraje, sino también a las decisiones que en él se emitan. De lo contrario se llegaría al absurdo de aceptar que, a pesar de ser la base de todo el ordenamiento jurídico, el árbitro no se encuentra vinculado con esas normas constitucionales a la hora de tomar sus decisiones, contradiciendo así su naturaleza y superior fuerza normativa. En armonía con ello se ha expresado el Tribunal Constitucional peruano al decir que «el debido proceso en su dimensión sustancial quiere significar un mecanismo de control sobre las propias decisiones y sus efectos, cuando a partir de dichas actuaciones o decisiones se afecta de modo manifiesto y grave cualquier derecho fundamental», y por la misma razón, cualquier otro bien jurídico constitucionalmente protegido<sup>47</sup>.

En función de lo expuesto, podemos mencionar algunos ejemplos de arbitrariedad de las decisiones en sede arbitral. Así, son ejemplos de «arbitrariedad normativa» (es decir, de decisiones que no son el resultado de una derivación razonable del derecho aplicable), entre otros los siguientes<sup>48</sup>: (i) las decisiones que desconocen, se apartan o arremeten contra la norma aplicable (*contra legem*), sin que se haya efectuado un control sobre su validez o constitucionalidad;

43 STC de 19 de junio de 2007, fundamento 9, emitida en el expediente 7022-2006-PA/TC.

44 STC de 17 de setiembre de 2008, fundamento 6, emitida en el expediente 3151-2006-AA/TC.

45 Ibid., fundamento 13.

46 Ibid., fundamento 5.

47 STC de 14 de marzo de 2006, fundamento 30, emitida en el expediente 1209-2006-PA/TC.

48 Varios de estos ejemplos han sido tomados de: SAGÜÉS, Néstor P. *Recurso extraordinario*. Tomo II. Buenos Aires: Depalma, 1984, pp. 613-690.

(ii) las decisiones que no contienen un fundamento normativo, sino meras citas de normas; (iii) las decisiones basadas en normas inexactas o impertinentes; (iv) las decisiones basadas en la sola voluntad del juzgador; (v) las decisiones que aplican normas derogadas o no vigentes; (vi) las decisiones que invocan jurisprudencia no aplicable al caso concreto; (vii) las decisiones que interpretan la ley en forma defectuosa, irrazonable o distorsionante; (viii) las decisiones que consagran un formulismo manifiesto o formalidades ilógicas o irrazonables; (ix) las decisiones normativamente autocontradictorias, y (x) las decisiones que resultan incongruentes por no pronunciarse sobre lo pedido (incongruencia *citra petita*), por otorgar algo mayor a lo pedido (incongruencia *ultra petita*), por ordenar algo menor a lo pedido cuando tal posibilidad no sea jurídicamente posible (incongruencia *infra petita*), o por otorgar algo diferente a lo pedido (incongruencia *extra petita*).

En el caso de decisiones incongruentes, estas serán arbitrarias siempre que las normas que regulan el arbitraje donde se emitieron no permitan que el árbitro pueda emitir una decisión incongruente. Si lo permiten, el árbitro deberá anunciar previa y oportunamente a las partes tal posibilidad, con la finalidad de que estén en aptitud de defenderse, de probar, de alegar, y en general, de decir algo al respecto.

Como ejemplos de «arbitrariedad fáctica» (es decir, de decisiones que no evalúan adecuadamente los hechos o el material probatorio), podemos mencionar entre otros los siguientes<sup>49</sup>: (i) las decisiones que prescinden de los hechos notorios o evidentes; (ii) las decisiones basadas en medios de prueba inexistentes o no incorporadas válidamente al arbitraje; (iii) las decisiones basadas en afirmaciones dogmáticas o genéricas de hecho; (iv) las decisiones que omiten examinar u omiten dar mérito o eficacia probatoria a un medio de prueba principal, decisivo y trascendente; (v) las decisiones que atribuyen al medio probatorio, o al hecho objeto de prueba, un alcance o sentido que le priva del que en verdad tenía; (vi) las decisiones que consideran los medios de prueba de manera superficial o poco seria, dando lugar a que la conclusión probatoria desemboque en un fundamento ilógico, desafortunado, aparente o contradictorio; (vii) las decisiones que fracturan el examen de los medios de prueba porque lejos de ser visualizados en conjunto, se los aisló y dejó como cabos sueltos, haciéndoles perder su eficacia; (viii) las decisiones que alteran la lógica interior y las derivaciones naturales de lo probado para acordarle una proyección concreta que es opuesta y que desvirtúa lo que verdaderamente resulta de las circunstancias comprobadas; (ix) las decisiones fácticamente autocontradictorias por una mala valoración de los hechos y/o del

LA CONSTITUCIO-  
NALIZACIÓN DEL  
ARBITRAJE EN EL  
PERÚ: ALGUNAS  
CONSIDERACIO-  
NES EN TORNO  
A LA RELACIÓN  
DEL ARBITRAJE  
CON LA CONS-  
TITUCIÓN, LOS  
DERECHOS  
FUNDAMENTALES  
Y EL ESTADO DE  
DERECHO

CONSTITUTIO-  
NALIZATION OF  
ARBITRATION  
IN PERU: SOME  
CONSIDERATIONS  
AROUND RELA-  
TIONSHIP AMONG  
ARBITRATION,  
CONSTITUTION,  
FUNDAMENTAL  
RIGHTS AND RULE  
OF LAW

49 Varios de estos ejemplos también han sido tomados de: SAGÜÉS, Néstor P. *Ibid.*, pp. 691-709.

material probatorio, y (x) las decisiones que resultan contrarias a la ciencia, la técnica y las máximas de experiencia.

Como se puede advertir, la exigencia de la razonabilidad de las decisiones, o de la interdicción de la arbitrariedad, busca asegurar en todo proceso, incluyendo el arbitraje, la vigencia real y efectiva de los valores, derechos y demás normas que integran el ordenamiento jurídico, en armonía con la realidad social a la que pertenece y con las circunstancias comprobadas de la causa. Por lo tanto, una decisión que no respete esta exigencia no solo contraviene el «imperio de la ley», como componente esencial del Estado de derecho, sino también el derecho fundamental a un debido proceso, resultando, en consecuencia, inválida por inconstitucional.

## V. BREVE REFLEXIÓN FINAL

Si queremos que el arbitraje continúe fortaleciéndose y desarrollándose en el Perú como un mecanismo adecuado y eficaz para la solución y prevención de los conflictos privados, debemos destacar la dimensión constitucional que le ha otorgado el derecho peruano. Eso implica profundizar en las relaciones que presenta con la Constitución, el Estado de derecho y los derechos fundamentales, tanto al momento de configurar su estatuto legislativo como al momento de llevar adelante los procesos arbitrales que resolverán los casos concretos a decidir.

Para tal efecto, el arbitraje no puede ser visto de una manera atomista, irrazonable o con un exceso ritual, sino de una manera sistemática, flexible y en armonía con los derechos fundamentales y los demás bienes jurídicos con los que guarda relaciones de coordinación y complementariedad en el ordenamiento jurídico. Así, desde el momento en que la Constitución considera al arbitraje como un mecanismo de justicia privada, complementaria a la jurisdicción estatal, bien puede decirse que existe un derecho a acudir al arbitraje como mecanismo de composición o prevención de conflictos, de libre disposición de las partes, que debe ser respetado, garantizado y tutelado. El Tribunal Constitucional lo ha reconocido —recordémoslo— en estos términos: «Nuestro ordenamiento constitucional consagra la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, lo que determina que, en el actual contexto, el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una jurisdicción privada»<sup>50</sup>.

Al mismo tiempo, no puede verse al arbitraje como algo que no es: un mecanismo de composición o prevención de conflictos que sustituye a

50 STC del 28 de febrero de 2006, fundamento 7, emitida en el expediente 6167-2005-PHC/TC.

los órganos jurisdiccionales del Estado. De allí que el mismo Tribunal ha precisado que:

[...] el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo para la resolución para las controversias que se generen en la contratación internacional<sup>51</sup>.

Si mantenemos el arbitraje dentro de estos cauces y potenciamos toda su virtualidad en armonía con los derechos y demás bienes jurídicos con los que guarda relaciones de coordinación y complementariedad, el arbitraje cumplirá cada vez mejor con sus funciones y contribuirá de una manera más destacada a alcanzar la paz social en justicia.

Recibido: 02/08/2013

Aprobado: 29/08/2013

411

LA CONSTITUCIO-  
NALIZACIÓN DEL  
ARBITRAJE EN EL  
PERÚ: ALGUNAS  
CONSIDERACIO-  
NES EN TORNO  
A LA RELACIÓN  
DEL ARBITRAJE  
CON LA CONS-  
TITUCIÓN, LOS  
DERECHOS  
FUNDAMENTALES  
Y EL ESTADO DE  
DERECHO

CONSTITUTIO-  
NALIZATION OF  
ARBITRATION  
IN PERU: SOME  
CONSIDERATIONS  
AROUND RELA-  
TIONSHIP AMONG  
ARBITRATION,  
CONSTITUTION,  
FUNDAMENTAL  
RIGHTS AND RULE  
OF LAW

REYNALDO BUSTAMANTE ALARCÓN

51 Ibid., fundamento 10.

## UNIDAD I: ARBITRAJE EN MATERIA LABORAL – PARTE GENERAL

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.

# THĒMIS

Revista de Derecho



Mario Pasco Lizárraga | Guillermo Boza Pró | Adrián Goldin | Antonio Ojeda Avilés  
Miguel Gutiérrez Pérez | Alfonso de los Heros Pérez-Albela | Juan Gorelli Hernández  
Jorge Toyama Miyagusuku | Alfredo Villavicencio Ríos | Fernando del Mastro Puccio  
Liliana Tsuboyama Shiohama | Sebastián Soltau Salazar | Alfredo Bullard González  
Martín Mejorada Chauca | Alejandra Alvarado Prentice | Isabel Lira Miró-Quesada  
Javier Neves Mujica | Gustavo M. Rodríguez García | José Carlos Fernández Salas  
Renato Mejía Madrid | May Lin Ataca Ugaz | Teresa Mejía | Julio Gamero Requena  
Pedro Morales Corrales | Estela Ospina Salinas | César Landa Arroyo | Laura Zúñiga  
Orlando de las Casas | Marilú Mertzhal Shigyo | Jorge Luis Acevedo Mercado  
Valeria Galindo Valer | Luis Vinatea Recoba | Charles B. Schudson | Mauro Ugaz Olivares

# THĒMIS

---

Revista de Derecho



1965 - 2014

# THĒMIS

d e s d e 1 9 6 5

# 65

© Asociación Civil THĒMIS, 2014  
Facultad de Derecho  
Pontificia Universidad Católica del Perú  
editor@themis.pe  
themis.pe

Editor: Luis Fernando Roca Lizarzaburu  
Diseño y diagramación: Mario Popuche Llontop

El contenido de los artículos publicados en **THĒMIS-Revista de Derecho**  
es responsabilidad exclusiva de los autores

THĒMIS autoriza la reproducción parcial o total del contenido de esta publicación,  
siempre que se cite la fuente y utilice para fines académicos.

Primera edición: Julio 2014  
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: 2014-07734  
ISSN: 1810-9934  
Registro de Proyecto Editorial:  
Año XXXIX - Número 65

Editado por:  
Asociación Civil THĒMIS, 2014  
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú  
Teléfono: 626-2000, anx. 5391

Impresión:  
Editorial Tinco S.A.  
Calle Arquímedes 114 - Chorrillos  
idalgado@tinco.com.pe  
Lima - Perú



Desde el inicio de la Historia, el trabajo ha formado parte de la vida del hombre. Al inicio, la finalidad del trabajo no iba más allá de la mera subsistencia; había que trabajar para vivir. Con el paso del tiempo, sin embargo, el trabajo pasó a significar algo más. Pasó a ser un medio de realización para el hombre, a través del cual este puede expresar su personalidad. Con la llegada de la industrialización, la rápida expansión del mercado y el surgimiento de grandes capitales llevaron a muchas personas a ofrecer su fuerza de trabajo en una clara posición de desventaja frente a sus empleadores. El Derecho no podía permanecer ajeno a esta realidad; es así que nace el Derecho del Trabajo, cuyo carácter tuitivo busca otorgar protección al trabajador en el marco de las relaciones de trabajo.

En el mundo de hoy, globalizado y de extrema competencia, el Derecho del Trabajo ha tenido que adaptarse a las distintas realidades a través de las cuales se manifiesta la relación entre el empleador y el trabajador. Así, han ido surgiendo nuevas y distintas modalidades de contratación, así como nuevas exigencias económicas, sociales y/o jurídicas, a las cuales el Derecho del Trabajo ha tenido que reaccionar sin perder su esencial carácter protector. Es debido a la decisiva influencia que la normativa laboral puede tener sobre la economía y la sociedad de un país que se hace indispensable comprender cuáles serían los principios que rigen esta rama del Derecho, de qué forma esta puede manifestarse y a qué retos se enfrenta, tanto presentes como futuros.

Es esta necesidad la que nos lleva a tener al Derecho del Trabajo como tema central de la edición 65 de THÉMIS-Revista de Derecho, tema que no abordamos hace ya más de quince años. La revista inicia con un sentido homenaje al Dr. Mario Pasco Cosmópolis, reconocido laboralista, cuya labor a favor de la difusión del Derecho del Trabajo en nuestro país nunca cesó, siendo reconocido tanto en el ámbito académico como profesional, llegando a ocupar el cargo de Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo. A continuación, el Dr. Guillermo Boza escribe acerca del desarrollo histórico del Derecho del Trabajo; su surgimiento, evolución y reconocimiento en el Derecho actual. Luego, el laboralista argentino Adrián Goldin, así como los españoles Antonio Ojeda y Miguel Gutiérrez, realizan un análisis general acerca de los nuevos retos que enfrenta el Derecho del Trabajo en la actualidad, desde una perspectiva internacional y europea. Luego, a través de una entrevista, el Dr. Alfonso de los Heros nos ofrece una reflexión acerca de los efectos que tuvieron las reformas en la legislación laboral de nuestro país a inicios de la década de 1990, las cuales constituyeron un cambio bastante significativo respecto a la política laboral seguida hasta entonces.

En la sección referida a los derechos laborales individuales, el autor español Juan Gorelli escribe acerca del derecho a las vacaciones, exponiendo sus principales características y los instrumentos normativos que rigen su ejercicio. A continuación, Jorge Toyama y Marilú Mertzhal nos ofrecen una reflexión del tratamiento jurisprudencial que se ha dado al personal de dirección y de confianza en nuestro país, a partir de diversos pronunciamientos de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional. Para finalizar, Renato Mejía ofrece una reflexión respecto a los alcances de la regulación laboral en los casos de descentralización productiva, fenómeno que cada vez alcanza mayor relevancia económica, pero que podría vulnerar seriamente ciertos derechos laborales. En lo referente a los derechos colectivos del trabajador, el Dr. Javier Neves escribe acerca de las serias vulneraciones al derecho de negociación colectiva impuestas por el Estado a sus propios trabajadores, a partir de la promulgación de la Ley del Servicio Civil; por otro lado, en el siguiente artículo, Alfredo Villavicencio realiza una crítica a la regulación del derecho de libertad sindical en nuestro país, a la luz de diversos convenios internacionales.

Otra forma a través de la cual se manifiesta el carácter protector del Derecho del Trabajo es mediante el Derecho Procesal Laboral. En ese sentido, el Dr. Luis Vinatea escribe acerca de los alegatos en la

nueva Ley Procesal del Trabajo, la cual le otorga un papel central a la oralidad en el proceso laboral. A continuación, Sebastián Soltau realiza un análisis de los efectos que puede tener la mala fe negocial en los procesos de arbitraje laboral; por último, Jorge Luis Acevedo compara y diferencia los procedimientos de arbitraje laboral jurídico y económico en nuestro país. Más adelante, en la siguiente sección, May-Lin Ataca, Valeria Galindo y Orlando de las Casas escriben sobre diversos aspectos de un área del Derecho del Trabajo que, dada la creciente proyección internacional de nuestro país, cada vez adquiere una mayor importancia: El Derecho Laboral Migratorio. Así, las primeras realizan un análisis de la normativa nacional relativa a la contratación de personal extranjero, mientras el segundo toca un tema bastante actual, y que constituye un reto a la vigencia de ciertos derechos fundamentales: El llamamiento de cónyuges del mismo sexo en el caso de quienes migran al Perú.

A continuación, la Dra. Estela Ospina escribe acerca de la salud y la seguridad de los trabajadores en el centro de trabajo. Además, el Dr. Pedro Morales nos ofrece una entrevista sobre el reciente Reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad, analizando cuál sería el impacto de esta norma en el mercado laboral de nuestro país, al establecer cuotas de empleo obligatorias para la personas con discapacidad. Finalmente, Alfredo Bullard y Julio Gamero buscan defender posturas encontradas respecto al impacto que tiene el establecimiento de un salario mínimo en la vida económica del país y en los mismos trabajadores.

La sección de Interdisciplinarias cierra el tema central; en ella, diversos autores abordan diversos aspectos del Derecho del Trabajo que son trasversales a otras ramas del Derecho. De ese modo, el Dr. César Landa escribe acerca de la constitucionalización del Derecho del Trabajo, la cual se manifiesta en la protección otorgada a la mujer y a la madre embarazada, en tanto estas se encuentran en una situación vulnerable frente al empleador. Además, Mauro Ugaz y Alejandra Alvarado exponen las implicancias tributarias que genera el establecimiento de una relación laboral, tanto para los trabajadores como para los empleadores. A continuación, la Dra. Liliana Tsuboyama ofrece un análisis de la importancia del *due diligence* laboral en los casos de fusión y adquisiciones de empresas. Por último, Martín Mejorada hace una crítica a la prohibición legal expresa de otorgar la remuneración de un trabajador como garantía, basándose en la importancia económica que puede tener para este el poder disponer libremente de dicho recurso.

Por último, en la sección de Misceláneas podemos encontrar trabajos que no están relacionados con el Derecho del Trabajo, pero que aportan un valioso contenido relativo a otras ramas del Derecho. En primer lugar, José Carlos Fernández escribe acerca del tratamiento que reciben los derechos reales en distintos países de Europa, para así poder tener una mejor comprensión de su funcionamiento en nuestro país. Luego, Laura Zúñiga hace una crítica de los vacíos que deja la legislación relativa al sistema de obras por impuestos en el Perú. A continuación, Gustavo Rodríguez analiza el tratamiento jurisprudencial del deber de idoneidad vigente en nuestra legislación de protección al consumidor. Para cerrar la sección, Charles B. Schudson, Fernando del Mastro y Teresa Mejía son expositores en una Mesa Redonda que trata el tema del bienestar y la búsqueda de la felicidad en los abogados y estudiantes de Derecho, el cual seguro generará un amplio debate. La revista cierra con un homenaje a Francisco Lira Miró-Quesada, ex miembro del Consejo Directivo de nuestra asociación, recientemente fallecido.

Sin nada más que decir, sólo queda agradecer a todos aquellos que hicieron que la publicación de este número sea posible, especialmente a los Dres. Javier Neves y Alfredo Villavicencio, por su invaluable ayuda durante el proceso de esquematización de la revista. También a todos nuestros colaboradores y auspiciadores, por confiarnos la tarea de difundir la cultura jurídica en un país donde esto hace mucha falta. Pero sobre todo, a los miembros actuales de la asociación y a la comisión de Contenido de THÉMIS, pues es gracias a su esfuerzo que la presente edición de la revista es lo que es, y es seguro que ese mismo empeño permanecerá, sin importar el paso del tiempo.

El Director

Lima, junio de 2014

# THĒMIS

## Revista de Derecho

Publicación semestral editada por alumnos de la Facultad de  
Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

2014-1

### CONSEJO DIRECTIVO

María Fátima Benavides Maza (Recursos Humanos)  
Alejandro Caveró Alva (Publicaciones)  
José Díaz Del Valle (Imagen Institucional)  
Francisco José Floríndez Aramburú (Administración)  
Kristiam Herrera-Carrasco Monteagudo (Cursos & Capacitación)  
Josefina Miró Quesada Gayoso (Actualidad Jurídica)  
Luis Fernando Roca Lizarzaburu (Contenido)  
Adriana del Pilar Tapia Quintanilla (Desarrollo Social)  
Andrés Fernando Toledo Pérez (Financiamiento)  
Jadhira Unda Valverde (Seminarios)

### MIEMBROS ACTIVOS

#### Actualidad Jurídica

Juan Diego Elías Puellas  
Ian Michael Forsyth Daneri  
Adrián Lengua Parra  
Claudia Lovón Benavente

#### Administración

Carlos Andrés Gómez Ramos  
Emily Quispe Cullampe

#### Contenido

Diana Milberg Garrido Lecca  
Gonzalo J. Monge Morales  
Giacomo Montiel Ibarguren  
Miguel Ángel Pérez Caruajulca  
Alonso Salazar Zimmermann

#### Cursos & Capacitación

Alonso Hidalgo Salinas

#### Desarrollo Social

Martín de la Jara Plaza  
Alessia Lercari Bueno  
Ana Paula Mendoza Rázuri

#### Financiamiento

María Fernanda Chanduví Herrera

Kevin Fernando Fernández Herrera  
Víctor Geancarlo García Huamán

#### Imagen Institucional

Mariella Carrasco Gadea  
Renato Felipe Manrique Portal  
Fernanda Rénique Vega  
Carla Rossini Medina  
María Teresa Serpa Santos

#### Publicaciones

Adriana Bellido Ludowieg  
Alejandra Estefanía Gallardo Siguas  
Renzo Kenneth Mayor Mayor  
Lucía Rodrigo Rohrhirsch

#### Recursos Humanos

Mariliha Alejandra Corzo Tueros  
Andrea Parra Estela

#### Seminarios

Felipe Ayulo Elejalde  
Cristy Layla González Sifuentes  
Joseline Pérez Cámara  
Katia Vásquez Reyes

### CONSEJO CONSULTIVO

Jorge Avendaño Valdez (PUCP)  
Alfredo Bullard González (PUCP)  
Guido Calabresi (U. de Yale)  
Carlos Cárdenas Quirós (PUCP)  
Robert D. Cooter (U. de Berkeley)  
Javier de Belaunde López de Romaña (PUCP)  
Fernando de Trazegnies Granda (PUCP)  
Francisco Eguiguren Praeli (PUCP)

Carlos Fernández Sessarego (UNMSM)  
Baldo Kresalja Rosselló (PUCP)  
Elvira Méndez Chang (PUCP)  
Juan Monroy Gálvez (PUCP)  
Javier Neves Mujica (PUCP)  
Richard A. Posner (U. de Chicago)  
George Priest (U. de Yale)

Asociación Civil THĒMIS  
Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú  
Teléfono: 626-2000 anexo 5391  
Correo electrónico: themis@pucp.edu.pe; editor@themis.pe  
themis.pe

### **Reseña-Pintura:**

La pintura representada en la portada de la presente edición de THĒMIS-Revista de Derecho es obra del pintor impresionista del siglo XIX, Peder Severin Krøyer. Este nació en Noruega en 1851, pero su formación artística se dio, principalmente, en Dinamarca, en la Real Academia Danesa de Arte. Sus principales influencias fueron Claude Monet y Edgar Degas.

Krøyer es reconocido por retratar escenas cotidianas. En la presente obra, el artista ha captado una escena típica de obreros en una fábrica productora de piezas de metal. La pintura, que data de 1885, logra captar una imagen común durante la segunda Revolución Industrial: Fue con el desarrollo de nuevas industrias que nace el gran capitalismo, el cual habría de tener una influencia fundamental en la vida de los trabajadores y en el desarrollo del Derecho del Trabajo. Es por este motivo que consideramos que la obra de Krøyer es la indicada para figurar en la portada de la presente edición de THĒMIS-Revista de Derecho, pues resume, en una imagen, el origen del Derecho del Trabajo, el cual se dio una época que trajo consigo cambios que cambiaron para siempre la forma de entender las relaciones laborales.

|                                                         |    |
|---------------------------------------------------------|----|
| Mario Pasco Lizárraga                                   | 11 |
| <i>Aplausos para Mario Pasco Cosmópolis (1940-2014)</i> |    |

## TEMA CENTRAL: Derecho Laboral

### DERECHO LABORAL

|                                                                                                |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Guillermo Boza Pró                                                                             | 13 |
| <i>Surgimiento, evolución y consolidación del Derecho del Trabajo</i>                          |    |
| Adrián Goldin                                                                                  | 27 |
| <i>Algunos rasgos definitorios de un Derecho del Trabajo en proceso de cambio</i>              |    |
| Antonio Ojeda Avilés y Miguel Gutiérrez Pérez                                                  | 41 |
| <i>La flexiseguridad como paradigma de las políticas de empleo en Europa: Revisión crítica</i> |    |
| Alfonso de los Heros Pérez-Albela                                                              | 53 |
| <i>Diagnóstico: La reforma laboral y las políticas necesarias en el Perú</i>                   |    |

### Derecho Laboral Individual

|                                                                                                  |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Juan Gorelli Hernández                                                                           | 59 |
| <i>Elementos delimitadores del derecho a vacaciones</i>                                          |    |
| Jorge Toyama Miyagusuku y Marilú Merzthal Shigyo                                                 | 81 |
| <i>Reflexiones sobre el tratamiento jurisprudencial del personal de dirección y de confianza</i> |    |
| Renato Mejía Madrid                                                                              | 97 |
| <i>El alcance de la regulación laboral de la descentralización productiva</i>                    |    |

### Derecho Laboral Colectivo

|                                                                                                               |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Javier Neves Mujica                                                                                           | 107 |
| <i>Límites al contenido de la negociación colectiva impuestos por el Estado a sus trabajadores</i>            |     |
| Alfredo Villavicencio Ríos                                                                                    | 117 |
| <i>Constitución, configuración y registro de los sindicatos en América Latina: El reino espurio de la ley</i> |     |

### Derecho Procesal Laboral

|                                                                                                                                   |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Luis Vinatea Recoba                                                                                                               | 123 |
| <i>Los alegatos en el nuevo proceso laboral</i>                                                                                   |     |
| Sebastián Soltau Salazar                                                                                                          | 133 |
| <i>Los efectos procesales de la mala fe negocial declarada en un arbitraje potestativo</i>                                        |     |
| Jorge Luis Acevedo Mercado                                                                                                        | 145 |
| <i>Las diferencias entre el arbitraje laboral jurídico y el arbitraje laboral económico, y su incidencia en el control difuso</i> |     |

## **Derecho Laboral Migratorio**

May Lin Ataca Ugaz y Valeria Galindo Valer 161  
*La contratación de trabajadores extranjeros en el Perú: Procedimiento y convenios suscritos por nuestro país que facilitan la contratación*

Orlando de las Casas 173  
*Corrección del concepto de unidad migratoria familiar en el procedimiento de llamado de familia en el Perú (a propósito de los matrimonios entre personas del mismo sexo)*

## **Otros**

Estela Ospina Salinas 187  
*Vigilancia de la salud de los trabajadores*

Pedro Morales Corrales 199  
*Diagnóstico: El título preliminar de la nueva Ley Procesal del Trabajo y las cuotas de empleo en el reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad*

Alfredo Bullard González versus Julio Gamero Requena 205  
*La remuneración mínima vital y su impacto en los trabajadores*

## **INTERDISCIPLINARIAS**

César Landa Arroyo 219  
*El Derecho del Trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización: Análisis especial del caso de la mujer y la madre trabajadora*

Mauro Ugaz Olivares y Alejandra Alvarado Prentice 243  
*Los gastos de personal desde la perspectiva del Derecho Laboral Tributario*

Liliana Tsuboyama Shiohama 259  
*Due diligence laboral: Herramienta imprescindible en los procesos de fusiones y adquisiciones*

Martín Mejorada Chauca 269  
*La remuneración en garantía*

## **MISCELÁNEAS**

José Carlos Fernández Salas 281  
*Los derechos reales en Europa*

Laura Zúñiga 293  
*Vacíos en la legislación de obras por impuestos a partir de su aplicación práctica*

Gustavo M. Rodríguez García 303  
*El apogeo y decadencia del deber de idoneidad en la jurisprudencia peruana de protección al consumidor*

Charles B. Schudson, Fernando del Mastro Puccio y Teresa Mejía 315  
*Mesa redonda: La felicidad y la educación legal*

Isabel Lira Miró-Quesada 327  
*Fran, un grande (1988-2014)*

# Cuando la **experiencia** es **creativa**

El Estudio Echecopar asociado a Baker & McKenzie International es una de las más grandes y más prestigiosas firmas de abogados del Perú.

Nuestro equipo está conformado por destacados ex oficiales de alto nivel del gobierno, legisladores, asesores y académicos que han ayudado a redactar las leyes del país y dar forma a su marco legal. Nuestra cultura empresarial basada en las soluciones creativas han colocado al Estudio Echecopar a la vanguardia en las transacciones más importantes y complejas del país.

## Principales áreas de práctica:

- Competencia
- Banca y Finanzas
- Energía, Minería e Infraestructura
  - Minería
  - Petróleo y Gas
  - Energía e Infraestructura
  - Derecho Ambiental y Cambio Climático
- Corporativo / Fusiones y Adquisiciones
- Laboral
- Procesal
- Arbitraje Local e Internacional
- Tributario
  - Precios de Transferencia
- Tecnología de la Información y Comunicaciones
- Propiedad Intelectual
- Civil
- Comercio y Mercado
- Contrataciones Públicas

[www.echecopar.com.pe](http://www.echecopar.com.pe)  
[www.bakermckenzie.com/peru/](http://www.bakermckenzie.com/peru/)

Estudio Echecopar asociado a Baker & McKenzie International, una Swiss Verein, de la que forman parte firmas de abogados en todo el mundo. De acuerdo con la terminología comúnmente usada en organizaciones de prestación de servicios profesionales, el término "Socio" se refiere a aquellas personas que son socios o equivalentes a socios de dichas organizaciones. Asimismo, el término "oficina" se refiere a cualquier oficina de dichas firmas de abogados.

© 2014 Estudio Echecopar  
Todos los derechos reservados.



# **LAS DIFERENCIAS ENTRE EL ARBITRAJE LABORAL JURÍDICO Y EL ARBITRAJE LABORAL ECONÓMICO, Y SU INCIDENCIA EN EL CONTROL DIFUSO\***

## ***THE DIFFERENCES BETWEEN LEGAL AND ECONOMIC LABOR ARBITRATION, AND ITS IMPACT ON DIFFUSE CONSTITUTIONAL CONTROL***

**Jorge Luis Acevedo Mercado\*\***

---

*Labor Law is called to solve and prevent arising conflicts between employers and employees. In light of this, certain conflicts between the employer and a union, or his own employees, can be solved by an arbitration board.*

*In that line, it is important to take into account the many existing differences between juridical labor arbitration and economic labor arbitration; the author, in the present article, arguments that those differences represent the fundamental reason why the first one does exercise jurisdictional function and the second one does not. On that basis, the author affirms that it's possible to exercise diffuse control in economic labor arbitration.*

**KEY WORDS:** *Juridical labor arbitration; economic labor arbitration; jurisdiction; diffuse control; contest of arbitral award.*

*El Derecho Laboral está llamado a solucionar y prevenir la mayor cantidad de conflictos que puedan darse entre trabajadores y empleadores. A la luz de ello, existen determinados supuestos en los cuales un conflicto entre el empleador y una organización sindical o sus propios trabajadores puede ser visto o solucionado en sede arbitral.*

*Es importante tener en cuenta, para ello, las diferencias entre un arbitraje laboral jurídico y un arbitraje laboral económico; el autor, en el presente artículo, afirma que las mismas constituyen el fundamento de porqué el primero sí ejerce función jurisdiccional y el segundo no. En base a ello, se puede afirmar que no es posible ejercer el control difuso en los arbitrajes laborales económicos.*

**PALABRAS CLAVE:** *Arbitraje laboral jurídico; arbitraje laboral económico; jurisdicción; control difuso; impugnación de laudo.*

\* Para la realización de este artículo he contado con la valiosa colaboración de Franklin Altamirano Segundo, bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), y Marco Rodríguez Gamero, estudiante de la PUCP.

\*\* Abogado. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Socio de Benites, Forno & Ugaz Abogados.



## I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

De la revisión de los laudos arbitrales expedidos durante los últimos diez años en el marco de negociaciones colectivas en el sector público, se puede advertir la utilización del control difuso<sup>1</sup> por los árbitros a efectos de inaplicar, por inconstitucionales las normas presupuestales que impiden los incrementos salariales, sustentándose para ello en la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional que resolvió extender la facultad judicial del control difuso cuando los árbitros ejercen jurisdicción<sup>2</sup>.

Más allá de la inconstitucionalidad o no de estas normas restrictivas de la negociación colectiva o de la necesidad de incrementar las remuneraciones del sector público, es nuestra intención abordar en las siguientes líneas la existencia de dos tipos de arbitrajes laborales –el jurídico y el económico–, sobre esta base, plantear las siguientes inquietudes: ¿Cuáles son las diferencias entre los arbitrajes laborales que resuelven conflictos jurídicos y aquellos que resuelven conflictos económicos? ¿Los árbitros ejercen jurisdicción cuando resuelven conflictos económicos? ¿Se puede aplicar el control difuso en arbitrajes económicos? Así, el presente artículo pretende abordar críticamente estas cuestiones, con la finalidad de abrir la discusión y ahondar sobre la naturaleza del arbitraje económico, sus especiales diferencias con el arbitraje jurídico y si cabe la aplicación del control difuso para resolver conflictos de creación de derechos en materia laboral.

Para ello, analizaremos la relación entre el Derecho del Trabajo y los conflictos laborales, evidenciando la distinción entre controversias económicas y jurídicas, para luego proyectar sobre el lector lo siguiente: (i) La sustancial diferencia entre un arbitraje económico y otro jurídico; y, (ii) las razones que motivan el cues-

tionamiento a la utilización del control difuso cuando se resuelven conflictos de creación de derechos (económicos o de interés) en negociaciones colectivas.

## II. LOS CONFLICTOS Y EL DERECHO LABORAL

El Derecho del Trabajo le debe su origen a los conflictos suscitados entre los trabajadores y sus respectivos empleadores. Esta disciplina surgió en un contexto en el que aquellos soportaban, constantemente, extenuantes jornadas de trabajo, pésimas condiciones sanitarias y paupérrimos salarios.

Es bastante conocido que dichos conflictos se desarrollaron de una manera muy intensa, al existir un trasfondo social bastante marcado entre los poseedores del capital y quienes sólo podían ofrecer su fuerza de trabajo. La llamada “**cuestión social**” fue un conflicto que indujo a la creación de todo un nuevo ordenamiento nacional e internacional que rige hoy las relaciones laborales.

En tal contexto, los trabajadores se organizaron y buscaron afrontar aquellas situaciones patológicas. Al respecto, Mario de la Cueva señala que las metas perseguidas fueron: (i) Las libertades sindicales, de negociación y contratación colectivas y de huelga; (ii) un Derecho individual de trabajo que propiciara un mínimo de justicia social; y, (iii) una previsión social que defendiera a los hombres contra las consecuencias de los infortunios del trabajo<sup>3</sup>.

Estos intereses que confluyen en la sociedad son, entonces, demandas, deseos o intereses que el ser humano, individualmente o en forma asociada, busca satisfacer<sup>4</sup>. Hay que resaltar que la asociación entre los individuos es un mecanismo muchas veces necesario para que se realicen ciertos intereses individuales, asociación que, a su vez, origina otro tipo de intereses colectivos.

<sup>1</sup> El control difuso, definido como potestad judicial, se encuentra en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución Política del Perú: “[...] En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

<sup>2</sup> El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente STC 6167-2005-PHC, estableció que los fundamentos 8, 11, 12, 13, 14, 17 y 18 de esta se consideran como precedente vinculante para los operadores jurídicos. El fundamento 8 consagra la validez de la jurisdicción arbitral sobre la base del cumplimiento de los cuatros requisitos básicos del ejercicio de la jurisdicción.

<sup>3</sup> DE LA CUEVA, Mario. “El nuevo Derecho mexicano del Trabajo”. México DF: Porrúa. 2009. p. 13.

<sup>4</sup> POUND, Roscoe. “A survey of social interests”. En: Harvard Law Review 57. 1943. p. 1.

A la fecha, y luego de muchas décadas de consolidación del Derecho del Trabajo, podemos verificar que los conflictos continúan ligados al devenir de la relación laboral, considerando que, en lo esencial, los intereses de los trabajadores continúan siendo diferentes y opuestos al de los empleadores. La Iglesia Católica, en su Compendio de Doctrina Social, indica que la relación entre capital y trabajo ha sido siempre una fuente de conflictos fundamentalmente basados en el *quantum* de la retribución, ya que el dueño del capital persigue una ganancia o rentabilidad y a menudo el trabajador depende del valor o monto del salario. En tal escenario –y volviendo al objeto del presente artículo– resulta central resaltar la natural diferencia entre los conflictos jurídicos y los conflictos de intereses, conceptos que constituyen la base para desarrollar, luego, la diferencia entre el arbitraje jurídico y el económico.

Tal dicotomía conceptual no es una mera disquisición teórica que pretenda sólo enriquecer el mundo de las ideas; por el contrario, tiene consecuencias muy importantes en el plano fáctico. A efectos de demostrar tal aseveración, resaltaremos las diferencias entre ambos tipos de arbitraje en función de cinco aspectos de singular relevancia: (i) Clases de conflictos laborales; (ii) ejercicio de la jurisdicción; (iii) concurrencia de voluntades; (iv) naturaleza del laudo emitido; y, (v) mecanismo de impugnación.

De esta manera, será bastante más claro comprender la citada distinción, pues permitirá abordar los límites y aplicación de un medio de solución de conflictos que ha adquirido una especial relevancia en los últimos años.

### III. CLASES DE CONFLICTOS LABORALES Y LOS INTERESES INVOLUCRADOS

Dado que los conflictos siempre van de la mano con las relaciones laborales, es necesario que aquellos sean resueltos de una manera salomónica a través de la cooperación de sus principales protagonistas. Tal colaboración adquiere especial relevancia, pues el trabajo es base del bienestar social y medio de realización de la persona.

El Estado, mediante diversas instituciones jurídicas, busca el bienestar común, reduciendo la cantidad de conflictos, brindando seguridad a las relaciones que surjan y creando canales

para que su realización tienda a ser más eficiente o justa, dependiendo de cada sociedad. Sin embargo, no siempre es posible verificar tal estado funcional, pues eventualmente, los conflictos, a causa de los intereses particulares, individuales o colectivos de sus integrantes, no logran ser solucionados con prontitud.

Como ya se señaló, en el ámbito de las relaciones laborales, por un lado, los deseos de cada trabajador suelen ostentar un matiz económico (mayor rentabilidad a sus horas de trabajo para su empleo en tiempos de descanso, mejores condiciones del empleo, entre otras), y también aspectos volitivos (la existencia de un trato digno, protección de su salud dentro del centro de trabajo, entre otros); por el lado del empleador, podemos verificar la existencia de un interés principal –el cual, en la mayoría de ocasiones, es opuesto al de sus trabajadores– relacionado con la búsqueda de la maximización de sus ingresos mediante la reducción de costos.

Los intereses individuales de los trabajadores, generalmente, son recogidos por sus organizaciones sindicales, las cuales buscan velar por los intereses particulares y colectivos. Cada actor, entonces, buscará lograr el despliegue de sus propios intereses en la realidad a través de los mecanismos que estén a su disposición: Sea mediante mecanismos jurídicos o por vías fácticas.

El conflicto es un resultado ineludible, al verificarse intereses contrapuestos en este tipo de relaciones, por lo que la función del Estado es velar por la resolución de los conflictos, ya sea de manera directa o indirecta. Esto se puede lograr brindando seguridad a través de la expedición de normas jurídicas que resuelvan el conflicto jurídico antes de que se produzca, así como creando canales para que el conflicto sea dirimido.

Seguidamente analizaremos dos clases de conflictos laborales: (i) El jurídico, donde existiendo una norma se reclame su aplicación; y, (ii) el económico, en el que no existe norma, sino que esta se crea.

#### A. Conflictos jurídicos (de aplicación del Derecho)

Antes de la expedición de cualquier norma jurídica, el legislador debe realizar un análisis riguroso de aquellos intereses materiales que deben prevalecer en la sociedad en función de

criterios de eficiencia, de justicia o de oportunidad. Realizado el análisis, se elige el interés y se materializa en una norma.

Sobre el particular, se ha señalado que, con la expedición de una norma (ley, reglamento, convenio colectivo, entre otras), el interés protegido adquiere naturaleza jurídica. En efecto, Pablo Gutiérrez de Cabiedes sostiene que: “La norma sirve así para actuar una coordinación intersubjetiva de intereses, solucionando los conflictos que pueden producirse entre ellos mediante la asignación de determinados sujetos de ciertas posiciones de ventaja o prevalencia frente a otros sujetos”<sup>5</sup>.

Expedida ya la norma, si existiese una controversia respecto a la aplicación o interpretación de aquella, estaremos ante un conflicto jurídico, frente al cual el Derecho brinda a las partes un canal institucional de composición: La actividad jurisdiccional del Estado.

En materia individual, se verifican conflictos jurídicos que parten de la relación entre un trabajador y su empleador –la cual se encuentra signada por una asimetría muy marcada a favor del empleador– en los cuales cualquiera de las partes reclama la aplicación de una norma o del Derecho.

En palabras de Wilfredo Sanguinetti, estos conflictos son: “Exclusivamente conflictos sobre la aplicación del Derecho vigente (el trabajador y el empresario discrepan sobre la procedencia o no de determinado beneficio)”<sup>6</sup>, por lo que sólo cabe la hipótesis de un conflicto intersubjetivo de intereses ya juridificados; es decir, de un interés jurídico.

Por ejemplo, en caso a un trabajador no se le abone un beneficio legal, este puede recurrir al Poder Judicial para ver tutelado su derecho o, previo convenio con el empleador, someterse a un arbitraje laboral jurídico para que

un tercero (árbitro) decida la controversia aplicando el derecho según corresponda<sup>7</sup>. Sea que resuelva el juez o el árbitro, la solución necesariamente implicará subsumir un supuesto de hecho dentro de los alcances de una norma para así aplicar las consecuencias previstas por el ordenamiento jurídico, resolviéndose claramente un conflicto jurídico. No existe, en este caso, creación alguna de normas.

Ahora bien, debemos resaltar que los conflictos que involucran intereses jurídicos no son privativos del ámbito del Derecho Laboral individual, pues también se verifican en el ámbito colectivo. Piénsese en el proceso iniciado por una organización sindical contra el empleador por el incumplimiento de un convenio colectivo que afecta los intereses de los trabajadores. En este supuesto de conflicto jurídico colectivo, el sindicato no demanda al Poder Judicial la creación de una norma, sino más bien la aplicación de una norma existente (la cláusula del convenio colectivo ya suscrito y vigente).

## B. Conflictos económicos o de intereses (de creación de normas)

En el caso de los conflictos de intereses o conflictos económicos, nuestro sistema permite que ciertos actores privados –distintos del legislador–, en ejercicio de su libertad, puedan componer su conflicto mediante acuerdos normativos. En estos supuestos de conflicto, también conocidos por Jesús Cruz Villalón como novatorios<sup>8</sup>, los actores crean normas jurídicas.

Este es el caso de la negociación colectiva, la cual busca equilibrar y componer el conflicto de intereses entre trabajadores y empleadores a partir del diálogo entre ellas con la finalidad de establecer o mejorar las condiciones de trabajo y empleo (entendido en el más amplio sentido)<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo. “La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: Colectivos y difusos”. Pamplona: Aranzadi. 1999. p. 140.

<sup>6</sup> *Ibíd.* p. 5.

<sup>7</sup> El arbitraje laboral jurídico solo puede utilizarse cuando se cumplen los requisitos señalados en la Ley 29497.

<sup>8</sup> CRUZ VILLALÓN, Jesús. “Los procesos de conflictos colectivos en materia laboral en España”. En: PRIORI, Giovanni (Editor). “Proceso y Constitución. Las Garantías del Justo Proceso. Ponencias del III Congreso Proceso y Constitución”. Lima: Palestra Editores. 2013. p. 531.

<sup>9</sup> Conforme a la OIT, las condiciones de trabajo y empleo comprenden los salarios, jornadas de trabajo y, también, aspectos remunerativos. Ver: Recomendación 111 de la OIT; subpárrafo 1 del párrafo 2 de la recomendación 91 de la OIT; artículo 2 del Convenio 154 y el Informe de la OIT sobre la V Conferencia Internacional del Trabajo. Reunión 34.1951. Citado por la Comisión de Expertos de la OIT.

El sustento normativo del referido derecho se encuentra en el artículo 28 de nuestra Constitución, el artículo 4 del Convenio 98 de la Organización Internacional del Trabajo<sup>11</sup> [en adelante, OIT], el artículo 7 del Convenio 151 de la OIT<sup>12</sup>, y en otras normas de rango legal y reglamentario.

A criterio del supremo intérprete de la Constitución, en un Estado social y democrático de Derecho, el derecho de negociación colectiva es consustancial con el derecho de libertad sindical, toda vez que su ejercicio potencializa la actividad de la organización sindical en tanto le permite a esta cumplir la finalidad –que le es propia– de representar, defender y promover los intereses de sus afiliados, haciendo posible, real y efectivo el principio de igualdad de oportunidades en el trabajo<sup>10</sup>.

Mario Garmendia reconoce la importancia de la negociación colectiva al señalar que: “[...] Es indudable su contribución a la participación y democratización del funcionamiento de la sociedad en general y a la instituciones laborales en particular [...]”<sup>11</sup>.

En tal escenario, es claro que nuestro ordenamiento jurídico puede brindar seguridad transfiriendo la capacidad de crear normas jurídicas a las partes de cada relación, sea en un contexto de cooperación, como es reconociéndoles autonomía privada, o en un contexto de conflicto económico o de intereses, como es con la autonomía colectiva en los casos de negociación de pliegos de reclamos. De este modo, se brinda un marco en que los distintos intereses puedan ser llevados a la realidad a través de un proceso de creación.

Francesco Carnelutti en su momento señaló que: “En el campo de las relaciones de trabajo y de cualquier otra relación asimilada, la formación de las normas materiales se hace también por otras vías”, por lo cual advirtió que “los estudiosos deben aguzar su investigación a fin de colocarlas en su justo lugar”<sup>12</sup>.

Aquí confluye un interés que no está juridificado, pero que cuenta con mecanismos para ostentar tal condición. Este interés suele denominarse interés económico, el cual es definido por Wilfredo Sanguineti como aquel que: “Gira [...] en torno a la pretensión de una de las partes de obtener de la otra una mejora de las condiciones ya establecidas”<sup>13</sup>.

Este interés, que puede surgir en distintos ámbitos de la sociedad, es desarrollado en una expresión distinta en el marco de una relación laboral, al ser un conflicto que parte de una relación asimétrica que sólo encontrará su despliegue a partir de una acción colectiva de los trabajadores organizados.

### C. Diferencia entre conflictos económicos y jurídicos

La diferencia sustancial entre los conflictos económicos y los conflictos jurídicos no ha pasado inadvertida por la Organización Internacional de Trabajo. Así, la distinción entre una y otra clase de controversia ha sido claramente delimitada por el Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT:

“Generalmente, se realiza una distinción entre dos tipos de conflictos: Por una parte, los conflictos de derechos (a veces también lla-

<sup>11</sup> Nota del Editor: Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva. Artículo 4.- “Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”.

<sup>12</sup> Nota del Editor: Convenio sobre las relaciones de trabajo en la Administración pública. Artículo 7.- “Deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones”.

<sup>10</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 03561-2009-AA.

<sup>11</sup> GARMENDIA ARIGÓN, Mario. “Negociación colectiva: Concepto, funciones y contenidos”. En: *Derecho Laboral* 243. Tomo LIV. 2011. p. 438.

<sup>12</sup> CARNELUTTI, Francesco. “La función del Derecho Procesal del Trabajo”. En: “*Estudios de Derecho Procesal*”. Buenos Aires: Editorial Jurídica Europa-América. 1952. p. 209.

<sup>13</sup> SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “La mediación en los conflictos colectivos del trabajo”. En: GONZÁLEZ-CUÉLLAR, Nicolás (Director). “*Mediación: Método de resolución de conflictos. Estudio interdisciplinario*”. Madrid: Editorial Colex. 2010. p. 4.

mados 'quejas') relativos a la aplicación o la interpretación de un convenio colectivo, y por otra parte, los conflictos de intereses relativos a la determinación de un convenio colectivo o a la modificación a través de la negociación colectiva de los salarios y otras condiciones de trabajo normativas y económicas previstas en un convenio colectivo existente"<sup>14</sup> [sic].

Similar opinión es compartida por Sanguinetti, quien, al analizar la naturaleza jurídica o económica del conflicto laboral, sostiene que:

"[...] Los conflictos jurídicos son aquellos que versan sobre la aplicación o interpretación conforme a Derecho de las normas laborales y convenios colectivos vigentes. En cambio, los económicos carecen de toda base jurídica, ya que tienen su origen en la pretensión de una de las partes –normalmente la social– de obtener un beneficio del que carece o conseguir la mejora de uno existente"<sup>15</sup>.

A criterio del referido autor, la consecuencia inmediata de la diferencia de naturaleza detectada entre ambos tipos de conflicto es la siguiente: "Mientras los jurídicos pueden ser resueltos judicialmente a falta de acuerdo, al tener su fundamento en el Derecho positivo, para los económicos, el único cauce de pacificación está representado por el acuerdo entre partes [...]"<sup>16</sup>.

En la misma línea, Michael Vidal Salazar, al referirse a estos dos tipos de conflictos, señala que el conflicto colectivo novatorio tendrá una discusión que: "Versará sobre asuntos de equidad, justicia o económicos, con motivo de la creación o modificación de una norma", mientras que en el conflicto colectivo jurídico "se discute la aplicación o interpretación de una disposición ya existente"<sup>17</sup>. Siendo la naturaleza de estos dos conflictos distinta por estar o no juridificados, "naturalmente, ni las vías de solución, ni el papel de los sujetos que intervienen en uno y otro tipo de conflicto pueden ser los mismos"<sup>18</sup>, complementa Sanguinetti.

Podemos señalar que en materia de negociación colectiva nos encontramos ante un conflicto colectivo laboral económico en el cual el objetivo es crear normas (en sentido amplio) que compongán los intereses enfrentados. Por su parte, en el caso de los conflictos jurídicos se busca resolver el diferendo en función a normas existentes.

A pesar de tal distinción fundamental, los conflictos de intereses económicos o novatorios han venido siendo tratados en materia de arbitraje de una manera idéntica a los conflictos de intereses jurídico cuando se trata de aplicar control difuso, a pesar que sustancialmente estamos en conflictos de distinta naturaleza y el propio ordenamiento los distingue expresamente cuando regula su origen, naturaleza y medio de impugnación, conforme lo veremos en el punto siguiente.

#### IV. DIFERENCIAS ENTRE EL ARBITRAJE LABORAL JURÍDICO Y EL ECONÓMICO EN NUESTRO ORDENAMIENTO

Al no existir una regulación especial contenida en solo cuerpo normativo para el arbitraje laboral económico, seguidamente citaremos las diversas normas que reflejan claramente el trato diferenciado que este recibe en nuestro ordenamiento en las siguientes materias: (i) Origen del arbitraje; (ii) naturaleza del producto; y, (iii) medio de impugnación.

##### A. Origen: Confluencia de voluntades

###### 1. Arbitraje laboral jurídico

A diferencia de los conflictos económicos, el Poder Judicial tiene jurisdicción para conocer un conflicto laboral jurídico, pudiendo las partes decidir someter este conflicto a la jurisdicción arbitral, quien en este caso complementa al sistema judicial en la resolución de los conflictos.

Siendo la voluntariedad una de las características esenciales de todo arbitraje, el arbitraje

<sup>14</sup> OFICINA INTERNACIONAL DE TRABAJO. "Libertad Sindical y Negociación Colectiva". 1994. Párrafo 255.

<sup>15</sup> SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. "La mediación en los conflictos colectivos de trabajo". En: <http://wilfredosanguinetti.files.wordpress.com/2010/02/mediacion-conflictos-colectivos-uclmwsanguinetti.pdf>

<sup>16</sup> Ibidem.

<sup>17</sup> VIDAL SALAZAR, Michael. "Apuntes sobre los procesos colectivos laborales en el ordenamiento peruano". En: PRIORI, Giovanni (Editor). Óp. cit. p. 547.

<sup>18</sup> SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. Óp. cit. p. 4.

laboral jurídico siempre requerirá del consentimiento de ambas partes para su validez.

En efecto, la Sexta Disposición Complementaria de la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo [en adelante, NLPT], establece con meridiana claridad 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 setenta (70) Unidades de Referencia Procesal [en adelante, URP]”.

A diferencia de las normas anteriores a la NLPT, la referida Disposición añade al consentimiento de las partes dos nuevos requisitos para este tipo de arbitraje: (i) Que la remuneración del trabajador sea de 70 URP; y, (ii) que el convenio se suscriba al término de la relación laboral.

Ello nos lleva a concluir que, en materia de conflictos jurídicos laborales, la regla es que sean conocidos por el Poder Judicial y no por los árbitros, quienes sólo podrán resolver un conflicto cuando se pacte el convenio arbitral por trabajadores que perciban una remuneración mensual de tal magnitud que evidencie una relación de menor asimetría negocial entre las partes.

## 2. Arbitraje laboral económico

En el caso del arbitraje laboral económico, podemos notar que la regla de voluntariedad ha sido recogida también en el artículo 61 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo 010-2003-TR [en adelante, TUO de la LRCT], el cual establece:

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

No obstante ello, el Decreto Supremo 014-2011-TR introduce dos supuestos de arbitraje potestativo o, más propiamente, arbitraje obligatorio a iniciativa de una de las partes: (i) Cuando las partes no se ponen de acuerdo

en la primera negociación, en el nivel o en su contenido; y, (ii) 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.

Sobre el particular, los órganos de control de la OIT opinan por la validez del arbitraje obligatorio (entendido como contrario a la voluntad de una o más de las partes) únicamente en específicos y excepcionales supuestos<sup>19</sup>: Respecto a huelgas en los servicios esenciales —en el sentido estricto del término— y en caso de crisis nacional aguda o en la función pública, admitiéndose también en casos de la suscripción del primer convenio colectivo.

Uno de los supuestos específicos de arbitraje obligatorio indicados por los órganos de control de la OIT lo podemos encontrar en el artículo 68 del TUO de la LRCT:

“Cuando una huelga se prolongue excesivamente en el tiempo, comprometiendo gravemente a una empresa o sector productivo, o derive en actos de violencia, o de cualquier manera, asuma características graves por su magnitud o consecuencias, la autoridad administrativa promoverá el arreglo directo u otras formas de solución pacífica del conflicto. De fracasar ésta, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo resolverá en forma definitiva”.

De esta manera, es claro que la diferencia entre una y otra figura radica en que mientras para la validez de los arbitrajes laborales jurídicos siempre será necesaria la concurrencia de voluntades, para el arbitraje laboral económico existen supuestos excepcionales donde tal confluencia de voluntades no será necesaria.

## B. Naturaleza y efectos del laudo

El aspecto que nos permite afirmar de manera categórica la diferencia entre una y otra figura arbitral es aquel referido a la naturaleza del laudo.

### 1. Arbitraje laboral jurídico

De conformidad con el literal c) del artículo 57 de la NLPT, los laudos arbitrales que resuelven un conflicto jurídico constituyen títulos ejecutivos:

<sup>19</sup> GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto y Horacio GUIDO. “Principios de la OIT sobre la negociación colectiva”. En: Revista Internacional del Trabajo 1. Volumen 119. 2000. pp. 37-59.

“Son títulos ejecutivos: Los laudos arbitrales firmes que, haciendo las veces de sentencia, resuelven un conflicto jurídico de naturaleza laboral”.

En la misma línea, el artículo 59 de dicho cuerpo legal señala claramente que para la ejecución de un laudo que haya resuelto un conflicto jurídico laboral se deberán tener en cuenta las normas generales de arbitraje:

“Los laudos arbitrales firmes que hayan resuelto un conflicto jurídico de naturaleza laboral se ejecutan conforme a la norma general de arbitraje”.

De los artículos 57 y 59 *supra* se desprende claramente que los laudos jurídicos hacen las veces de sentencia (expedida por el Poder Judicial) y resuelven conflictos jurídicos, razón por la cual constituyen, al igual que una sentencia, un título ejecutivo.

Finalmente, el artículo 59 del Decreto Legislativo 1071, cuerpo normativo que regula el arbitraje, establece expresamente que el laudo produce efectos de cosa juzgada<sup>20</sup>.

De esta forma, las normas reconocen que los laudos que resuelven arbitrajes laborales jurídicos hacen las veces de sentencia, siendo títulos ejecutivos y, por tanto, tienen la calidad de cosa juzgada.

## 2. Arbitraje laboral económico

Como anticipamos, los laudos arbitrales que resuelven conflictos económicos laborales tienen una naturaleza diametralmente opuesta a la que tienen los laudos jurídicos. Su naturaleza es la de un convenio colectivo.

Esta especial característica de los laudos económicos ha sido recogida de manera acertada por el artículo 70 del TUO de la LRCT:

“Los acuerdos adoptados en conciliación o mediación, los laudos arbitrales y las resoluciones de la Autoridad de Trabajo tienen la

misma naturaleza y surten idénticos efectos que las convenciones adoptadas en negociación directa”.

En tal escenario, podría surgir la siguiente pregunta: ¿Por qué el laudo arbitral económico puede reemplazar al convenio colectivo? La respuesta es muy sencilla: El arbitraje laboral en la negociación colectiva busca solucionar el problema originado a causa de no haberse arribado a un acuerdo en la etapa de trato directo de la negociación colectiva. De esta manera, se busca componer el conflicto de intereses novatorios, por lo que se requerirá que un tercero dicte una solución conforme a criterios de justicia y de oportunidad y atendiendo a los méritos de fondo del caso, creando la norma jurídica a la que las partes hubieran podido dar a luz.

Esta regulación obedece a la naturaleza de las cosas y al sentido común. La finalidad de un conflicto económico o de intereses es la creación de una nueva norma en materia laboral que genere una mejora en las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores. Si el conflicto es resuelto por las partes que originalmente tienen la competencia para ello —empleador y trabajadores—, entonces la nueva norma laboral se denominará convenio colectivo. Si el conflicto es resuelto por un árbitro o Tribunal Arbitral, el laudo arbitral será también una norma laboral que tendrá la naturaleza de convenio colectivo.

Por lo expuesto en este numeral, resulta claro que laudos arbitrales económicos no tienen la calidad de título ejecutivo, de sentencia o de cosa juzgada<sup>21</sup>.

## C. Impugnación

Nuestro ordenamiento jurídico le otorga un tratamiento distinto al control de los laudos en sede judicial, en función a la naturaleza del conflicto objeto de revisión.

En varios artículos de la NLPT se aprecia que tanto el tipo de proceso como las reglas procesales varían en función a la naturaleza del

<sup>20</sup> Artículo 59.- Efectos del laudo.

[...]

2. El laudo produce efectos de cosa juzgada.

<sup>21</sup> Por ello, pensamos que la aplicación supletoria de las normas generales de arbitraje (según lo establecido por el Decreto Legislativo 1071) a los arbitrajes económicos podría generar una distorsión en el sistema laboral si no se tienen claramente identificadas las diferencias entre ambos tipos de arbitraje, considerando que dicha norma está pensada para regular laudos que tienen naturaleza de cosa juzgada y título ejecutivo.

arbitraje: Si es jurídico, el proceso será de anulación de laudos y, si es económico, será de impugnación de laudo arbitral económico.

## 1. Arbitraje laboral jurídico

El numeral 2 del artículo 3 de la NLPT le otorga competencia a la Sala Laboral para conocer del proceso de anulación de laudo arbitral **“que resuelve un conflicto jurídico de naturaleza laboral”**, indicando que deberá ser tramitado a conforme a la ley de arbitraje [El énfasis es nuestro].

De esta forma, para la NLPT, el proceso de anulación de laudos permite cuestionar aquellos que resuelven conflictos jurídicos aplicándose las normas generales de arbitraje en materia de anulación de laudos, excluyéndose de este proceso a los laudos que resuelven conflictos económicos.

## 2. Arbitraje laboral económico

El numeral 3 del artículo 3 de la NLPT establece que la Sala Laboral es competente para conocer del proceso de impugnación de laudos arbitrales económicos, proceso que tiene una especial regulación en el Capítulo III del Título II de la NLPT.

El artículo 50 de la NLPT define al laudo arbitral económico como aquél **“que haciendo las veces de convenio colectivo resuelve el conflicto económico o de creación de derechos”**, siendo esta la razón que justifica una regulación particular y separada del proceso de anulación de laudos jurídicos [El énfasis es nuestro].

De este modo, nuevamente se revela la diferencia entre conflicto jurídico y conflicto económico que genera distintos mecanismos de control judicial de los laudos que los resuelven.

## V. EL CONTROL DIFUSO EN LOS ARBITRAJES QUE RESUELVEN CONFLICTOS ECONÓMICOS

Sustentada la clara distinción entre conflictos jurídicos y económicos, y cómo ello genera un tratamiento legislativo profundamente di-

ferente de los laudos arbitrales jurídico y económico, corresponde analizar si el precedente vinculante del Tribunal Constitucional recaído en el expediente 6167-2005-PHC, el cual extiende a los árbitros la aplicación del control difuso cuando se ejerce jurisdicción, también aplica cuando los árbitros resuelven conflictos económicos.

El análisis de este punto dista mucho de ser una mera disquisición teórica ya que, en los últimos años, los laudos arbitrales que dirimen esta clase de conflictos, nacidos del ejercicio del derecho a la negociación colectiva, no realizan ninguna diferencia entre lo jurídico y económico al momento de aplicar el control difuso, al considerar que están ejerciendo función jurisdiccional cuando resuelven conflictos económicos, posición que resulta objetable si examinamos los fundamentos del referido precedente vinculante.

Para ello, partiremos de las definiciones de jurisdicción y control difuso, así como de los fundamentos que le permitieron al Tribunal Constitucional extender a los árbitros el control difuso, para analizar finalmente si conforme al referido precedente los árbitros ejercen o no jurisdicción en arbitrajes laborales económicos.

### A. Jurisdicción

De las definiciones de jurisdicción existentes en la comunidad jurídica nos inclinaremos por considerar las plasmadas por: (i) El Tribunal Constitucional; (ii) la Corte Suprema; y, (iii) dos conocidos juristas.

#### 1. Tribunal Constitucional

El supremo intérprete de la Constitución considera que, en su origen, la acepción ‘jurisdicción’ es la atribución que tienen los órganos estatales encargados de impartir justicia de dirimir los conflictos aplicando las normas legales correspondientes<sup>22</sup>. Sobre esta base, en los expedientes 0023-2003-AI y 6167-2005-PHC, estableció cuatro requisitos del concepto jurisdicción:

<sup>22</sup> El fundamento 6 expresamente señala: “De allí que, en sentido estricto, la función jurisdiccional, siendo evidente su íntima correspondencia con los principios de división de poderes y control y balance entre los mismos, debe entenderse como el fin primario del Estado, consistente en dirimir los conflictos interindividuales, lo cual se ejerce a través del órgano jurisdiccional mediante la aplicación de las normas jurídicas. Por ello es que, tradicionalmente, se ha reservado el término “jurisdicción” para designar la atribución que ejercen los órganos estatales encargados de impartir justicia y aplicar las disposiciones previstas en la ley para quien infringe sus mandatos.”



- a) Conflicto entre las partes.
- b) Interés social en la composición del conflicto.
- c) Intervención del Estado mediante el órgano judicial como tercero imparcial.
- d) Aplicación de la ley o integración del derecho.

## 2. Corte Suprema

La Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, en su resolución del 26 de mayo de 2005, también ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el término jurisdicción:

“PRIMERO: Que, la jurisdicción es aquella potestad para administrar justicia atribuida a los jueces, quienes la ejercen aplicando las normas jurídicas generales y abstractas al caso concreto que deban decidir. Puede definirse como la actividad del Estado encaminada a la actuación del derecho positivo mediante la aplicación de la norma general al caso concreto; es la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos que corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales determinados por leyes, según las normas de competencia y procedimientos que las mismas establezcan, y tratados internacionales; [...]”.

## 3. Doctrina

Un concepto de jurisdicción que consideramos bastante completo es el que propone el jurista Devis Echandía:

“[...] podemos definir la jurisdicción como la soberanía del Estado, aplicada por conducto del órgano especial a la función de administrar justicia, principalmente para la realización o garantía del derecho objetivo y de la libertad y de la dignidad humana, y secundariamente para la composición de litigios o para dar certeza jurídica a los derechos subjetivos, o para investigar y sanciones [sic] delitos e ilícitos de toda clase o adoptar medidas de seguridad ante ellos, mediante la aplicación de la ley a casos concretos, de acuerdo con determinados procedimientos y mediante decisiones obligatorias”<sup>23</sup>.

Por su parte Juan Montero Aroca sostiene que la potestad jurisdiccional se ejerce exclusivamente para la aplicación del derecho objetivo<sup>24</sup>.

De esta manera, podemos notar cómo es que la jurisdicción está íntimamente asociada a la aplicación de la Ley o el Derecho para resolver un conflicto; es decir, a los conflictos jurídicos.

## B. Control difuso

Para abordar el tema del control difuso es necesario dar un paso previo: El de la supremacía de la Constitución. En nuestro sistema de fuentes normativas, el artículo 51 de nuestra ley fundamental señala expresamente que: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente”, por lo que la conclusión lógica es que todo norma de rango inferior se presume constitucional, ya que su sola existencia estaría ya regida por dicha subordinación.

Esta es la llamada presunción de constitucionalidad, la cual enfrenta un gran reto: La complejidad de normas jurídicas que coexisten en un determinado ordenamiento. Es por ello que la Constitución tiene que jugar un rol directriz, como bien reseña Gustavo Zagrebelsky:

“Las Constituciones contemporáneas intentan poner remedio a estos efectos destructivos del orden jurídico mediante la previsión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria incluso para el legislador. El objetivo es condicionar y, por tanto, contener, orientándolos, los desarrollos contradictorios de la producción del derecho, generados por la heterogeneidad y ocasionalidad [sic] de las presiones sociales que se ejercen sobre el mismo”<sup>25</sup>.

Claro está que, en un contexto donde exista una consonancia entre la presunción de constitucionalidad y la realidad, la existencia de un control adicional no sería necesaria, ya que la actividad de creación de normas de por sí debiera cumplir con este tamiz constitucional. Sin embargo, la realidad muestra que la advertida heterogeneidad de normas jurídicas, las cuales no sólo son creadas por

<sup>23</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. “Teoría general del proceso: Aplicable a toda clase de procesos”. Segunda Edición. Buenos Aires: Editorial Universidad. 1997. p. 97.

<sup>24</sup> MONTERO AROCA, Juan. “Introducción al Derecho Jurisdiccional peruano”. Lima: Enmarce. 1999. p. 71.

<sup>25</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. “El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia”. Quinta Edición. Madrid: Trotta. 2003. p. 39.

el Poder Legislativo, lleva a que se generen mecanismos que permitan controlar dicha actividad desde una posición *ex post*, es decir, desde su aplicación. Por ello, el juez juega el rol de evaluar la constitucionalidad de los productos normativos que son expedidos en todo nuestro sistema.

De esta manera, los tiempos en que un juez no podía inaplicar una norma por la concepción rígida de la separación de poderes han sido superados por la concepción del juez garante de la constitucionalidad:

“En el Estado Constitucional, el juez está vinculado a la ley, pero también a la Constitución. Esta doble vinculación del juez –a la ley y a la Constitución– significa que éste sólo está obligado a aplicar leyes constitucionales, de manera que debe hacer un previo juicio de constitucionalidad de la ley. Si entiende que la ley es constitucional (porque cabe hacer de ella una interpretación conforme a la Constitución), entonces debe aplicarla. Pero si la ley no resulta constitucional (porque no cabe hacer de ella ninguna interpretación constitucionalmente adecuada), entonces no está vinculado a ella. En este segundo supuesto, los jueces, en los sistemas de *judicial review*, ‘desplazan’ la ley y resuelven el caso aplicando directamente la Constitución; en los sistemas de control concentrado, los jueces no pueden desplazar la ley sino que vienen obligados a plantear la ‘cuestión’ al Tribunal Constitucional, que es el único órgano llamado a pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley”<sup>26</sup>.

Nuestro sistema cuenta con ambos sistemas: El difuso y el concentrado. Estos controles parten de origen del mismo postulado, el de proteger la supremacía de la Constitución, pero terminan expresándose en dos vías distintas aunque complementarias. Ambos abordan la cuestión de que una norma de rango inferior y contraria a la Constitución pueda estar desplegando efectos, por lo que buscan suprimir esto último. Sin embargo, su diseño hace que tengan efectos distintos.

En el control concentrado de la constitucionalidad de las normas se despliegan los efectos a todo el ordenamiento, es decir, tiene una eficacia *erga omnes*, ya que dicha norma será o expulsada, modificada o extendida al legislador por su adecuación a las directrices constitucionales. En cambio, en el control difuso, sólo se tiene efectos *inter partes*, por evaluarse la constitucionalidad a partir de un litigio, por lo que, además dicho control, tendrá una consecuencia secundaria, que es la protección de una de las partes.

De este modo, podemos definir el control difuso como el poder-deber<sup>27</sup> que ostentan quienes están atribuidos de la potestad jurisdiccional para inaplicar una norma que esté en conflicto con la Constitución ya que, de no ser así, el juez no estaría cumpliendo su principal función: Ser garante de la Constitución. En segundo lugar, pero no menos importante, es que se logra una composición constitucional del conflicto de intereses de naturaleza jurídica.

Mauro Viveiros, en este contexto, señala que el control difuso se despliega de la siguiente forma: “Este tipo de control de constitucionalidad de las normas surge, básicamente, en forma de una cuestión prejudicial, es decir, una cuestión planteada por una de las partes en un proceso judicial, un conflicto de intereses”<sup>28</sup>.

El juez, entonces, realiza un análisis previo sobre si las normas a aplicarse en un proceso son constitucionales, para luego poder componer el conflicto. Resulta importante resaltar que la expresión del control difuso en aras de la protección de la Constitución se da y surge en el litigio.

El modelo de control de la constitucionalidad de las normas, que hoy conocemos como **control difuso**, es una construcción que tiene como punto de gestación la sentencia de Sir Edward Coke de 1610 en el proceso de *The College of Physicians v Dr. Thomas Bonham*, al inaplicar una norma por ir en contra de un principio del Common Law<sup>29</sup>. Dicha sentencia

<sup>26</sup> GASCÓN, Marina y Alfonso GARCÍA. “La argumentación en el Derecho. Algunas consideraciones fundamentales”. Lima: Palestra. 2003. pp. 24-25.

<sup>27</sup> Segundo considerando de la sentencia recaída en el expediente 1680-2005-PA/TC.

<sup>28</sup> VIVEIROS, Mauro. “El control de constitucionalidad: El sistema brasileño como modelo híbrido dual”. Tesis de la Universidad Complutense de Madrid. p. 209. Sobre el particular, estimamos pertinente resaltar que los intereses a los que se refiere el autor son los intereses jurídicos.

<sup>29</sup> REY MARTÍNEZ, Fernando. “Una relectura del Dr. Bonham Case y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la judicial review”. En: Revista Española de Derecho Constitucional 81. 2007. pp. 175-176.

expedida en Inglaterra inspiró, posteriormente, al juez Jhon Marshall de Estados Unidos para que expidiera la famosa sentencia del caso *Marbury v. Madison*, que estableció la figura denominada “*judicial review*”.

Ahora bien, en el Common Law, el *judicial review* sustenta su funcionamiento en la tradición jurídica del precedente como fuente principal y no la ley, como es en nuestro caso. Se resalta que la efectividad del *judicial review* se daba por: “La organización jerárquica de la justicia y la fuerza del principio *stare decisis* [...]. La ley inconstitucional sigue siendo ley, pero queda muerta. El mérito vinculante del precedente conseguirá que ningún juez vuelva a aplicarla. De allí que —mucho después de nacer— en la nomenclatura ideada por la doctrina, el sistema norteamericano se haya calificado de ‘control difuso’ por atribuirse a todos los jueces y de ‘control concreto’ por recaer en el caso particular —con efecto *inter partes*— sin pretensiones de anular la ley”<sup>30</sup>.

Una figura como esta, en un ordenamiento jurídico que gira en torno a la actividad del legislador, tuvo una funcionalidad distinta. En sistema de Derecho Civil, se tuvo que crear, como en nuestro caso, un órgano garante de la constitucionalidad como es el Tribunal Constitucional a fin de concentrar el control de la constitucionalidad y poder, de este modo, declarar con efectos *erga omnes* la inconstitucionalidad de una norma.

En nuestro país se estableció por primera vez el control de constitucionalidad, o control difuso, en el Código Civil de 1936<sup>31</sup>. Fue reconocido luego a nivel constitucional con la Constitución de 1979 y, posteriormente, recogida en el artículo 138 de nuestra actual Constitución, en el Artículo VI del Código Procesal Constitucional y el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. El artículo 138 de la Constitución de 1993 establece que:

“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.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

Si bien es indiscutible que la Constitución de 1993 le otorga a los magistrados del Poder Judicial la atribución del control difuso, el Tribunal Constitucional, en sentencias que resuelven conflictos entre la ley y nuestra Constitución, extendió esta facultad primero a los magistrados del propio Tribunal y luego a los árbitros, básicamente porque ejercen jurisdicción entendida conforme a las definiciones indicadas en el presente artículo.

También le extendió tal facultad a los órganos colegiados y Tribunales de la Administración Pública en el precedente vinculante recaído en el expediente 03741-2004-AA. No obstante, recientemente el propio Tribunal dejó sin efecto tal precedente mediante la STC 4293-2012-PA<sup>32</sup>.

Es importante para los fines del presente artículo identificar a qué tipo de arbitraje se refiere el Tribunal Constitucional en el precedente vinculante que extiende el control difuso a los árbitros. De la revisión de la sentencia 06167-2005-HC, concluimos que este precedente versa sobre un arbitraje jurídico, por las siguientes razones:

- a) El Tribunal Constitucional resolvió un proceso de *habeas corpus* planteado por un árbitro a quien se le inició una investigación fiscal penal. El arbitraje en el que participó no fue uno de negociación colectiva o conflicto laboral económico, sino más bien un conflicto entre dos compañías mineras sujeto a la Ley General de Arbitraje.

<sup>30</sup> RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro. “El control difuso de constitucionalidad de la ley en Chile y en otros países de América”. En: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional 6. 2002. p. 423.

<sup>31</sup> Para una mayor profundización respecto al desarrollo histórico del control difuso, Domingo García Belaunde realiza un exhaustivo estudio respecto a este tema. Ver: GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “Nota sobre el control de constitucionalidad en el Perú: antecedentes y desarrollo (1823–1979)”. En: Revista electrónica de historia constitucional 4. 2003.  
Ver en: <http://www.seminariomartinezmarina.com/ojs/index.php/historiaconstitucional/article/view/202/180>

<sup>32</sup> Básicamente, el Tribunal señala que conceder la atribución del control difuso a los tribunales administrativos implica quebrar el equilibrio entre democracia y constitucionalismo al permitir que quien por imperio de la Constitución no posee legitimidad directa y expresa, pueda hacer ineficaces las normas jurídicas vigentes.

- b) El fundamento 3 del precedente se refiere al arbitraje como un mecanismo orientado a la consecución de la verdad legal en mérito al cual “jueces particulares”, a través de un laudo resuelven un conflicto con validez intrínseca y extrínseca de una sentencia judicial.
- c) El fundamento 8 indica que la jurisdicción arbitral cumple con los 4 elementos esenciales de la jurisdicción, entre los que destaca: La aplicación de la ley o integración del Derecho, que es propio de conflictos jurídicos.

### C. El control difuso en los laudos arbitrales jurídicos y económicos

El arbitraje es concebido de manera clásica como un medio de heterocomposición de conflictos de intereses jurídicos. Sin embargo, en el Derecho del Trabajo, además de los conflictos jurídicos, existen conflictos de intereses novatorios o económicos, en los que se opta por uno de los intereses, sea del sindicato, sea del empleador. Al respecto, Carlos Blancas Bustamante señala que:

“Este arbitraje es distinto, por consiguiente del arbitraje “civil o comercial”, e incluso del previsto en el derecho laboral para la solución de los “conflictos jurídicos”, –al que se refiere el artículo 104 de la Ley Procesal del Trabajo (Ley 26636)–, el cual requiere el acuerdo de partes”<sup>33</sup>.

A nuestro entender, esta distinta naturaleza del arbitraje laboral económico, que crea una nueva norma laboral resolviendo un conflicto de intereses, es central para comprender que los titulares de resolver tal conflicto –trabajadores, empleadores y árbitros cuando corresponda–, no ejercen jurisdicción. Seguidamente desarrollamos esta idea.

De la lectura del artículo 138 de la Constitución claramente se desprende que la atribución del control difuso recae únicamente en los jueces, es decir, quienes pertenecen al Poder Judicial. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional permite entender el

término juez y su potestad del control difuso de una manera laxa, extendiendo esta noción a todo aquel que está investido con la potestad jurisdiccional<sup>34</sup>.

Como hemos revisado en los puntos precedentes, la jurisdicción puede ser definida como aquella función ejercida por los órganos constitucionalmente reconocidos cuya finalidad es solucionar conflictos de intereses jurídicos, así como neutralizar las conductas antisociales y, también, ejercer el control difuso de la constitucionalidad normativa. En ese contexto y retomando el tema arbitral, de conformidad con el Tribunal Constitucional, los árbitros que resuelven una controversia susceptible de ser conocida por el Poder Judicial pueden realizar el control difuso.

Tras una lectura literal de dicho precepto, se podría pensar que todos los árbitros que resuelven conflictos laborales podrían ejercer el control difuso. Sin embargo, debemos reparar que la premisa fundamental para que el Tribunal Constitucional extienda el alcance del control difuso a los árbitros fue en la medida en que estos realicen función jurisdiccional.

En efecto, además de haber indicado en el punto anterior tres razones que permiten advertir que el precedente vinculante analizó un arbitraje jurídico y no económico, en una sentencia posterior, recaída en el expediente 00142-2011-AA, el Tribunal profundizó las razones por las cuales se extiende el control difuso a la jurisdicción arbitral en los fundamentos 22 a 26, ratificando que la razón central para tal extensión se encuentra en el ejercicio de la jurisdicción. A continuación, citamos literalmente el fundamento 24, el cual clarifica nuestra conclusión:

“Siendo el arbitraje una jurisdicción independiente, como expresamente señala la Constitución, y debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional (como las del Poder Judicial), es consecuencia necesaria de ello que la garantía del control difuso de constitucionalidad, prevista en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución,

<sup>33</sup> BLANCAS, Carlos. “El arbitraje laboral en la negociación colectiva”. En: Boletín del Viceministerio de Trabajo 11. 2011. p. 8.

<sup>34</sup> En efecto, la norma fundamental reconoce que la función jurisdiccional también puede ser ejercida por los juzgados y tribunales militares (artículo 139.1 de la Constitución), los tribunales arbitrales (artículo 139.1 de la Constitución), del Jurado Nacional de Elecciones (artículo 184 de la Constitución) y del Tribunal Constitucional (artículo 201 de la Constitución).

pueda también ser ejercida por los árbitros en la jurisdicción arbitral, pues el artículo 138 no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal, como exclusiva de la jurisdicción ordinaria o constitucional; **“por el contrario, la susodicha disposición constitucional debe ser interpretada de conformidad con el principio de unidad de la Constitución, considerando el artículo 51 [...], más aún si ella misma (artículo 38) impone a todos –y no sólo al Poder Judicial– el deber de respetarla, cumplirla y defenderla** (sentencia 3741-2004-AA/TC, fundamento 9)” [El énfasis es nuestro].

De este modo, tanto el precedente vinculante cuanto la sentencia 00142-2011-AA señalan qué es la función jurisdiccional y qué realizan jueces y árbitros cuando resuelven un conflicto jurídico, lo que motiva la extensión de las prerrogativas de los jueces a los árbitros, dentro de las cuales se encuentra la utilización del control difuso.

Una lógica muy simple, entonces, permitirá concluir que ahí dónde los árbitros no resuelven conflictos jurídicos, y por ende, no ejercen jurisdicción, no se les extiende la facultad del control difuso.

Este razonamiento tiene una expresión en el sentido común cuando analizamos la naturaleza de las negociaciones colectivas y los conflictos de intereses que en estas se ventilan. En efecto, si las partes que negocian un convenio colectivo no están facultadas para inaplicar una norma legal por considerarla inconstitucional, ¿por qué los árbitros, a quienes aquellas delegan la solución del conflicto de intereses, sí podrían ostentar tal prerrogativa? ¿Acaso el simple hecho de ser árbitros o de conformar un tribunal arbitral los habilita automáticamente a proceder de esa manera?

En el Perú, a partir del año 2000 la mayoría de laudos arbitrales que han resuelto negociaciones colectivas en el sector público (en entidades que tienen régimen laboral privado) han encontrado en el control difuso la solución para poder inaplicar las normas de presupuesto, sustentando tal atribución en el citado precedente vinculante del Tribunal Constitucional.

Nosotros consideramos que esta postura no es compatible con los precedentes del Tribunal Constitucional. La razón esencial para que el referido Tribunal extienda a los árbitros la facultad de aplicar control difuso, repetimos, es para aquellos casos que buscan resolver un conflicto de interés jurídico susceptible de ser analizado por el Poder Judicial; esto es, cuando desarrollan función jurisdiccional. Los conflictos de intereses o económicos, al no ser conflictos jurídicos, no son resueltos por el Poder Judicial. Por tanto, quien los resuelve, sean las partes o los árbitros, no ejercen jurisdicción pues la naturaleza del conflicto es de creación de una norma.

Consideramos pertinente citar un fragmento del reciente precedente vinculante contenido en la sentencia recaída en el expediente 4293-2012-PA que concluye, dejando sin efecto otro precedente vinculante, que los tribunales administrativos no pueden ejercer el control difuso por cuanto no ejercen jurisdicción:

“33. a. En primer término, cuando la Constitución regula esta atribución, no sólo establece la residencia en el Poder Judicial –dado que está considerada en el Capítulo pertinente a dicho poder del Estado–, sino que en la redacción del mismo se expone, luego de afirmar que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y la ejerce el Poder Judicial, la forma en que deban proceder los jueces y no cualquier otro funcionario público. De modo que los alcances de esta disposición en el mejor de los casos pueden ser extensivos a todos los que desempeñen una función jurisdiccional, por mandato de la Constitución, pero en modo alguno puede considerarse dentro de tales alcances a los tribunales administrativos”.

En este reciente precedente vinculante, el Tribunal Constitucional ratifica, nuevamente, que la premisa esencial para la aplicación del control difuso es el ejercicio de la función jurisdiccional.

En definitiva, en el arbitraje laboral económico no estamos frente a un mecanismo de heterocomposición de intereses jurídicos, sino frente a una forma de expresión de la autonomía colectiva. Darle una naturaleza jurisdiccional<sup>35</sup> a

<sup>35</sup> Más aun cuando no es tan pacífico esbozar que el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional. Para una profundización a esta discusión desde el arbitraje comercial, ver: BULLARD GONZÁLES, Alfredo. “El Dilema del Huevo y la Gallina: El Carácter Contractual del Recurso de Anulación”. En: Derecho & Sociedad 38. 2012. p.18.

esta clase de arbitraje es desconocer la funcionalidad en la que se expresa en otros campos distintos al jurisdiccional.

Así, la negociación colectiva es la forma de resolución del conflicto intersubjetivo de intereses novatorios que es sustituida por el arbitraje. En este contexto, no estamos frente a una sustitución, alternativa o complemento de la actividad jurisdiccional pues en la negociación colectiva no hay ejercicio de función jurisdiccional, como tampoco hay una identidad entre el laudo arbitral y la sentencia judicial, sino con un convenio colectivo<sup>36</sup>. No se puede asignar al arbitraje que resuelve conflictos económicos una función jurisdiccional sólo en base a que hay una identidad en el nombre<sup>37</sup>, sin evaluar a qué sustituye. No estaríamos, entonces, en el supuesto del artículo 138 de nuestra Constitución.

VI. COLOFÓN

A lo largo del presente artículo hemos desarrollado la diferencia entre los conflictos jurídicos y los conflictos económicos de acuerdo a cinco aspectos: (i) Clase de controversia; (ii) ejercicio de la jurisdicción; (iii) concurrencia de voluntades; (iv) naturaleza del laudo emitido; y, (v) mecanismo de impugnación.

En el cuadro siguiente, reproduciremos un resumen del presente artículo.

A partir de tal distinción, resulta evidente que los arbitrajes que resuelven conflictos económicos no pueden ser abordados con la misma óptica con la que se analiza un conflicto jurídico por existir sendas diferencias entre ambas instituciones.

Así, no siempre en todo arbitraje estaremos ante el ejercicio de una función jurisdiccional conforme al precedente vinculante del Tribunal Constitucional, siendo necesario analizar la naturaleza del conflicto para concluir ante qué tipo de arbitraje estamos.

El Derecho expresa un orden a partir del cual se construye lo que llamamos seguridad jurídica, no siendo ajeno de esta consideración el arbitraje laboral en los casos que sustituye a la negociación colectiva. Este arbitraje laboral, recordando las palabras de Canelutti, tiene que estar en su justo sitio, diferenciándose claramente del arbitraje laboral jurídico.

Démosle un justo sitio al arbitraje laboral económico, reconozcamos su naturaleza y especialidad, brindémosle un estatuto particular que así lo reconozca y reflexionemos críticamente sobre su aplicación. Sólo así garantizaremos una aplicación correcta y duradera de tan importante institución jurídica en el Derecho del Trabajo.

Cuadro: Principales diferencias entre el arbitraje laboral jurídico y el arbitraje laboral económico

| Descripción                      | Arbitraje laboral jurídico           | Arbitraje laboral económico                                                                         |
|----------------------------------|--------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Clase de conflicto               | Jurídico                             | Económico                                                                                           |
| Se ejerce función jurisdiccional | Sí (precedente vinculante del TC)    | No                                                                                                  |
| Concurrencia de voluntades       | Voluntario                           | Regla general: Voluntario.<br>Excepción: Obligatorio (a iniciativa de una de las partes o por ley). |
| Naturaleza del laudo             | Título ejecutivo (sentencia)         | Convenio colectivo                                                                                  |
| Impugnación                      | Proceso de nulidad de laudo arbitral | Proceso especial: Impugnación de laudo arbitral económico                                           |

<sup>36</sup> Debemos recordar que el artículo 76 de la Ley de Relaciones Colectivas del Trabajo señala que el laudo arbitral tiene la misma naturaleza y surte idénticos efectos que las convenciones colectivas adoptadas en negociación directa.

<sup>37</sup> Del mismo modo, no porque estemos frente al Poder Judicial siempre se estará ante función jurisdiccional, ya que hay otras funciones que el mismo ejerce.

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

- 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.

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

- 1) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos: "La naturaleza del arbitraje en la negociación colectiva" en soluciones laborales N° 46, editorial Gaceta Jurídica, Lima, octubre de 2011.



# **SOLUCIONES** ✓ **LABORALES**



**SECTOR PRIVADO**





## SOLUCIONES LABORALES PARA EL SECTOR PRIVADO

### LA NATURALEZA DEL ARBITRAJE EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

*Carlos Blancas BUSTAMANTE<sup>(\*)</sup>*

#### I. Los conflictos en materia laboral

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

tiene efectos normativos sobre las relaciones individuales de trabajo a las que se aplica y, por consiguiente, es considerado como una fuente de derecho objetivo.

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

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

#### II. El arbitraje en los conflictos colectivos económicos

Los conflictos colectivos económicos se expresan, y deben encontrar su solución natural, en la negociación colectiva. Esta es un proceso de intercambio entre los empleadores y los trabajadores, en el que no solo 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

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

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

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

- La Autocomposición, basada en el arreglo directo del conflicto por las propias partes; y
- La Heterocomposición, por la cual el conflicto es resuelto por un tercero, ajeno a las partes, pudiendo distinguirse a su vez entre los procedimientos obligatorios y los voluntarios, según que la intervención del tercero se produzca por disposición de la ley o por acuerdo de las partes.

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 periodos, afectando la paz social, y, asimismo, que las partes de las controversias satisfagan, cuando menos de forma parcial, sus pretensiones.

La conciliación y la mediación son mecanismos de autocomposición del conflicto en la medida en que la decisión final acerca de cualquier fórmula de solución corresponde a las partes, aunque, a diferencia de la negociación directa, ambos procedimientos se caracterizan por la intervención de un tercero cuya presencia tiene por objeto ayudar a las partes a encontrar

el acuerdo que no han podido lograr por sí solas, teniendo dicho tercero un mayor grado de intervención y protagonismo en la mediación que en la conciliación, pues en aquella puede llegar, incluso a elaborar y someter a consideración de las partes fórmulas de solución.

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

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

El arbitraje voluntario, como en general en el Derecho Privado, tiene como origen la común voluntad de las partes de someter la controversia a la decisión de un tercero. La legitimación de este para dictar una solución vinculante para las partes radica, precisamente, en la manifestación de voluntad de ambas, la cual lo investe de la potestad de dirimir el conflicto, con efectos vinculantes. Mirando hacia el Derecho Laboral, se puede distinguir, a su vez, entre el arbitraje para adoptar la decisión de someter el diferendo al arbitraje, sino que deciden qué persona o institución lo realizará, o la propia conformación del órgano arbitral (arbitraje

unipersonal o colegio arbitral), y el arbitraje “institucional público”, en el cual una vez tomada la decisión de las partes de someterse a un arbitraje, este, necesariamente, queda a cargo de un órgano arbitral preestablecido, de carácter público, el cual, según los ordenamientos, puede ser la Administración del Trabajo o tribunales o cuerpos colegiados creados por el Estado para ejercer esta función, con el objeto de facilitar a las partes recurrir a este mecanismo al contar con órganos establecidos para ello.

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

Finalmente, el arbitraje potestativo (solución *procedimental rogada* la llama Alonso Olea<sup>(1)</sup>) es una clase de arbitraje que tiene lugar a petición de

(1) ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia. *Derecho del Trabajo*. Décimo novena edición, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2001, p. 1.000.

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 a aquel.

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

Como antes se ha señalado, el Artículo 28 inciso 2 de la Constitución señala expresamente que el Estado (...) *Promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.*

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

**los conflictos laborales** (subrayado agregado).

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

En cuanto al primer aspecto, el fomento se viabiliza a través de la expedición de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo para el caso de la actividad privada.

En cuanto al segundo, la promoción se viabiliza según la norma anotada, a través de los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje. (STC N° 008-2005-PI/TC, FJ.35).

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

Esta promoción se justifica en razón de las dos consideraciones siguientes:

- Asegurar que el desacuerdo entre los agentes negociadores no se prolongue indefinidamente en el tiempo, de modo que se consolide la paz laboral y el normal desarrollo de la actividad económica.
- Otorgar satisfacción mancomunada, por la vía pacífica, a las pretensiones de las partes

contendientes en el conflicto laboral. (STC N° 008-2005-PI/TC, FJ.35).

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

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

Respecto a la conciliación el TC afirma que: “La labor conciliadora consiste en apaciguar y frenar la confrontación. Atenuar las diferencias, propiciar un diálogo constructivo y sugerir vías de entendimiento”<sup>(3)</sup>. Indica, asimismo, que: “En puridad, el conciliador interpone sus ‘buenos oficios’ a efectos de que las partes se avengan a encontrar por sí mismas el acuerdo que ponga fin al conflicto”<sup>(4)</sup>.

Acerca de la mediación, asevera que esta “(...) se produce de una forma interventiva, a través de la cual un tercero neutral propone, a pedido de las partes en conflicto, alternativas de solución. Estas pueden ser aceptadas o desestimadas por los agentes negociadores”<sup>(5)</sup>. En este caso, “el tercero interviniente en la solución del conflicto, juega como mediador un rol más activo que como conciliador,

(2) Aprobado por el Decreto Supremo N° 010-2003-TR.

(3) STC Exp. N° 008-2005-PI/TC, f.j. 36.

(4) Ibidem. La conciliación, indica Pasco Cosmópolis, “consiste en tratar de acercar las posiciones contrapuestas, atenuar las divergencias, persuadir a la parte reacia, sugerir vías de entendimiento, propiciar el diálogo constructivo. Pero no más. En definitiva, la solución queda librada a la decisión de las partes, a la confluencia de sus voluntades”. (PASCO COSMÓPOLIS. Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo. AELE, Lima, 1997, p. 162).

(5) STC Exp. N° 008-2005-PI/TC, f.j. 37.

en razón de que directamente sugiere las propuestas de solución<sup>(6)</sup>.

A diferencia de la conciliación y la mediación, el arbitraje es un mecanismo de heterocomposición del conflicto, en cuanto “se trata de una forma interventiva a través de la cual un tercero neutral establece, por medio de un laudo, la solución del conflicto”<sup>(7)</sup>. Al respecto, el Tribunal Constitucional, señala que:

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

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

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

del derecho fundamental a la negociación colectiva.

#### IV. El arbitraje “potestativo” en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo

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

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

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

Artículo 63.- Durante el desarrollo de la huelga los trabajadores podrán, asimismo, proponer el sometimiento del diferendo a arbitraje, en cuyo caso se requerirá de la aceptación del empleador”.

A su vez, el Reglamento de la ley, aprobado por el Decreto Supremo N° 011-92-TR, señala lo siguiente:

“Artículo 46.- Al término de la negociación directa, o de la conciliación, de ser el caso, según el

Art. 61 de la Ley, cualquiera de las partes podrá someter la decisión del diferendo a arbitraje, salvo que los trabajadores opten por ejercer alternativamente el derecho a huelga, de conformidad con el artículo 62 de la ley (...).

Artículo 47.- En el caso contemplado por el artículo 63 de la Ley, los trabajadores o sus representantes podrán proponer por escrito al empleador el sometimiento del diferendo a arbitraje requiriéndose la aceptación escrita de este. Si el empleador no diera respuesta por escrito a la propuesta de los trabajadores en el término del tercer día hábil de recibida aquella, se tendrá por aceptada dicha propuesta, en cuyo caso se aplicarán las normas relativas al procedimiento arbitral. El arbitraje procederá si se depone la huelga”.

Como se puede apreciar, el arbitraje, previsto para la solución definitiva de las negociaciones colectivas, —cuando estas no se solucionan en la negociación directa— posee características singulares, siendo la más importante de ellas, el hecho de que se presenta como una opción excluyente respecto del derecho de huelga. En este sentido, corresponde a los trabajadores, elegir entre la huelga o el arbitraje cuál es la vía más eficaz para resolver el conflicto. De optar por la huelga ya no podrán, en principio, recurrir al arbitraje pues, como lo precisa el artículo 63 del TUO-LRCT, si luego de ejercer esta opción varían de criterio y desean someter el conflicto al arbitraje, esta decisión

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

(7) STC Exp. N° 008-2005-PI/TC, f.j. 38.

(8) PASCO COSMÓPOLIS. Ob. cit., p. 177.

(9) STC Exp. N° 008-2005-PI/TC, f.j. 38.



—la de recurrir al arbitraje— requiere la aceptación del empleador, pues se reconoce a este el derecho de negarse. En esta hipótesis, —es decir, en la del desistimiento de la huelga para optar por el arbitraje— la ley exige la expresión de la voluntad concurrente del empleador, por lo que no bastará que los trabajadores se desistan de la huelga y pidan el arbitraje para que este tenga lugar, sin la anuencia del empleador.

Otra característica del arbitraje en la negociación colectiva, es que, como resultado de la interpretación sistemática de las normas de la ley (arts. 61 a 63) especialmente la correlación entre los artículos 61 y 63, aquel se configura como un arbitraje “potestativo”, en el sentido de que la decisión de someter el conflicto al arbitraje corresponde a los trabajadores, debiendo en tal caso el empleador someterse a dicho procedimiento, sin tener la facultad de oponerse o negarse, salvo en el supuesto contemplado en el artículo 63.

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

Como lo explica Pasco Cosmópolis, el arbitraje regulado en el TUO-LRCT no es obligatorio ni tampoco voluntario, sino “potestativo”. Así sostiene que: “La figura se asemeja mucho más al arbitraje obligatorio, y ha sido denominada como arbitraje potestativo en la medida en que confiere a una de las partes o a ambas la potestad de arrastrar la decisión ajena con la propia. Así acontece en el sistema mexicano, que

define el arbitraje como potestativo para los trabajadores pero obligatorio para los patrones. La LRCT peruana se inclina por una modalidad similar, lo cual es corroborado por su Reglamento”<sup>(10)</sup>.

#### **V. El arbitraje “potestativo” dentro del sistema de solución de los conflictos laborales previsto en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo**

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

Esto quiere decir que, fracasada la negociación directa, la parte sindical tiene dos opciones: el arbitraje o la huelga, es decir, la solución pacífica o la solución de fuerza. No existe discusión alguna acerca de que la huelga es un derecho fundamental, pues así lo reconoce el artículo 28 de la Constitución, por lo que la eventual opción de los trabajadores por la huelga representa el ejercicio legítimo de un derecho que merece tutela en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, es obvio que la huelga no forma parte del elenco de “soluciones pacíficas” del conflicto laboral a que se refiere el numeral 2 del precepto constitucional, en la medida en que significa el agudizamiento y radicalización del conflicto laboral, situación esta que, precisamente, se quiere evitar al ofrecer a los trabajadores la posibilidad de someter el diferendo a una autoridad

imparcial que pueda establecer una solución justa de este. En forma alguna resulta posible interpretar, por consiguiente, que cuando el artículo 28.2 de la Constitución establece que el Estado “promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales”, ello significa que también debe promover la huelga. Es evidente que este deber promocional se circunscribe a los mecanismos conocidos de “solución pacífica”, esto, es, la conciliación, la mediación y el arbitraje, pues a tenor del juego entre la oración inicial y los tres incisos del artículo 28 de la Constitución se puede establecer lo siguiente:

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

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

(10) Pasco Cosmópolis. Ob. cit., p. 179.

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

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

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

“En buena cuenta mediante el ejercicio del derecho de negociación colectiva se busca cumplir la finalidad de lograr el bienestar y la justicia social en las relaciones

que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social.

De este modo, en algunas ocasiones, el derecho de negociación colectiva se hace efectivo a través de la celebración de acuerdos, contratos o convenios colectivos. Por dicha razón, resulta válido afirmar que la negociación colectiva constituye el medio primordial de acción de la organización sindical para la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios” (STC N° 03561-2009-AA/TC, f.j. 20).

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

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

Sostenemos, por ello, que la normativa vigente (TUO-LRCT y su Reglamento) han establecido el arbitraje “potestativo” y no “voluntario”, recogiendo el sentido de la norma

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

Esta interpretación es coherente y sólida, pues si el supuesto del artículo 61 fuera el del arbitraje “voluntario”, siendo, por tanto, requisito la aceptación del empleador en caso de haberlo solicitado los trabajadores, entonces la frase final del artículo 63 que reza “en cuyo caso se requerirá de la aceptación del empleador” no tendría objeto, pues conforme al artículo 61 en cualquier caso –y no solo cuando los trabajadores se desisten de la huelga para proponer el arbitraje– dicha aceptación sería necesaria. Precisamente porque el artículo 61 se basa en el supuesto de que cualquiera de las partes puede someter el conflicto al arbitraje –no siendo necesaria la aceptación del empleador si los trabajadores optaron por él en lugar de por



la huelga—, es que el artículo 63 precisa que, en la hipótesis opuesta, es decir, cuando los trabajadores optaron por la huelga pero, luego, se desistieron de ella y proponen el arbitraje, la aceptación del empleador es requisito indispensable para someter el diferendo al arbitraje. Se trata, de una exigencia que está destinada, en sintonía con el artículo 28.2 de la Constitución, a promover la solución pacífica de los conflictos laborales, ya que limita el posible “juego” que podría hacer la parte sindical, optando inicialmente por la huelga para luego pedir el arbitraje.

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

En sentido coincidente con esta interpretación sistemática del TUO-LRCT, el Reglamento precisa, en su artículo 46, que: “Al término de la negociación directa, o de la conciliación, de ser el caso, según el artículo 61 de la Ley, cualquiera de las partes podrá someter la decisión del diferendo a arbitraje, salvo que los trabajadores opten por ejercer alternativamente el derecho de huelga, de conformidad con el artículo 62 de la Ley” (subrayado agregado).

A nuestro juicio, el precepto reglamentario se ajusta, perfectamente (*secúmdum légem*), a la norma de la ley, que fluye de la interpretación sistemática y concordada de

los artículos 61 y 63 de esta, precisando sus alcances. De ello se deduce que es facultad de una sola de las partes someter la controversia al arbitraje, en particular, la parte laboral cuando esta opta por el arbitraje y no por la huelga, lo que demuestra que la negativa de la demandada a acudir al arbitraje carece de asidero legal e implica la vulneración del derecho a la negociación colectiva.

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

Una reciente, cuanto importante, sentencia del Tribunal Constitucional, contiene un pronunciamiento favorable a la concepción del arbitraje en la negociación colectiva como uno de carácter potestativo. En efecto, la STC Exp. N° 03561-2009-AA/TC, se pronuncia en relación con la demanda de amparo del Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao (Sutramporc) contra la Asociación Peruana de Operadores Portuarios (Asppor), la Asociación Peruana de Agentes Marítimos (APAM) y la Asociación Marítima del Perú (Asmarpe), ante la negativa de dichas organizaciones de empleadores de negociar en el nivel de rama de actividad, sosteniendo que la negociación colectiva debía realizarse en el ámbito de cada empresa.

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

“Declarar inaplicable a las partes del presente proceso la segunda oración del primer párrafo del artículo 45 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, cuyo texto

dispone que ‘a falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa’”.

En concordancia, en el numeral 4 señala lo siguiente:

“Precisar que a falta de acuerdo para decidir el nivel de negociación, este deberá ser determinado mediante el arbitraje, sin que exista previa declaración de huelga”.

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

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

Resulta innecesario subrayar que el “arbitraje” para decidir el “nivel de la negociación colectiva” no está previsto por el TUO-LRCT, por lo que se trata de una decisión jurisprudencial adoptada por el TC en

el marco de las denominadas “sentencias interpretativas-manipulativas sustitutivas”, que “Son aquellas en donde el órgano de control de la constitucionalidad declara la inconstitucionalidad parcial de una ley y, simultáneamente, incorpora un reemplazo o relevo del contenido normativo expulsado del ordenamiento jurídico; vale decir, dispone una modificación o alteración de una parte literal de la ley. Ahora bien, debe aclararse que la parte sustituyente no es otra que una norma ya vigente en el ordenamiento jurídico” (STC Exp. N° 00004-2004-CC/TC, f.j. 3.3.3.) (subrayado agregado)<sup>(11)</sup>.

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

En este esquema, el susodicho arbitraje solo puede entenderse como “potestativo” y no voluntario, pues si, descartando la opción de la huelga, los trabajadores optan por el arbitraje y se reconoce al empleador la facultad de rechazarlo, entonces lo resuelto por la STC 03561-2009-AA/TC queda en nada y deviene totalmente inocuo. Y es que resulta obvio que el propósito de la sentencia al declarar fundada la demanda por estimar que se ha vulnerado el derecho

a la negociación colectiva del sindicato demandante ante la negativa de la parte empleadora de negociar a nivel de rama, quedaría, igualmente frustrado, por la negativa de esta misma parte a definir el nivel de negociación mediante un arbitraje. En esta hipótesis, la sentencia sería papel mojado, letra muerta, pues habría dejado en manos de aquellos a quienes imputa la lesión del derecho a la negociación colectiva decidir si acatan o no la sentencia, esto es, si persisten, o no, en su conducta lesiva de aquel derecho. En tal virtud, la sentencia no cumpliría con satisfacer la finalidad restitutoria del derecho vulnerado, que es propia del proceso de amparo, a tenor de lo que establece el artículo 1 del CPCO.

Para despejar cualquier duda interpretativa al respecto, el TC expidió, de oficio, la resolución aclaratoria de fecha 10 de junio de 2010 en la cual precisa los alcances de la sentencia a partir de la interpretación del artículo 61 del TUO-LRCT. Al respecto, señala que el arbitraje previsto en dicho precepto “(...) es de carácter potestativo. En tal sentido, sometido el diferendo a arbitraje por cualquiera de las partes, la otra tiene el deber de someterse a este”.

Recientemente, el Poder Ejecutivo ha expedido el Decreto Supremo N° 014-2011-TR agregando el art. 61-B en el texto del reglamento, en el cual se establece el arbitraje potestativo pero limitado a uno de los siguientes supuestos de hecho: i) cuando las partes no se pongan de

acuerdo en la primer negociación, en su nivel o contenido, y ii) cuando durante la negociación colectiva se adviertan actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo.

Esta norma, no cuestiona, por tanto, la existencia del arbitraje voluntario, que estaría previsto en el artículo 61 del TUO-LRCT y en el artículo 46 del Reglamento, sino que admite la existencia del arbitraje potestativo únicamente cuando la falta de acuerdo entre las partes obedezca a alguno de los supuestos antes mencionado. Como se puede advertir, esta norma, si bien admite la existencia del arbitraje potestativo, tiene un contenido restrictivo respecto de la posición asumida por el Tribunal Constitucional para el cual el contenido del artículo 61 de la ley establece un arbitraje de carácter potestativo, aplicable, por tanto, a cualquier caso en que las partes no arriben a acuerdo en la negociación directa, o la conciliación, y no solo a los supuestos que señala el decreto reglamentario. Es evidente, por ello, que la lectura que hace el Poder Ejecutivo de la resolución del TC, es incorrecta y mutila sus alcances, dejando abierta la puerta a la prolongación de conflictos derivados de la negociación colectiva, cuando no se pueda acreditar que la falta de solución a estos obedece a la mala fe del empleador, lo que marcha en sentido contrario al deber constitucional que tiene el Estado de fomentar la negociación colectiva y promover la solución pacífica de los conflictos laborales.

(11) “(...) las sentencias sustitutivas se caracterizan por el hecho de que con ellas el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de una ley en la parte en la que prevé una determinada cosa, en vez de prever otra. En ese caso, la decisión sustitutiva se compone de dos partes diferentes: una que declara la inconstitucionalidad de un fragmento o parte de la disposición legal impugnada, y otra que la ‘reconstruye’, a través de la cual el Tribunal Constitucional procede a dotar, a la misma disposición, de un contenido diferente, de acuerdo con los principios constitucionales vulnerados” (STC N° 00010-2002-AI/TC, f.j. 31).

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

- 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.



## SOLUCIONES LABORALES PARA EL SECTOR PRIVADO

### EL ARBITRAJE LABORAL INDIVIDUAL A LA LUZ DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO

*Jorge Orlando ÁGREDA ALIAGA<sup>(\*)</sup>*

#### RESUMEN EJECUTIVO

*En el presente artículo, el autor analiza el arbitraje laboral individual a la luz de la nueva normativa procesal. Considera positivo de que la Ley N° 29497 regule esta institución sujeta a límites que permiten no generar perjuicio en los trabajadores, y permita que la impartición de justicia llegue a más personas de modo rápido y eficiente.*

#### I. Ideas preliminares

Como sabemos, el arbitraje ha sido concebido como una alternativa para la solución de conflictos que versen sobre materias de carácter disponible, en donde las partes libremente someten cualquier controversia que se pudiese generar entre ellas a un tribunal privado, independiente de los órganos jurisdiccionales estatales, pero cuyas decisiones siguen siendo vinculantes.

Ciertamente, no se puede obviar que, como característica fundamental de esta institución, debido a su carácter oneroso, las partes de un proceso arbitral se encuentran en una situación de igualdad material. En tal sentido, el mismo Tribunal Constitucional, tomando en consideración lo expuesto, ha señalado que “no es extraño que se discutan materias de considerable cuantía económica” o que se trate de “controversias que oponen en mayor medida a empresas”<sup>(1)</sup>.

Por su parte, el arbitraje en materia laboral no es una novedad o un invento reciente. Por ejemplo, es una herramienta utilizada permanentemente en las relaciones colectivas de trabajo (no necesariamente desde el punto de vista de solución de controversias, sino desde uno referido a satisfacción de intereses económicos) y, que, a pesar de algunos inconvenientes en su regulación, puede jactarse de resultados satisfactorios.

Sin embargo, 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”.

(\*) Abogado asociado al Estudio Pizarro, Botto & Escobar. Adjunto de Docencia de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(1) STC Exp. N° 1567-2006-PA/TC. Fundamento 12.

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 setenta (70) Unidades de Referencia Procesal (URP)”.

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.

## II. Validez de los convenios arbitrales en materia laboral individuales

Como lo hemos mencionado previamente, existen dos grandes momentos relacionados con el arbitraje en materia laboral individual.

El primero de ellos se presenta con la entrada en vigencia de la Ley Procesal del Trabajo (Ley N° 26636), en donde la posibilidad de someter a arbitraje era completamente abierta, es decir, cualquier trabajador y en cualquier momento podía pactar con su empleador el sometimiento a arbitraje de cualquier controversia.

El segundo momento es mucho más reciente, y corresponde a la publicación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley N° 29497), en la cual si bien es cierto que se reconoce la posibilidad de someter a arbitraje las controversias derivadas de una relación laboral, esta se encuentra condicionada a que el convenio arbitral sea suscrito al momento de la extinción del vínculo laboral y que el trabajador comprometido perciba una remuneración que sea superior a las setenta (70) unidades de referencia

procesal (es decir, en el 2010, superiores a S/. 25,200.00).

Como es obvio, durante la vigencia de nuestra anterior Ley Procesal del Trabajo surgieron una serie de cuestionamientos, debido a la extrema libertad que tenían las partes para pactar convenios arbitrales, lo que ciertamente traía como consecuencia la presencia de abusos en los mismos.

En concordancia con lo anterior, consideramos que es necesario determinar la validez o no de los convenios arbitrales suscritos con los trabajadores, a la luz de los criterios y principios que inspiran nuestra disciplina.

### 1. Principio de irrenunciabilidad y “materias de libre disposición”

De acuerdo con lo dispuesto por el inciso 2.1. del artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1071 (Nueva Ley de Arbitraje), “pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen”<sup>(2)</sup>. Al respecto, mucho se podría discutir si el sometimiento

de controversias de índole laboral individual supone un desconocimiento del principio de irrenunciabilidad de derechos.

Como es sabido, el principio de irrenunciabilidad es definido como la imposibilidad jurídica de disponer de manera voluntaria de uno o más beneficios concedidos por el Derecho del Trabajo<sup>(3)</sup> o también como la prohibición de actos de disposición por parte del titular de un derecho cuyo origen sea una norma imperativa, bajo sanción de nulidad del acto de disposición<sup>(4)</sup>. En consecuencia, se puede establecer que los derechos sustantivos derivados de una relación laboral, y cuya fuente es una norma imperativa, no son de libre disponibilidad y, por lo tanto, no podrían ser sometidas a arbitraje<sup>(5)</sup>.

Y, a pesar de que existan posturas que señalen que la libre disposición no es algo contrario a la irrenunciabilidad<sup>(6)</sup>, nosotros opinamos que la validez de una cláusula arbitral en una relación laboral individual no depende de estas discusiones teóricas. Por tanto, consideramos que el análisis debe abordarse desde la opción legislativa adoptada sobre la materia.

(2) Por su parte, la antigua Ley General de Arbitraje establecía en su artículo 1 que podían “someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición”.

(3) PLÁ RODRÍGUEZ. *Los principios del Derecho del Trabajo*. Tercera edición. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 117.

(4) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho Laboral*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, p. 103.

(5) En la corriente antes señalada se encuentra una resolución de fecha 11 de junio de 2001, en la cual una Sala Superior de Lima establece que el sometimiento a arbitraje de controversias derivadas de una relación individual de trabajo supondría una renuncia anticipada de los beneficios laborales, ya que el trabajador se estaría arrogando la facultad de libre disposición sobre los mismos, que son irrenunciables por naturaleza, por lo que la sala considera que la cláusula arbitral devendría en nula. Y, aunque desde un punto principista podamos estar de acuerdo con la solución final (aunque no necesariamente con el razonamiento), consideramos que la solución desde un punto de vista legal no es la correcta. (La resolución judicial comentada ha sido reseñada por VINATEA RECOBA, Luis y SALVADOR VARGAS, Alfredo. “La posibilidad de someter a arbitraje las controversias que hayan surgido de una relación individual de trabajo”. En: AA.VV. *Aportes para la reforma del proceso laboral peruano*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2005, pp. 366-370).

(6) *Ibidem*, pp. 373-375. En este extremo, los referidos autores hacían la diferencia entre “controversias de libre disponibilidad” (según el texto del artículo 1 de la antigua Ley General de Arbitraje) y las “materias de libre disponibilidad”. Así, consideraban que las ideas mencionadas eran conceptos diferentes y, por lo tanto, el arbitraje laboral en materia individual era válido porque no afectaba el principio de irrenunciabilidad. Sin embargo, dicha disquisición pierde terreno ante la regulación establecida en el Decreto Legislativo N° 1071, que dicta expresamente que solo pueden someterse a arbitraje las controversias sobre “materias de libre disposición”.



Como hemos señalado, la nueva Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071) establece que, si bien es cierto solo pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición, también establece que se pueden someter aquellas materias autorizadas por ley. Y si sumamos la existencia del artículo 104 de la Ley Procesal del Trabajo o la sexta disposición complementaria de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, pues queda claro que, legalmente hablando, en uno o en otro momento resultaba o resulta válido el sometimiento de dichas controversias a un proceso arbitral<sup>(7)</sup>.

Claro, mientras estaba vigente la anterior Ley Procesal del Trabajo, en dicha fórmula legal no existía limitación legal sobre la utilización de convenios arbitrales en materia individual laboral, por lo que podrían haber sido utilizados en cualquier relación laboral, desde aquella existente con un Gerente General o aquella vigente con un trabajador que percibe poco más de la remuneración mínima vital.

Ello, sin embargo, ha sido superado con la entrada en vigencia de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, que establece condiciones para su validez (oportunidad y remuneración del trabajador).

## 2. El arbitraje laboral individual según el Poder Judicial

En sede judicial, mientras estuvo vigente la anterior Ley Procesal del Trabajo, la apreciación del arbitraje laboral individual generó posiciones encontradas. Así, se expidieron resoluciones judiciales que establecían que los convenios arbitrales en materia laboral individual no eran válidos, toda vez que suponían el sometimiento de materias que no eran de libre disponibilidad.

Sin embargo, existieron posiciones distintas, que establecieron que las cláusulas arbitrales en esta materia

son válidas (aparentemente, sin limitación alguna) y, por lo tanto, se debían conceder todas las defensas correspondientes a los empleadores. Así, tenemos lo establecido por la Casación N° 1219-98 Lima, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, de fecha 17 de noviembre de 1999, que señala lo siguiente:

**“Cuarto.-** Que cuando la Ley Procesal del Trabajo establece en su citado artículo ciento cuatro la posibilidad del arbitraje, previamente no modifica el carácter irrenunciable de los derechos laborales, contemplado en el artículo veintiséis, inciso segundo de la Constitución Política vigente (...), lo que tampoco se podría haber hecho vía una Ley; lo que significa que su disposición no es contraria a la Constitución, sino que armoniza con ella; por consiguiente, la irrenunciabilidad de los derechos laborales no es un elemento que los coloque dentro del grupo de los derechos indisponibles, los cuales no pueden ser materia de arbitraje según el artículo primero de la Ley General de Arbitraje (...). **Sexto.-** Que siendo ello así, (...) la posibilidad de que las controversias jurídicas en materia laboral individual sean objeto de arbitraje existía mucho antes de la vigencia de la Ley Procesal del Trabajo, la cual simplemente hizo expresa dicha posibilidad, sino que se supeditaba a la existencia de una Ley que regule la institución jurídica del arbitraje diferente a la ya existente para el derecho laboral colectivo (...), tanto más si el sometimiento a arbitraje no implica ni expresa, ni tácitamente la renuncia a sus beneficios laborales, sino a la dilucidación de estos, ante la controversia con el empleador, por

parte de una tercera persona distinta al Poder Judicial”.

Igualmente, tenemos lo dispuesto por la Casación N° 90-98-Lima, emitida por la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, de fecha 6 de abril de 2000, en el que se establece lo siguiente:

**“Cuarto.-** Que, el referido artículo primero de la Ley General de Arbitraje (...) señala que pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición; normando igualmente los casos en que no procede el arbitraje, dentro de los cuales no se encuentra la prohibición de someter a arbitraje las controversias en materia laboral. **Quinto.-** Que, a mayor abundamiento, lo anterior se corrobora con el mandato contenido en el artículo ciento cuatro de la Ley Procesal del Trabajo, según el cual las controversias jurídicas en materia laboral puedan ser sometidas a arbitraje, pudiendo las partes acogerse a lo dispuesto en la Ley General de Arbitraje u optar por otro procedimiento arbitral. **Sexto.-** Que, en consecuencia la impugnada al haber desestimado la excepción de convenio arbitral por considerar que las pretensiones demandadas no pueden ser sometidas a arbitraje, ha violado el artículo primero de la Ley General de Arbitraje”.

Lo antes mencionado corrobora nuestra posición de que, en principio, la posibilidad de someter a arbitraje controversias de índole laboral individual es legalmente posible. Ante dicha situación, amparado en lo dispuesto lo que disponía el artículo 104 de la antigua Ley Procesal

(7) Similar solución debía ser de aplicación cuando la norma vigente sobre arbitraje era la Ley N° 26852.

del Trabajo o en la sexta disposición complementaria de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, el artículo 16 del Decreto Legislativo 1071<sup>(8)</sup> y el artículo 446 del Código Procesal Civil<sup>(9)</sup>, y como bien lo ha señalado doctrina más que autorizada<sup>(10)</sup>, toda vez que el convenio arbitral obliga a quienes lo suscriben a que no puedan recurrir al órgano jurisdiccional ordinario para que resuelva el conflicto correspondiente, el demandado (empleador) podrá con éxito interponer la excepción de convenio arbitral.

### 3. Principio protector y poder de negociación del empleador

El Derecho del Trabajo no es una disciplina neutra, no puede serlo, porque no considera como iguales a las partes de la relación que se encuentra bajo su ámbito de aplicación. Estas son, pues, materialmente desiguales, donde la posición más fuerte es detentada por el empleador y la más débil corresponde al trabajador (que se encuentra subordinado jurídicamente y que, en la gran mayoría de los casos, depende económicamente del primero)<sup>(11)</sup>.

Así, sobre la base de la referida desigualdad material, reflejada sobre todo desde un punto de vista económico, nuestra disciplina halla sus cimientos sobre lo que denominamos “principio protector”. Este ha sido definido como el “criterio fundamental que orienta el Derecho del Trabajo, ya que este, en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador”<sup>(12)</sup>.

De acuerdo con lo antes mencionado, podríamos obtener un primer gran cuestionamiento a la utilización del arbitraje en materia individual, precisamente porque este mecanismo de solución de conflictos se encuentra básicamente diseñado para controversias que opongan a partes que se encuentren en una situación de igualdad (o, de por lo menos

de posible acceso igualitario a la jurisdicción arbitral), mientras que las controversias derivadas de una relación individual de trabajo se fundan precisamente en la desigualdad de estas. Y ese era el principal cuestionamiento que podíamos encontrar al arbitraje en materia laboral individual cuando este se encontraba regulado por la antigua Ley Procesal de Trabajo.

Así, por más que se reconociese que el arbitraje es un medio adecuado de obtener justicia para un trabajador, lo cuestionable radicaba en el hecho de que el trabajador, la mayoría de las veces, no hubiera podido acceder a dicha jurisdicción, debido a sus generalmente escasas posibilidades económicas<sup>(13)(14)</sup>.

En esa perspectiva, dada la relación entre las partes, en muchas ocasiones el empleador será el que ostente

generalmente la posición de poder, mientras que el trabajador poseerá reducida (o hasta, a veces, nula) capacidad de negociación. Por ello no es de sorprender que el empleador, en la mayoría de los casos, imponga de modo unilateral las condiciones propias de la relación laboral, entre las cuales, mientras se encontraba vigente la anterior Ley Procesal de Trabajo, se podían encontrar las imposiciones de cláusulas arbitrales, lo que podía impedir el acceso de estos trabajadores a la justicia.

### 4. Tutela jurisdiccional efectiva

Como sabemos, el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú establece que uno de los principios que inspiran la función jurisdiccional es la observancia del debido proceso y de la tutela jurisdiccional. Dicho precepto constitucional

#### (8) Artículo 16

“Excepción de convenio arbitral

Si se interpone una demanda judicial respecto de una materia sometida a arbitraje, esta circunstancia podrá ser invocada como excepción de convenio arbitral aun cuando no se hubiera iniciado el arbitraje.

La excepción se plantea dentro del plazo previsto en cada vía procesal, acreditando la existencia del convenio arbitral y, de ser el caso, el inicio del arbitraje.

La excepción de convenio arbitral, sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio arbitral sea manifestamente nulo”.

#### (9) Artículo 446

“Excepciones proponibles

El demandado solo puede proponer las siguientes excepciones:

(...)

13. Convenio arbitral”.

(10) MONROY GÁLVEZ, Juan. “Las excepciones en el Código Procesal Civil Peruano”. En: *La formación del proceso civil peruano*. Comunidad, Lima, 2003, p. 362.

(11) ERMIDA URIARTE, Óscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Óscar. “Crítica de la subordinación”. En *Ius et Veritas*, año XIII, N° 25. Lima, 2002, p. 290.

(12) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Ob. cit., p. 61.

(13) Claro está, la aplicación del principio protector no ignora circunstancias especiales en donde la referida desigualdad material se relativiza o hasta desaparece. En dichos casos estaremos en situaciones en las cuales el sometimiento de controversias al arbitraje no supondría vulneración alguna para los derechos del trabajador. Ciertamente, estos casos son los menos y responden más que nada a criterios pedagógicos o de laboratorio. (ERMIDA URIARTE, Óscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Óscar. Ob. cit., p. 290).

(14) Por ejemplo, tras reconocerse la referida desigualdad material, en la Ley Procesal del Trabajo, en su artículo 49, se ha establecido que los trabajadores se encuentran exonerados de la condena de costas y costos.

Igualmente, según lo dispuesto por el artículo 10 de la Resolución Administrativa N° 086-2008-CE-PJ, en los procesos laborales donde la cuantía sea inferior a setenta (70) unidades de referencia procesal, los trabajadores abonarán solo el 50% del valor de los aranceles judiciales correspondientes.

Sorprende que dicho tratamiento no se haya extendido al arbitraje en materia individual, ya que el criterio de administración de justicia es el mismo.

ha sido recogido por nuestro Código Procesal Constitucional, el que en el tercer párrafo de su artículo 4 señala que la tutela jurisdiccional efectiva es aquella situación jurídica de una persona en la que se respeta, entre otros, el derecho al libre acceso al órgano jurisdiccional.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha entendido que “[e]l derecho a la tutela jurisdiccional es un atributo subjetivo que comprende una serie de derechos, entre los que destacan el acceso a la justicia, es decir, el derecho de cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente; y (...) el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales”<sup>(15)</sup>. Esta es la definición a la que nos adscribimos.

En tal sentido, el acceso a la justicia debe encontrarse garantizado, no oponiendo ninguna traba innecesaria o irrazonable, o que suponga un aprovechamiento indebido por parte de la persona o personas a la que se le pueda oponer la controversia, o inclusive de parte del órgano jurisdiccional correspondiente.

Precisamente, este derecho podía verse conculcado mientras se encontraba vigente la anterior Ley Procesal del Trabajo, debido al hecho de que siendo el arbitraje un proceso oneroso, muy pocos trabajadores podían realmente acceder a este, lo que ciertamente impedía la obtención de justicia, cuando el Derecho estaba de su lado.

### III. Entrada en vigencia de la nueva Ley Procesal del Trabajo

Como se puede apreciar, mientras se encontraba vigente la anterior

Ley Procesal del Trabajo, debido a sus vacíos, se pudieron haber generado abusos (y de hecho así sucedió en muchos casos), en los que los empleadores imponían cláusulas arbitrales en contratos de trabajo y, posteriormente, ante escenarios de conflicto y demandas judiciales, estos deducían una excepción de convenio arbitral y lograban que el proceso no se siguiese en el poder judicial, pero tampoco ante un tribunal arbitral, debido al carácter oneroso de este tipo de proceso, algo que no podía ser asumido por un trabajador ordinario.

Este escenario ha variado sustancialmente con la entrada en vigencia de la nueva Ley Procesal del Trabajo, la que en su Sexta Disposición Complementaria señala “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 setenta (70) Unidades de Referencia Procesal (URP)”.

Con esta nueva norma todos los problemas que se mantenían mientras se encontraba vigente la anterior ley, consideramos, se ven superados.

Así, desde el punto de vista de que el trabajador tenga o no posibilidades de acceder a un proceso arbitral, la norma se ha preocupado de que los convenios arbitrales solo puedan ser suscritos por aquellos trabajadores que percibían una remuneración mensual ascendente a setenta (70) URP, lo cual es una suma más que razonable y que consideramos suficiente para comprender que el

trabajador correspondiente sí podría asumir los costos de este proceso.

Adicionalmente, el hecho de que se establezca que el convenio arbitral solo podrá ser suscrito al término de la relación laboral, supone que verdaderamente las partes desean acudir a este tipo de procesos y no obedece a una imposición del empleador, sino que el trabajador también desea claramente esta posibilidad.

En consecuencia, somos de la opinión de que con la entrada en vigencia de la nueva Ley Procesal del Trabajo se superan los inconvenientes que antes existían en materia arbitral. Así, se garantiza claramente el acceso a la justicia, se evitan potenciales abusos y se asegura un sometimiento voluntario a esta jurisdicción.

### Reflexiones Finales

Todo lo expuesto en las líneas precedentes nos puede llevar a diversas conclusiones e ideas.

Tal vez la primera de todas sea que, a pesar de reconocer el valor intrínseco del arbitraje en el Perú, su aplicación no debe ser irrestricta en el ámbito laboral individual, sino que debe estar sujeta a límites con el objeto de no generar perjuicio en los trabajadores. Ello, felizmente, ha sido recogido en la nueva Ley Procesal de Trabajo.

Así visto el panorama, el arbitraje en materia laboral quizá cobre una importancia más clara, lo que acompañado con nuestras nuevas normas procesales, permitan que la impartición de justicia llegue a más personas de modo rápido y eficiente.

(15) STC Exp. N° 010-2002-AI/TC. Fundamento 9.