

Las Cláusulas Arbitrales y la Nueva Ley Procesal del Trabajo

Alfonso Higa García*

Resumen:

El presente artículo nos brinda una visión acerca del uso del arbitraje como método de resolución de conflictos alterno en el ámbito de los conflictos laborales, así, se desarrolla una mirada crítica sobre la posibilidad del uso del arbitraje que se encontraba regulada en la Ley Procesal del Trabajo y que, nuevamente, ha sido regulada en la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Para ello, el autor analiza las posiciones existentes tanto en la doctrina como en la jurisprudencia sobre la situación del arbitraje laboral en la Ley General de Arbitraje, luego de lo cual se analizará la regulación contenida en la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

Palabras clave:

Arbitraje – Arbitraje laboral – Cláusulas arbitrales – Ley Procesal del Trabajo – Arbitrabilidad objetiva

Abstract:

The following article offers a point of view about the arbitraje as an alternate resolution method for workplace conflicts, in this way, a more critical point of view can be developed about the possibility of the arbitraje usage regulated in the “Ley Procesal del Trabajo” which once again has been regulated in the “Nueva Ley Procesal del Trabajo”. For that purpose, the author analyzes the different points of view existing in the doctrine as well as the ones in the jurisprudence about the labour arbitration situation in the “Ley General de Arbitraje”, followed by this, it will be analyzed the regulation contained in the “Nueva Ley Procesal del Trabajo”.

Keywords:

Arbitration – Labour arbitration – Arbitration clause – Procedural Labour Law – Objective arbitrability

Sumario:

1. Introducción – 2. El Arbitraje durante la vigencia de la LPT – 3. El Arbitraje laboral individual regulado en la NLPT – 4. Los Arbitrajes pactados durante la vigencia de la LPT y el nuevo supuesto de arbitrabilidad objetiva introducido por la NLPT – 5. Conclusión

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado de Miranda & Amado desde el año 2013. Su práctica profesional se concentra la asesoría legal en materia laboral y procesal laboral. Ganador del Quinto Concurso Universitario realizado por la Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por el artículo “El principio de irrenunciabilidad de derechos y las formas especiales de conclusión del proceso en la Nueva Ley Procesal del Trabajo” (Octubre 2012).

1. Introducción

La posibilidad de someter a arbitraje¹ a los conflictos laborales siempre ha sido objeto de controversia. Desde la vigencia de la Ley No. 26636, Ley Procesal del Trabajo (en adelante, "LPT") se ha discutido si, aun con a la regulación expresa contenida en dicha norma, cabía someter a arbitraje ese tipo de conflictos; tanto es así que existen pronunciamientos contradictorios al respecto. Por su parte, la Ley No. 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante, "NLPT"), nuevamente, ha regulado de manera expresa la posibilidad de someter a arbitraje los conflictos laborales y, si bien pareciera que en la doctrina y en la jurisprudencia se habría superado toda controversia acerca de si es posible, o no, someter a arbitraje tales conflictos, incorpora dos requisitos para la validez de las cláusulas² arbitrales que generan la incertidumbre sobre qué es lo que ocurriría con aquellas suscritas con anterioridad a su entrada en vigencia.

El análisis de estas dos cuestiones requiere hacer referencia a los antecedentes de la NLPT ya que es en ese contexto en el que, por ejemplo, se ha pronunciado el Poder Judicial sobre la posibilidad de someter a arbitraje los conflictos laborales. Además, la posición que se adopte al respecto permitirá ingresar luego al análisis sobre qué es lo que debería ocurrir con las cláusulas suscritas con anterioridad a la vigencia de la NLPT pues, si son inválidos, no tendrían por qué dejar de serlo pero, si son válidos, se tendría que analizar qué efecto tendría en ellos una nueva norma que incorpora requisitos de validez que muy probablemente no cumplen.

Por tal razón, iniciaré el presente artículo con un análisis de las posiciones que existían en la jurisprudencia y la doctrina acerca de la situación del arbitraje laboral individual durante la vigencia de la LPT y la Ley No. 26572, Ley General de Arbitraje (en adelante, "LGA"), que luego fue modificada, también durante la vigencia de la LPT, por el Decreto Legislativo No. 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje (en adelante, "D. Leg. No. 1071"). Tras ello, se analizará la regulación contenida en la NLPT sobre la posibilidad de someter las controversias laborales a arbitraje y qué debería ocurrir con las cláusulas suscritas con anterioridad a su vigencia.

2. El Arbitraje durante la vigencia de la LPT

Tal y como será desarrollado a continuación, durante la vigencia de la LPT la Corte Suprema y la Corte Superior no mantenían el mismo criterio; incluso, a pesar de que los pronunciamientos más conocidos al respecto analizan el arbitraje con base en las mismas normas (LGA³ y la LPT⁴). Esta situación también fue analizada por la doctrina y, si bien existía una crítica uniforme al pronunciamiento emitido por la Corte Superior, sí había opiniones encontradas respecto de si era válido que, en atención a otras circunstancias, el trabajador acuda al arbitraje.

A continuación, entonces, se hace un breve repaso a la posición de la jurisprudencia y de la doctrina acerca de la posibilidad de someter a arbitraje las controversias laborales durante la vigencia de la LPT y, tras ello, mi posición al respecto.

1 Existe controversia respecto de si el arbitraje es un proceso o un procedimiento. Así por ejemplo, BUSTAMANTE sostiene que para referirse al arbitraje se debería utilizar el término "procedimiento arbitral" porque un proceso presupone el ejercicio de función jurisdiccional. En: BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *El derecho fundamental a un proceso justo, llamado también debido proceso*, p. 2. Consulta: 9 de abril de 2014.

http://www.bustamanteasociados.com/descargas/publicaciones/el_derecho_a_un_proceso_justo.pdf

La cuestión está en que ello implica concluir que el arbitraje no es jurisdicción, y sobre ello también existe controversia. Por ejemplo, una opinión de que el arbitraje sí es jurisdicción se verifica en: PANDURO MEZA, Nathaly Lizbeth. *Aplicabilidad de las Instituciones Procesales en el Arbitraje*, Tesis para optar el Título Profesional de Abogada, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011, pp. 79-81. Consulta: 9 de abril de 2014.

http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/793/PANDURO_MEZA_LIZBETH_APLICABILIDAD_INSTITUCIONES.pdf?sequence=1

No es materia de este trabajo resolver esa controversia (por más de que el Tribunal Constitucional ha concluido que sí es jurisdicción en el "precedente María Julia" contenido en la sentencia recaída en el Expediente No. 00142-2011-PA/TC, actualmente vigente). Por tal razón, en este capítulo se hablará, simplemente, de "arbitraje" y haciendo siempre referencia al arbitraje que resuelve conflictos jurídicos, mas no al arbitraje que resuelve conflictos económicos (negociación colectiva).

2 Cuando se haga referencia a "cláusula arbitral" también se incluye a los convenios arbitrales.

3 Artículo 1: Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; excepto:

1. Las que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial.

2. Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso.

3. Las que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, si podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.

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

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

2.1 El Arbitraje y la LPT: la posición de la jurisprudencia

La Corte Suprema admitía la validez de las cláusulas arbitrales; y, por ende, la validez del arbitraje en todos los supuestos⁵. Los principales argumentos de los pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema pueden ser resumidos en que: (i) las controversias laborales individuales no están normadas dentro de las materias que no pueden ser sometidas a arbitraje, (ii) la LPT prevé expresamente la posibilidad de recurrir al arbitraje en materia laboral; y, (iii) recurrir al arbitraje no viola el principio de irrenunciabilidad de derechos.

Sin embargo, la Corte Superior mantenía un criterio distinto y concluía que las cláusulas arbitrales eran inválidas porque⁶: (i) si bien la LPT admite el arbitraje laboral individual, la LGA establece la prohibición de someter a arbitraje las controversias que no sean de libre disposición; y, (ii) el pacto de una cláusula arbitral en el contrato de trabajo implica la renuncia anticipada de derechos laborales, de modo que es aplicable el principio de irrenunciabilidad de derechos.

Así pues, en este punto llama la atención la existencia de pronunciamientos contrapuestos a pesar de que se analizaba la aplicación de las mismas normas: la LGA y la LPT.

2.2 El Arbitraje y la LPT: la posición de la doctrina

Para la doctrina mayoritaria, la posición correcta era la asumida por la Corte Suprema. Así pues, sobre la relación entre las cláusulas arbitrales y el principio de irrenunciabilidad de derechos, es ilustrativo lo señalado por VINATEA y SALVADOR, en el sentido de que:

“Utilizar el argumento de la irrenunciabilidad de derechos laborales para cuestionar un acuerdo arbitral es un error, porque el sometimiento de la controversia en materia laboral a un árbitro no implica que el trabajador haya renunciado a sus derechos sustantivos. De hecho, ellos subsisten, y

con tanta fuerza que el árbitro deberá declararlos una vez que se pruebe (al igual que en el proceso judicial) que el trabajador está dentro del ámbito de aplicación de las normas que invoca.”⁷

Por su parte, también se sostenía que el artículo 1 de la LGA no excluía la posibilidad de someter a arbitraje las controversias laborales porque:

“(…) el significado de la frase «las controversias (...) sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición» no se refiere a la disponibilidad de los derechos que se someterán al proceso arbitral, sino, a la facultad de someter al arbitraje las controversias que pudieran surgir de una determinada relación contractual. Una cosa es disponer del conflicto, como hecho jurídico, y otra muy distinta es disponer de un derecho sustantivo.”⁸

En atención a lo expuesto, y teniendo en cuenta que el artículo 104 de la LPT⁹ se limitaba a señalar la posibilidad de someter las controversias jurídicas laborales al arbitraje, se proponía que cualquier controversia laboral podía ser sometida a arbitraje. Es decir, mayoritariamente, se proponía un arbitraje libre.

2.3 El Arbitraje y la LPT: mi posición

Debido a las posiciones de la jurisprudencia y la doctrina, respectivamente, que han sido detalladas anteriormente, corresponde evaluar cuál sería el rol del principio de irrenunciabilidad de derechos en la posibilidad de someter a arbitraje los conflictos laborales y, asimismo, si cabía analizar esta posibilidad de forma estática, teniendo en cuenta que la regulación del arbitraje, no solo laboral sino en general, ha variado en el tiempo, siendo objeto de dos precedentes vinculantes emitidos por el Tribunal Constitucional.

2.3.1 El principio de irrenunciabilidad de derechos: presupuesto

Tal y como explica PLÁ¹⁰, los principios cumplen tres funciones dentro del ordenamiento

5 Así, por ejemplo: Casaciones No. 1219-98 LIMA, 90-98 LIMA y 629-99 HUAURA.

6 Al respecto: Resolución de fecha 11 de junio de 2001, citada 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: *Aportes para la reforma del Proceso Laboral peruano*, SPDTSS, Lima, 2005, pp. 366-670. En el mismo artículo explican que existen “(...) numerosas sentencias emitidas por las Salas Laborales de la Corte Superior de Justicia de Lima, en las que, (...) se concluye que el arbitraje en material laboral no es procedente, por afectar el principio de irrenunciabilidad de derechos sustantivos laborales.”

7 VINATEA RECOBA, Luis y SALVADOR VARGAS, Alfredo. *Óp. Cit.*, p. 374. En el mismo sentido, CUEVA VIERA, Eduardo. “Arbitraje laboral individual.” En: *Ius et veritas*, No. 36, p. 391; y, DE LOS HEROS PÉREZ ALBELA, Alfonso. “El arbitraje en la relación laboral privada y en la relación colectiva de trabajo.” En: *Arbitraje. Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje*, Palestra, Lima, 2009, p. 115.

8 VINATEA RECOBA, Luis y SALVADOR VARGAS, Alfredo. *Óp. Cit.*, p. 372. En esa misma línea: CUEVA VIERA, Eduardo. *Óp. Cit.*, p. 392; y, DE LOS HEROS PÉREZ ALBELA, Alfonso. *Loc. Cit.* Se hacía la precisión de que “«controversias disponibles» y «derechos sustantivos disponibles» son dos cosas distintas. Lo primero se refiere a que frente a una controversia una persona tiene la facultad de elegir el medio de solución correspondiente. Lo segundo se refiere a derechos de los que se puede disponer (o no), independientemente del medio de solución que se elija.” En: VINATEA RECOBA, Luis y SALVADOR VARGAS, Alfredo. *Óp. Cit.*, p. 373.

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

10 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los Principios del Derecho del Trabajo*, 2da. Ed., Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 11.

jurídico: informadora (inspiran al legislador), normativa (medios para integrar el derecho) e interpretadora (orientan al juez y al intérprete). De ello se desprende que un principio es una norma (función normativa) que constituye el porqué de determinado ordenamiento (función informadora e interpretadora). Así pues, los principios laborales "(...) sirven de cimiento a toda la estructura jurídico-normativa laboral"¹¹, por lo que "(...) no puede haber contradicción entre ellos y los preceptos legales"¹²; y, lo más importante, es que son distintos de los que existen en otras ramas del derecho y permiten justificar la especialidad del derecho laboral¹³.

Pues bien, dentro los principios del derecho del trabajo se encuentra el principio de irrenunciabilidad de derechos. Al respecto, advertía PLÁ¹⁴ que existen diversas formas de exponer el fundamento del principio de irrenunciabilidad de derechos; frente a lo cual, corresponde agregar que, en atención al fundamento que se adopte acerca del principio de irrenunciabilidad de derechos, el contenido del principio será distinto. Así, por ejemplo, sobre la base de que la finalidad del principio de irrenunciabilidad de derechos es la protección del trabajador dada su ausencia de poder negocial frente al empleador, en Uruguay se entiende que también serían irrenunciables los derechos nacidos de actos no normativos; mientras que, en Chile, el principio de irrenunciabilidad de derechos únicamente será aplicable si se encuentra vigente la relación laboral, por la dependencia y el vínculo jurídico de subordinación existente durante su vigencia. Cuestión distinta ocurre, por ejemplo, en nuestro ordenamiento jurídico, pues de acuerdo al numeral 2 del artículo 26 de la Constitución, más que la ausencia de poder negocial del trabajador importa la fuente que reconoce el derecho para determinar si es, o no, irrenunciable.

En este contexto, cabe, entonces, dotar de contenido al principio de irrenunciabilidad de derechos, ya que no existe una única forma de definirlo. Sin embargo, sea cual sea la definición que finalmente se adopte, para analizar si

corresponde, o no, aplicar el principio de irrenunciabilidad de derechos en determinada situación se deberá identificar, necesariamente, dos cuestiones: (i) que exista una renuncia; y, (ii) que la renuncia sea realizada por el titular de un derecho. De ahí que, en este artículo, la renuncia y la titularidad del derecho son consideradas como presupuestos para la aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos: la incoincidencia de cualquiera de ellas en el supuesto de hecho al que se pretenda aplicar el referido principio obliga a descartar, incuestionablemente, su aplicación.

Siendo ello así, a continuación propongo que se debería entender por "renuncia" y, asimismo, por "titularidad del derecho", para finalmente concluir con el concepto del principio de irrenunciabilidad de derechos que, desde mi punto de vista, está previsto en nuestro ordenamiento jurídico.

2.3.1.1 Renuncia en sentido estricto

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la palabra "irrenunciabilidad" no existe. A pesar de ello, la configuración del término hace que sea incuestionable que se refiera a la imposibilidad de renunciar; y, en sentido estricto, la renuncia es un negocio jurídico dispositivo y unilateral, cuya causa es abdicativa¹⁵, además de ser irrevocable¹⁶.

Así pues, se trata de un negocio jurídico porque constituye una manifestación de voluntad que produce un efecto jurídico¹⁷ y es dispositivo: "(...) en cuanto tiene por efecto inmediato producir una sustancial modificación en la situación jurídica preexistente: la pérdida o extinción del derecho. Supone el ejercicio de la facultad de disposición de su titular para dar lugar a ese efecto jurídico."¹⁸

Por su parte, es unilateral porque su efecto extintivo se origina única y exclusivamente por la voluntad del titular del derecho¹⁹, lo cual genera que su causa sea exclusivamente abdicativa y que carezca de receptividad. Finalmente, es irrevocable porque es incondicional y definitiva²⁰; y, aunque parezca obvio, presupone la existencia del derecho, de

11 Íd., p. 10.

12 Íd., p. 13.

13 PLÁ efectúa una afirmación similar pero alega que sirven para justificar la autonomía del derecho del trabajo, sobre lo que no estoy de acuerdo. En: PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Óp. Cit.*, p. 10.

14 Íd., p. 70.

15 OJEDA AVILÉS, Antonio. *La renuncia de derechos del trabajador*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1971, pp. 133-136 y 171.

16 RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel. *La garantía de los derechos de los trabajadores (Inderogabilidad e indisponibilidad)*, Lex Nova, Valladolid, 2002, p. 47.

17 TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Acto Jurídico, Negocio Jurídico y Contrato*, Grijley, Lima, 2002, p. 310. Aunque reconozco que existen otras formas de definir qué es un negocio jurídico, me adhiero a esta definición porque suscita menos controversia y, además, incluye a la voluntad como elemento central del concepto. Sobre las otras formas de definir el mismo concepto: MORALES HERVIAS, Rómulo. *Patologías y Remedios del Contrato*, Jurista, Lima, 2011, pp. 139-177.

18 DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*, Tecnos, Madrid, 1975, pp. 475-476.

19 Íd., p. 476.

20 TOYAMA MIYAGUSKU, Jorge. "El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales: normativa, jurisprudencia y realidad." En: *Ius et veritas*, No. 22, p. 166.

modo que no incluye a las renunciaciones preventivas entendidas como un negarse a adquirir²¹.

Dicho esto, la aceptación de no gozar de beneficios sociales al inicio de la relación laboral no constituiría, en estricto, una renuncia porque todavía no se ha adquirido el derecho; y, en el mismo sentido, tampoco calificarían como renunciaciones aquellos negocios como la transacción en los que existen concesiones recíprocas, ya que no se verifica una abdicación pura y simple²². En realidad, la proscripción de estos supuestos ha sido desarrollada por la doctrina bajo los conceptos de "inderogabilidad" e "indisponibilidad", respectivamente, los cuales son analizados a continuación.

a) Inderogabilidad

Aplica la inderogabilidad cuando se opta por adelantado no gozar de un derecho que todavía no se tiene y, por tal razón, en estos supuestos no se sanciona el desprendimiento de un derecho sino que, en realidad, se sanciona pactar en contra de lo previsto por una norma. En esta línea, RAMOS QUITANA sostiene que "la inderogabilidad garantiza el surgimiento o la creación misma del derecho para los sujetos a los que se atribuye su titularidad (...)"²³; y, RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, explica que:

*"Se distinguen dos momentos o planos en la adquisición del derecho, el del pacto derogatorio en el que el trabajador consiente en la «derogación» o no aplicación al contrato de una regla imperativa, y el de la indisponibilidad propiamente dicha que presupone la existencia del derecho al que se renuncia."*²⁴

De esta forma, y respecto del trabajador individualmente considerado, aquí nos encontramos, en su mayoría, frente a aquellas situaciones en las que este manifiesta su voluntad de no gozar de determinados derechos laborales al inicio de la relación laboral. En su mayoría, porque, tal y como explica Neves, en nuestro ordenamiento no todos los derechos laborales son

adquiridos por el solo hecho de haberse iniciado la relación de trabajo. Por el contrario:

*"(...) el trabajador solo adquiere el derecho establecido por la norma (...) si se produjo el supuesto (...) Esta (postura) es la acogida por el Tribunal Constitucional en las sentencias expedidas en los procesos por inconstitucionalidad del Decreto Ley 25967 y el Decreto Legislativo 817 (...)"*²⁵ (Agregado nuestro).

Por lo tanto, en estos casos se equipara el acto privado de quien opta no gozar de un derecho que todavía no se tiene con lo que ocurre cuando una norma deja a otra sin efecto²⁶; y, en nuestro ordenamiento, estas situaciones podrían producirse, tanto al inicio, como durante la relación laboral. Sin embargo, y aun cuando comparto la idea de que esos comportamientos deberían ser proscritos, coincido con la crítica que formula PASCO en el sentido de que este término constituye "(...) un uso extensivo, análogo a un manejo muy laxo del vocablo «derogar», que muchos autores utilizan para referirse a la inaplicación de una norma por acto o contrato privado."²⁷

b) Indisponibilidad

Se afirma que la indisponibilidad proscribiera los actos de disposición; y la principal diferencia entre la renuncia y la disposición es que la primera constituye un subtipo restrictivo de la segunda²⁸. Ello es así porque, según DIEZ-PICASSO y GULLÓN:

"En su más amplio sentido, dicho concepto comprende aquellos actos o negocios jurídicos en virtud de los cuales un derecho subjetivo actualmente existente es inmediatamente transformado, modificado o extinguido. De acuerdo con dicha noción, los actos de disposición comprenden los llamados negocios traslativos, por lo que el titular de un derecho transmite de forma inmediata dicho derecho a otra persona, los negocios encaminados a construir un gravamen o derecho real sobre una cosa y, por último, la renuncia abdicativa, mediante la cual, el titular de un derecho voluntariamente hace

21 DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Óp. Cit., p. 177.

22 Por ello, tampoco constituye renuncia en sentido estricto la renuncia traslativa que "(...) es la que se hace atribuyendo el derecho a otra persona. En realidad no hay aquí una verdadera renuncia, sino un negocio patrimonial o traslativo, para cuya eficacia es imprescindible el consentimiento del favorecido." En: Ibíd. En el mismo sentido: OJEDA AVILÉS, Antonio. Óp. Cit., p. 176.

23 RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel. Óp. Cit., p. 42. En el mismo sentido: OJEDA AVILÉS, Antonio. Óp. Cit., p. 73.

24 RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel. "El principio de indisponibilidad de los derechos laborales y el nuevo papel de la autonomía contractual". Los principios del derecho del trabajo. De la Villa Gil, Luis Enrique y López Cumbre, Lourdes (Directores), Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2003, p. 114.

25 NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al derecho del trabajo*, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, pp. 173-174.

26 Sobre derogación entre normas: AGUILÓ REGLÁ, Josep. "Derogación." En: *El Derecho y la Justicia*, 2da. Ed., Garzón Valdez, E. y Laporta Francisco (Editores), Trotta, Madrid, 2000, pp. 199 y ss.

27 PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "En torno al principio de irrenunciabilidad." En: *Compendio de derecho colectivo del trabajo*, Jurista, Lima, 2010, p. 100

28 RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel. Óp. Cit., pp. 47 y 62. En el mismo sentido: Ibíd. y VIDA SORIA, José, MONEREO PÉREZ José Luis y MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. *Manual de Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 2007, p. 295.

*deja el mismo, por lo que sobreviene su extinción.*²⁹

De esta forma, y a diferencia de la renuncia, el negocio jurídico de disposición incluye todas las formas mediante las que, a través de una manifestación de voluntad, existe un desprendimiento de un derecho por parte de su titular.

2.3.1.2 ¿Cómo debe ser entendida la renuncia en el derecho laboral?

Según lo expuesto, inderogabilidad, irrenunciabilidad e indisponibilidad serían conceptos distintos. Por lo tanto, el principio de irrenunciabilidad de derechos únicamente abarcaría los supuestos en los que, tras haber cumplido con las condiciones para gozar determinado derecho, se produzca un negocio jurídico dispositivo y unilateral, cuya causa sea abdicativa, además de ser irrevocable.

La cuestión está en que, tanto en la irrenunciabilidad, como en la inderogabilidad y en la indisponibilidad, se persigue esencialmente lo mismo: la restricción de la autonomía privada³⁰. Por lo tanto, si la única diferencia entre estos conceptos –en el derecho laboral– se sustenta en el concepto de renuncia en sentido estricto, se debería haber propuesto un nombre distinto al principio de irrenunciabilidad de derechos que abarque a todas las formas por las que el trabajador puede privarse y/o abdicar el goce de sus derechos.

Por lo anterior, tomando en cuenta que el término irrenunciabilidad es ampliamente aceptado, y que de él se desprende que uno de sus presupuestos es la existencia de una renuncia, corresponde proponer una redefinición del concepto de

renuncia para efectos laborales y entenderla en un sentido amplio. Más aún, tomando en cuenta que estos conceptos han sido muchas veces tomados como sinónimos y que en el derecho laboral sí resulta razonable calificar como una renuncia, tanto a las renunciaciones previas, como a los actos de disposición.

Por un lado, dada la regulación preeminente heterónoma, así como por la existencia del principio de continuidad, respectivamente, la expectativa del goce de un derecho en nuestra disciplina resulta más cierta que insegura³¹. Siendo ello así, aquí se comparte que, en términos laborales, *“la renuncia está vedada tanto en el momento en que el derecho es efectivo como cuando solo es expectativa.”*³²

Por otro lado, BOZA advierte lo siguiente respecto de la disposición: *“debe tenerse en cuenta que si bien la renuncia implica una disposición de derechos, no constituye la única forma de hacerlo. La disposición es una figura de mayor amplitud que supone la transformación, modificación o extinción de derechos por parte de su titular.”*³³

Por tal razón, en términos laborales, la renuncia tiene que comprender a todos aquellos actos que impliquen la transformación, modificación o extinción de derechos por parte de su titular; es decir, que también incluya los actos de disposición³⁴. En caso contrario, por ejemplo, el principio de irrenunciabilidad de derechos no sería aplicable a una transacción al no tratarse de una abdicación pura y simple por la existencia de concesiones recíprocas. Además, esto permitirá prescindir de la idea de que existiría un principio de indisponibilidad de derechos que sería *“(…) la versión procesal del principio de irrenunciabilidad (...)”*³⁵; no solo por las razones ya expuestas acerca de por qué no es conveniente asumir un concepto

29 Citado por: RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel. *Óp. Cit.*, pp. 39-40.

30 La autonomía privada *“(…) constituye un poder del individuo de autorregular sus propios intereses, constituyendo, modificando y extinguiendo relaciones jurídicas, así como estableciendo el contenido de las mismas y el estatuto o regla por la que se han de regir.”* En: DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Óp. Cit.*, p. 40. En el mismo sentido: SARTHOU, Helios. *Estudios de Derecho Individual del Trabajo*, Tomo II, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004, p. 11.

31 Con un ejemplo: En nuestro ordenamiento es absolutamente previsible que tras el año efectivo de servicios el trabajador tendrá derecho al descanso vacacional (Artículo 10 del Decreto Legislativo No. 713). A su vez, el principio de continuidad genera que sea absolutamente razonable que el trabajador cumpla el año de servicios que le dará lugar al goce de ese derecho. Siendo ello así, existen altísimas probabilidades de que la abdicación del derecho al descanso vacacional realizado con anterioridad al año de servicios sea una abdicación que desplegará sus efectos.

32 PALOMEQUE LÓPEZ, Carlos Manuel y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del trabajo*, 11ma. Ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, p. 413. En el mismo sentido: NEVES MUJICA, Javier. *Óp. Cit.*, p. 131.

33 BOZA PRO, Guillermo. *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011, p. 176. En el mismo sentido: RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel. *Óp. Cit.*, p. 62.

34 En sentido contrario, PACHECO ha formulado una fuerte crítica a la equiparación de los términos “irrenunciabilidad” e “indisponibilidad”. La autora sostiene que el término de “indisponibilidad” no se desprende de la Constitución y que, además, impediría toda conciliación y/o transacción. Al respecto, tal y como será analizado especialmente en el segundo capítulo de este trabajo, la transacción y la conciliación son admisibles inclusive con los alcances de la “indisponibilidad”. Ello, sumado a que no debería importar el medio o la forma por la que el trabajador se priva de un derecho, me hace discrepar de esa posición. En: PACHECO ZERGA, Luz. “El test de disponibilidad de derechos establecido en la Nueva Ley Procesal Laboral.” En: *Soluciones Laborales*, Año 7, No. 76, Abril 2014, pp. 43-53.

35 MURGAS TORRAZZA, Rolando. “Los principios del derecho procesal del trabajo.” En: *Derecho Laboral. Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, Tomo LII, No. 234, Abril, 2009, p. 263.

de renuncia en sentido estricto, sino también por el hecho de que el principio de irrenunciabilidad (o indisponibilidad) de derechos es un principio sustantivo de aplicación procesal, pues impide la renuncia de derechos laborales sustantivos y no procesales.

Finalmente, la renuncia (desde ya adoptando el sentido propuesto en las líneas anteriores) puede ser expresa o tácita³⁶; aunque en ambos casos debe ser "(...) clara, explícita y terminante, sin que sea lícito deducirla de expresiones de dudoso significado"³⁷; lo que quiere decir, de conformidad con el artículo 141 del Código Civil³⁸, que no se presume³⁹. Justamente por estas razones, corresponde descartar la existencia de una renuncia de derechos en los casos de prescripción y caducidad porque en esos casos no existe ninguna manifestación de voluntad; por el contrario, se trata de un supuesto de inactividad⁴⁰. En ese sentido, coincido con ALONSO cuando señala que:

"(...) el ordenamiento reacciona con la declaración de nulidad contra el acto del titular del derecho irrenunciable en el cual se exteriorice la voluntad de renunciar, pero no reacciona contra su mera pasividad u omisión de ejercicio; de ahí que los derechos irrenunciables estén sujetos a plazos de prescripción o de caducidad como lo están los renunciables."⁴¹

Así pues, al no existir renuncia, ni la prescripción, ni la caducidad⁴², pueden ni deben ser analizadas desde la perspectiva del principio de irrenunciabilidad de derechos. De tal forma, no existe ningún conflicto entre esas instituciones sobre el que el principio de irrenunciabilidad de derechos tenga que ceder⁴³.

Por la misma razón, el incumplimiento del empleador tampoco constituye un supuesto que deba ser analizado desde la perspectiva del principio de irrenunciabilidad de derechos. En realidad, en tales casos, el no goce no se produce como consecuencia de una abdicación sino de una decisión de no satisfacer el derecho, a pesar de que existe⁴⁴.

2.3.1.3 Titularidad del derecho

El otro presupuesto para la aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos es que sea el titular del derecho quien formule la renuncia. En ese sentido, y para guardar coherencia con el concepto de renuncia que ha sido formulado en el punto anterior, tiene que ser considerado titular del derecho, tanto quien ya cumplió con los requisitos para su disfrute, como quien tiene las expectativas para ello; de lo contrario, el principio de irrenunciabilidad de derechos no sería aplicable a lo que se denomina como *derogación*.

Por su parte, se también se debe tener en cuenta que solo se es titular de un derecho si dicha titularidad no es discutida. En ese sentido, frente a la aparición de un conflicto, la aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos no podría ser automática ahí cuando se controvierta, justamente, la titularidad del derecho discutido⁴⁵.

2.3.2 El principio de irrenunciabilidad de derechos en el ordenamiento peruano

Ya hemos adelantado que existen diversas formas de conceptualizar el principio de irrenunciabilidad de derechos. Siendo ello así, a continuación detallo una breve introducción a las distintas teorías desde las cuales es posible definir el

36 En sentido contrario: TOYAMA MIYAGUSKU, Jorge. *Óp. Cit.*, p. 167 y MALLANA RUIZ, Roberto Gabriel. "La reducción salarial. Análisis normativo y jurisprudencial." En: *Actualidad Jurídica*, No. 230, p. 303.

37 DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Óp. Cit.*, p. 476.

38 Sobre este tema, VIDAL ha señalado que "La manifestación tácita no debe entenderse como una voluntad cuya existencia se presume. El artículo 141 se ha cuidado de preceptuar que la voluntad debe inferirse de manera indubitable de una *facta concludentia*, esto es, de una actitud o de circunstancias de comportamiento que pongan de manifiesto la existencia de la voluntad interna." En: VIDAL RAMÍREZ, Fernando. "Definición de acto jurídico y elementos de validez." En: *Código Civil Comentado. Por los 100 mejores especialistas*, Tomo I. Gutiérrez Camacho, Walter y Espinoza Espinoza, Juan (Directores), Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 627.

39 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Óp. Cit.*, p. 101. En el mismo sentido: OJEDA AVILÉS, Antonio. *Óp. Cit.*, pp. 167 y 169.

40 *Ibid.*

41 Citado por: *Íd.*, p. 129. En el mismo sentido: DE LA VILLA GIL, Luis Enrique. "El principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales." En: *Revista de Política Social, Madrid, Instituto de estudios políticos*, No.85, 1970, p. 13 y OJEDA AVILÉS, Antonio. *Óp. Cit.*, pp. 166 y 227-228.

42 Sobre prescripción y caducidad: RUBIO CORREA, Marcial. "Prescripción y caducidad. La extinción de acciones y derechos en el Código Civil." En: *Biblioteca para leer el Código Civil*. Vol. VII, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1990, pp. 15 y ss.

43 En el Expediente No. 04272-2006-AA/TC, el Tribunal Constitucional distinguió entre irrenunciabilidad e imprescriptibilidad de derechos labores, criterio que es compartido por la Corte Suprema conforme se desprende de la Casación No. 5490-2012 TACNA. Así pues, el criterio vigente es que los derechos laborales sí están sujetos a plazos de prescripción. No obstante, en sentido contrario, FERRO sostiene que "La irrenunciabilidad de derechos cede posiciones ante la necesidad de preservar la seguridad jurídica, lo que determina que ante la ausencia del ejercicio efectivo de los derechos laborales opere el instituto de la prescripción o la caducidad." En: FERRO DELGADO, Víctor. "El principio de irrenunciabilidad en la interpretación constitucional." En: *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro homenaje a Américo Plá Rodríguez*. SPDTSS. 2da. Ed., Grijley, Lima, 2009, p. 134.

44 En el mismo sentido: GARCÍA MANRIQUE, Álvaro. *¿Cómo se está aplicando los principios laborales en el Perú? Un enfoque teórico-jurisprudencial*, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 83.

45 Debe quedar claro que no se propone que el principio de irrenunciabilidad de derechos no sea aplicable sino que, atendiendo a esa particular situación, no podría ser aplicado de forma automática; por el contrario, se requeriría de un análisis adicional. Para

principio de irrenunciabilidad de derechos, para luego determinar cuál de ellas ha acogido nuestro ordenamiento.

2.3.2.1 Teoría objetiva

De acuerdo con la teoría objetiva, el principio de irrenunciabilidad de derechos se sustenta en la naturaleza de las normas del ordenamiento laboral que reconocen derechos y constituye un mecanismo de autodefensa normativa del ordenamiento jurídico laboral. Así, a través del principio de irrenunciabilidad de derechos se impide la comisión de actos fraudulentos en contra del ordenamiento jurídico laboral, consistentes en la negación y/o desnaturalización de la regulación laboral mediante actos realizados en ejercicio de la autonomía de la voluntad⁴⁶.

Esta teoría se sustenta en un interés del derecho laboral de lograr un cierto nivel económico-social de la clase trabajadora⁴⁷, para lo cual se sirve de normas, inmodificables mediante el ejercicio de la autonomía privada, que reconocen derechos a dicha clase.

Así pues, se advierte que, si la razón de ser del principio de irrenunciabilidad de derechos se sustenta en la naturaleza de las normas que reconocen derechos laborales, la imposibilidad de renunciar no deriva de la desigualdad negocial del trabajador respecto de su empleador al momento de abdicar a un derecho. Por el contrario, el fundamento de la prohibición de renunciar se sustenta, única y exclusivamente, en una necesidad de proteger al ordenamiento con el fin de alcanzar las condiciones mínimas deseadas para una clase.

Por tal razón, OJEDA expone con claridad que:

“Desde luego que la indefensión, la inferioridad del trabajador frente al empleador es el substrato socio-económico, la base sobre la que se asienta la irrenunciabilidad, como, en términos generales, toda la normativa laboral que trata de regular la relación jurídica de trabajo: lo cual no indica que la norma prohibitiva que comentamos haya de mirar necesariamente hacia esta situación de

inferioridad directamente; antes bien, su objetivo es mucho más próximo, consistiendo, a mi manera de ver, en un puntal que defiende el Derecho del Trabajo de las resquebrajaduras de la renuncia, una envoltura protectora que evita el que la solidez de aquel se degene, se licue y se disuelva.”⁴⁸

Solo así tiene sentido, a su vez, que no solo se entiendan proscritas las renunciaciones que perjudican al trabajador, sino también aquellas que le resulten favorables y/o efectivamente deseadas⁴⁹ y, asimismo, que el principio de irrenunciabilidad de derechos sea aplicable también a aquellas renunciaciones formuladas luego de la extinción del vínculo laboral, esto es, sin que exista una situación jurídica de dependencia y subordinación respecto del empleador.

2.3.2.2 Teoría subjetiva

Según la teoría subjetiva, el principio de irrenunciabilidad de derechos constituye un mecanismo de defensa del trabajador que, como parte débil de la relación laboral, carece de poder de negociación. En ese sentido, y salvo prueba en contrario, se presume que ha existido un vicio en el consentimiento del trabajador que invalida su decisión de renunciar a sus derechos.

Así pues, CARMELYNK, citado por DE LA VILLA, expone la teoría subjetiva en los siguientes términos:

“«(...) la prohibición de la renuncia ha de conectarse así al propio hecho de la subordinación, estimando que en tales circunstancias la renuncia puede no ser un acto libre». Se parte de la presunción de que el trabajador que renuncia a tales beneficios legales actúa por falta de libertad, forzado a ello por la situación preeminente que ocupa el empleador en la vida social.”⁵⁰

Al respecto, tal y como explica PODETTI, en la relación laboral se verifica “(...) desigualdades de carácter social, económico y cultural, entre el trabajador y el empleador, lo que se traduce en menor poder de negociación en el primero de ellos.”⁵¹ Por este motivo, “(...) la razón histórica de la tutela laboral fue, sin duda, la desventaja -económica, social y por ende negociadora- del

una aproximación sobre el tema: HIGA GARCÍA, Alfonso. “El principio de irrenunciabilidad de derechos y las formas especiales de conclusión del proceso reguladas en la Nueva Ley Procesal del Trabajo.” En: *Laborem: Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, No. 16, pp. 360-365.

46 RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel. *Óp. Cit.*, pp. 30 y 55.

47 OJEDA AVILÉS, Antonio. *Óp. Cit.*, pp. 179-180.

48 OJEDA AVILÉS, Antonio. *Óp. Cit.*, pp. 122-123.

49 Otra muestra, aunque no sea pacífica en la doctrina, es la que presenta GONZALES cuando afirma lo siguiente: “Hemos adoptado esta posición debido a que no nos parece adecuado explicar el principio desde la situación de desequilibrio de las partes contratantes, toda vez que el mismo también resulta de aplicación en el caso de los actos de disposición efectuados por las organizaciones sindicales respecto de sus propios derechos laborales; situación en la cual se supone que existe una equiparación de fuerzas entre las partes contratantes.” En: GONZALES HUNT, César. “La reducción de la remuneración y el principio de irrenunciabilidad de derechos.” En: *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro homenaje a Américo Plá Rodríguez*, SPDTSS, 2da. Ed., Grijley, Lima, 2009, p. 140.

50 DE LA VILLA GIL, Luis Enrique. *Óp. Cit.* pp. 25-26. Cumpro con señalar que DE LA VILLA no comparte el criterio expuesto por CARMELYNK.

trabajador ante su empleador (...)”⁵² dado que, en la relación laboral:

“(…) una de las partes, el trabajador, dada su debilidad económica y su vital requerimiento de obtener y asegurar un puesto de trabajo que le permita proveer a su subsistencia y a la de su familia, no disfruta efectivamente de la posibilidad de concertar libremente sus condiciones de trabajo, sino que se ve constreñido a aceptar las unilateralmente impuestas por el patrono (...)”⁵³

En este contexto, surge la teoría subjetiva del principio de irrenunciabilidad de derechos que entiende que “la voluntad del trabajador no es libre sino que está coaccionada por el poder que la relación de trabajo otorga al patrono”⁵⁴. Por tal razón, cabe presumir que el trabajador no busca, conscientemente, la renuncia a los derechos que tiene a su favor⁵⁵.

Dicho esto, la situación de desigualdad del trabajador que ha sido descrita podría dar lugar a que se entienda, entonces, que toda renuncia sería inválida. Así por ejemplo, haciendo referencia al trabajo de BAYÓN Y PÉREZ BOTIJA, RAMOS explica que:

“En otro orden de posición, pero continuando en la línea de formación del consentimiento, se sitúan quienes han defendido el carácter de presunción iure et de iure de la renuncia de derechos como acto condicionado del trabajador y, en cuanto tal, inválida y sin efectos, al conectarla precisamente, con la posición de subordinación que el trabajador ocupa en la relación de trabajo.”⁵⁶

No obstante, la aplicación de una presunción absoluta de que los actos del trabajador siempre están condicionados por su posición desigual respecto del empleador pierde de vista que no todos los trabajadores son iguales, ni se encuentran en las mismas condiciones al momento de negociar con su empleador. Por el contrario:

“La caracterización del mercado de trabajo como mercado de posiciones desiguales o asimétricas, en el que la oferta de empleo tiene ventaja sobre la demanda, admite, no obstante, gradaciones y excepciones. Hay situaciones de escasez de recursos humanos -en general, o más frecuentemente en relación con ciertas cualificaciones profesionales- que pueden alterar la balanza de las posiciones de las partes.”⁵⁷

Por tal motivo, el principio de igualdad adquiere vital importancia al momento de conceptualizar el fundamento subjetivo del principio de irrenunciabilidad de derechos. Y, en esa línea, DIESTE explica lo siguiente:

“El trabajador como sujeto abstracto, uniforme, no existe, lo que existen son los trabajadores concretos, de carne y hueso, y no todos ellos son iguales, no todos tienen las mismas carencias de información, no todos tienen la misma vulnerabilidad, por consiguiente la tutela que brinda el Derecho del Trabajo debe ser directamente proporcional a la debilidad contractual, más tutela al más débil, menos tutela al menos débil o sea al más fuerte. El mismo esquema que se aplica para el principio protector, en el sentido de que se protege al más débil, debe también aplicarse acá, por tanto debe reconocerse en grados diferentes que se tomen en cuenta dos variables diferentes, el nivel de ingresos y el nivel de formación de cada trabajador, en suma, parece razonable admitir mayores espacios de la autonomía de la voluntad a medida que el nivel económico y cultural del trabajador sea mayor y a la inversa.”⁵⁸

De ahí que, por ejemplo, al referirse a las renunciaciones del personal de dirección, SLINGER sostiene que:

“(…) si miramos el fundamento subjetivo del fundamento de irrenunciabilidad, la teoría del vicio presunto, o si miramos la finalidad del principio de igualdad, o como se interpreta

51 PODETTI, Humberto. “Los principios del derecho del trabajo”. En: *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*. De Buen Lozano, Néstor y Morgado Valenzuela, Emilio (Coordinadores), AIADTSS y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1997, p. 147.

52 ERMIDA URIARTE, Óscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Óscar. “Crítica de la subordinación”. En: *Ius et veritas*, No. 25, p. 290. En el mismo sentido, PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, p. 20, HUECK, Alfred y NIPPERDEY, H.C. *Compendio de Derecho del Trabajo*, Traducción de Rodríguez Piñero y De la Villa, Revista de derecho privado, Madrid, 1963, p. 45, BARBAGELATA, Héctor Hugo. *El particularismo del derecho del trabajo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1995, p. 15 y RIVAS, Daniel. *La subordinación. Criterio distintivo del contrato de trabajo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1999, p. 61.

53 Id., 281. En el mismo sentido: QUINONES INFANTE, Sergio. *La libertad de trabajo: vigencia de un principio y derecho fundamental en el Perú*. Colección Derecho PUCP. Monografías, Palestra, Lima, 2007, p. 30.

54 SARTHOU, Helios. *Op. Cit.*, p. 19.

55 Esto va en línea con la propuesta de GOLDÍN, quien explica que “En efecto, cabe presumir que el trabajador no busca conscientemente y por su propia propuesta el camino de la dejación de los derechos de que es titular, sin que de ese acto le resulte ventaja, y menos cuando tales se refieren a la situación que se le deriva de su relación de trabajo, fuente de su misma subsistencia y perduración física.” En: GOLDÍN, Adrián. *Contrato de trabajo y renuncia de derechos*, Hammurabi, Buenos Aires, 1987, pp. 31-32. En sentido similar: SARTHOU, Helios. *Op. Cit.*, p. 21.

56 RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel. *Op. Cit.*, p. 54.

57 MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA Joaquín. *Derecho del Trabajo*, 10ma. Ed., Tecnos, Madrid, 2001, p. 59. Un ejemplo de ello son los llamados contratos idiosincráticos a los que se ha hecho referencia anteriormente.

58 DIESTE, Juan Francisco. *Op. Cit.*, p. 141.

*el principio de igualdad en el Derecho del Trabajo, crear desigualdades para compensar otras desigualdades, estas situaciones a nivel de jerarquía dentro de la estructura de la empresa no se dan, y permitirían pensar en una valoración a la autonomía de la voluntad, en un reconocimiento al contrato de trabajo y a las condiciones que las partes estipulen.*⁵⁹

Siendo ello así, de lo anterior se concluye que, para la teoría subjetiva del principio de irrenunciabilidad de derechos, las renunciaciones del trabajador son inválidas debido a que se presume un vicio en el consentimiento; salvo que se acredite que sí existió poder de negociación, dado que se reconoce que la clase trabajadora no es homogénea. En ese sentido, probado el poder de negociación, la renuncia será válida y surtirá plenos efectos. Se trata, pues, de una presunción relativa, mas no absoluta y, como es lógico, el principio de irrenunciabilidad de derechos no podrá ser aplicable a aquellas renunciaciones formuladas luego de la extinción del vínculo laboral.

2.3.2.3 Teoría mixta

La teoría mixta del principio de irrenunciabilidad de derechos agrupa a las teorías objetiva y mixta, respectivamente⁶⁰. En ese sentido, el principio de irrenunciabilidad de derechos se fundamenta en la naturaleza de las normas que reconocen derechos laborales y, en igual medida, en la situación de desigualdad del trabajador respecto del empleador, que genera la ausencia de poder negocial del primero⁶¹.

2.3.2.4 El principio de irrenunciabilidad de derechos en la Constitución

En nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución define cuáles son los alcances del principio de irrenunciabilidad de derechos. En efecto, el

numeral 2 del artículo 26 de la Constitución, prevé que: *“En la relación laboral se respetan los siguientes principios: Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.”*⁶² Siendo ello así, y de acuerdo al breve repaso realizado, considero que la Constitución claramente se adscribe a la teoría objetiva del principio de irrenunciabilidad de derechos, pues opta por reconocer el carácter irrenunciable solo de determinados derechos, tomando como punto de partida la fuente en la que están reconocidos.

De esta forma, considero que la Constitución no admite que en el ordenamiento peruano el principio de irrenunciabilidad de derechos sea aplicado con base en que la desigualdad existente entre el trabajador y el empleador le impediría al primero adoptar una decisión libre y voluntaria al momento de renunciar a un derecho. Por el contrario, tal y como está redactado, el principio de irrenunciabilidad de derechos cumple con la función de ser un mecanismo de autoprotección normativa del ordenamiento, proscribiendo aquellos actos que impidan alcanzar aquellas condiciones socio-económicas mínimas que la clase trabajadora debería gozar en una sociedad (teoría objetiva).

Así pues, y a modo de ejemplo, tiene sentido que en el Perú ni siquiera el gerente general mejor pagado (salvo que pacte el pago de una RIA⁶³, para lo cual existe norma expresa) podría renunciar, válidamente, al cobro de sus gratificaciones legales. Y, en la misma línea, que un trabajador que perciba poco más del sueldo mínimo legal pueda, válidamente⁶⁴, pactar con el empleador la reducción de sus remuneraciones siempre que el sueldo resultante no sea inferior al mínimo legal.

MANGARELLI exponía que *“(...) el fundamento que se reconozca al principio de irrenunciabilidad, tiene estrecha relación con el derecho positivo de*

59 SLINGER, Leonardo. “Exposición referida a la Autonomía de la voluntad individual.” En: *XVI Jornadas uruguayas de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2006, p. 158. Inclusive, esta diferencia entre trabajadores es recogida por algunas de las normas laborales de nuestro ordenamiento, tales como, por ejemplo, el artículo 8 de la LPCL que faculta a los trabajadores que perciban más de 2 Unidades Impositivas Tributarias pactar un esquema remunerativo particular consistente en una Remuneración Integral Anual; o la Sexta Disposición Complementaria de la Ley No. 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante, NLPT), que permite someter las controversias jurídicas a arbitraje únicamente a los trabajadores cuya remuneración sea o haya sido mayor a las 70 Unidades de Referencia Procesal; o, la exclusión del personal de dirección que pudiera haber decidido cuándo gozar de vacaciones de la indemnización vacacional.

60 Así es concebido el principio de irrenunciabilidad de derechos en Uruguay. Por tal razón, en dicho país la discusión acerca del principio de irrenunciabilidad de derechos versa sobre la posibilidad de renunciar, o no, a los derechos reconocidos en las normas de carácter imperativo. Este debate se encuentra recogido en: *XVI Jornadas uruguayas de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2006, pp. 137-203.

61 En este sentido: SERÉ, Jorge Ubaldo; CHARRUTTI, María del Luján; FORESTERO, “María Virginia. La autonomía de la voluntad individual y la teoría del acto propio.” En: *XVI Jornadas uruguayas de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2006, p. 194.

62 El principio de irrenunciabilidad de derechos ha sido regulado en sentido similar en Paraguay, Colombia, Venezuela y Bolivia; aunque en ninguno de esos países se hace referencia expresa a la Constitución como fuente de derechos de carácter irrenunciable.

63 Lo cual podría producirse de forma expresa y/o tácita; en este último caso, de conformidad con la Casación No. 2460-2012 LIMA, si se verifica en los hechos la consolidación de los beneficios sociales.

64 Tomo como referencia la interpretación que se desprende de la Constitución, así como la realizada por el Tribunal Constitucional en los Expedientes No. 00008-2005-PI/TC y 009-2004-AA/TC. Es cierto que la Corte Suprema ha sostenido últimamente una interpretación distinta; sin embargo, (i) no estoy tan seguro de que sea constitucional y, (ii) casaciones recientes, como la 10712-2014 LIMA han vuelto a validar la vigencia y validez de la Ley No. 9463, por lo que urge un Pleno Casatorio al respecto.

*cada país.*⁶⁵ Pues bien, el hecho de que la doctrina mayoritaria nacional coincida en aspectos como: que el principio de irrenunciabilidad no alcanza a los derechos nacidos de actos no normativos, que el principio sea aplicable incluso en contra del beneficio del trabajador, que el principio sea aplicable a las renunciaciones formuladas por la organización sindical y que también sea aplicable luego de finalizado el vínculo laboral, me hacen suscribir la afirmación de MANGARELLI, ya que todas las manifestaciones descritas se insertan dentro de la teoría objetiva del principio de irrenunciabilidad de derechos.

Dicho esto, creo que es un error que, existiendo diversas maneras de conceptualizar el principio de irrenunciabilidad de derechos, se haya adoptado una teoría específica en la Constitución. Deberían ser la jurisprudencia y los intérpretes quienes doten de contenido a los principios con el fin de que puedan ser adaptados a las distintas situaciones y momentos.

En ese sentido, considero que la técnica utilizada para el artículo 57 de la Constitución de 1979⁶⁶ era más adecuada, ya que permitía distintas interpretaciones válidas del mismo precepto. Así, por ejemplo, NEVES sostenía que "(...) *dada la amplia fórmula utilizada por nuestro art. 57 Const., la prohibición de renuncia abarca a todos los derechos reconocidos a los trabajadores, por todas las vías capaces de hacerlo*"⁶⁷ mientras que, a entender de TOYAMA, la regulación prevista en el artículo 57 de dicha Constitución no suponía "(...) *que el trabajador no pueda disponer de derechos que tienen un origen no normativo -como el contrato de trabajo- dado que, en este ámbito, se respeta la autonomía privada, siempre y cuando se respeten los mínimos legales (...)*"⁶⁸

Sin embargo, reitero, en nuestra Constitución se ha positivizado el principio de irrenunciabilidad de derechos acogiendo la teoría objetiva, y se ha hecho de forma bastante clara y detallada, por lo que considero que vía interpretación no

podría incluirse a las manifestaciones propias de las teorías subjetiva y/o mixta del principio tales como: la exclusión del principio de irrenunciabilidad de derechos de las renunciaciones formuladas por las organizaciones sindicales de los derechos que le son propios, la exclusión del principio de irrenunciabilidad de derechos a las renunciaciones formuladas luego de concluido el vínculo laboral; y/o, la aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos a las renunciaciones de derechos nacidos de actos no normativos como el contrato⁶⁹. En realidad, cualquier interpretación en ese sentido sería inconstitucional, pues, reitero, es la Constitución la que ha definido los alcances del principio de irrenunciabilidad de derecho en el ordenamiento peruano con base en la teoría objetiva del principio (importancia de la fuente que reconoce el derecho).

2.3.3 *El Arbitraje y el principio de irrenunciabilidad de derechos*

Coincido con la Corte Suprema y con la doctrina mayoritaria, en el extremo de que la validez de una cláusula arbitral no puede ser analizada desde la perspectiva del principio de irrenunciabilidad de derechos. En este punto, corresponde precisar que, para aplicar el principio de irrenunciabilidad de derechos, previamente se debe verificar sus dos presupuestos: la renuncia y la titularidad del derecho. En tal sentido, cuando un trabajador opta por someter sus controversias al arbitraje, no efectúa renuncia alguna respecto de sus derechos laborales irrenunciables. Así pues, tal y como es explicado con claridad por VINATEA y SALVADOR⁷⁰, sus derechos continuarán siendo irrenunciables y ello tendrá por consecuencia que, probada la pretensión, el árbitro no podrá ordenar algo distinto a lo señalado por los tratados, la Constitución o las normas con rango de ley, según sea el caso.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que autores como OJEDA⁷¹ han propuesto que la decisión de someter al arbitraje las controversias

65 MANGARELLI, Cristina. *La transacción en el derecho del trabajo*, Fundación de cultura Universitaria, Montevideo, 2000, p. 18.

66 Artículo 57: Los derechos reconocidos de los trabajadores son irrenunciables. Su ejercicio está garantizado por la Constitución. Todo pacto en contrario es nulo.

67 NEVES MUJICA, Javier. *Trabajo y Constitución*. Neves Mujica, Javier (Director), Cultural Cuzco, Lima, 1989, p. 61.

68 TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "Los derechos laborales en las Constituciones de 1979 y 1993". En: *Balance de la reforma laboral peruana*, SPDTSS, Lima, 2001, p. 15.

69 Debate distinto es el de si se debe incluir dentro del ámbito de aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos a aquellos derechos nacidos del convenio colectivo. Ello dependerá de si se concluye que la teoría objetiva determina la irrenunciabilidad de los derechos nacidos de normas imperativas (entre las cuales se encuentra el convenio colectivo) o si, por el contrario, se determina la irrenunciabilidad de los derechos nacidos de normas de orden público (dentro de las que no se encuentra el convenio colectivo). Para la primera posición: CÁRDENAS TERRY, Ernesto. "El Principio de Irrenunciabilidad de Derechos y su (incorrecta) aplicación en la jurisprudencia laboral." En: *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro Homenaje a Javier Neves Mujica*, Grijley, Lima, 2009, pp. 162-163; mientras que, para la segunda posición: GARMENDIA ARIGÓN, Mario. *Orden público y Derecho del trabajo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001, p. 81 y, asimismo, SALA FRANCO, Tomás. "Los principios de imperatividad legal, de norma mínima y de norma más favorable". En: *Los principios del derecho del trabajo*. De la Villa Gil, Luis Enrique y López Cumbre, Lourdes (Directores), Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2003, p. 130.

70 VINATEA RECOBA, Luis y SALVADOR VARGAS, Alfredo. *Óp. Cit.*, p. 374.

71 OJEDA AVILÉS, Antonio. *La renuncia de derechos del trabajador (...)* *Óp. Cit.*, p. 216.

laborales implicaría una “renuncia a la tutela jurídica estatal”; frente lo cual no estoy de acuerdo porque en este caso existiría lo que podría ser denominado como un “derecho optativo” en el que el propio ordenamiento habilita al titular del derecho a ejercerlo, válidamente, en un sentido u otro. De esta forma, y aun cuando se asuma que el arbitraje no es jurisdicción⁷², el ordenamiento faculta al titular del derecho de acción para optar, alternativamente, por el arbitraje⁷³, cuyo laudo – salvo que incurra en causales de nulidad previstas taxativamente– será inmodificable y ejecutable⁷⁴; inclusive, y de ser necesario, podrá ser ejecutado coercitivamente mediante la vía judicial. En consecuencia no hay renuncia sino ejercicio del derecho en una de las formas admitidas por el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, no comparto la opinión de que el arbitraje siempre fue admisible como un mecanismo de resolución de conflictos laborales, respecto de todo tipo de pretensiones. En realidad, creo que es posible identificar dos momentos, marcados por la vigencia de la LGA y del D. Leg. No. 1071, respectivamente.

2.3.4 La LPT y su relación con la LGA y el D.LEG. N° 1071, respectivamente

En el ordenamiento jurídico peruano, el arbitraje – en general– ha sido previsto en el artículo 139 de la Constitución, el cual fue desarrollado inicialmente por la LGA y luego por el D. Leg. No. 1071. En tal sentido, son aquellas normas las que establecen, en primera instancia, qué materias podrían ser sometidas al arbitraje previsto en el artículo 139 de la Constitución. Por tal razón, para determinar si durante la vigencia de la LPT procedía el arbitraje laboral individual, no bastaba con una interpretación aislada del artículo 104 de dicha norma; en realidad, y como parte de un conjunto de normas que regulan el arbitraje previsto en

el artículo 139 de la Constitución, también se tendría que analizar la regulación en materia de arbitrabilidad objetiva que contenían las normas generales aplicables al arbitraje.

Al respecto, por arbitrabilidad objetiva, debe entenderse qué materias “(...) pueden ser resueltas mediante arbitraje”⁷⁵; y ello estaba regulado, inicialmente, en el artículo 1 de la LGA y, actualmente, en el artículo 2 del D. Leg. No. 1071. La cuestión está en que, en ambas normas, a diferencia de lo que ocurre en las normas laborales, se distingue entre controversias (en caso de la LGA) y materias (en el caso del D. Leg. No. 1071) disponibles e indisponibles. Por tal razón, a continuación se analizará la arbitrabilidad objetiva regulada en ambas normas, así como su relación con el artículo 104 de la LPT.

2.3.4.1 La arbitrabilidad objetiva en la LGA

En el artículo 1 de la LGA, norma que desarrolla el artículo 139 de la Constitución, se reguló la arbitrabilidad objetiva en los siguientes términos:

“Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse (...).”

Ello quería decir que, siguiendo a CANTURIAS: “(...) como regla general, puede afirmarse que se puede someter a arbitraje cualquier controversia referida a una materia que sea de libre disposición de las partes (...).”⁷⁶ Así pues, la LGA se acogía a la teoría de la libre disposición para la determinación de las materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje⁷⁷; aunque, en vista de que también preveía un listado taxativo de materias que no

72 Aunque, según el precedente vinculante vigente en materia arbitral emitido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente No. 00142-2011-PA/TC, sí lo es.

73 Por ejemplo, QUIROGA, para quien el arbitraje no es jurisdicción, sostiene que en aquellas materias admitidas por el ordenamiento, “El proceso Arbitral reemplaza al proceso judicial del Estado. La decisión arbitral (Laudo) equivale a una sentencia judicial, y el laudo final constituye cosa juzgada para sus protagonistas, sustrayéndose el conflicto o litigio (materia arbitrable) de la competencia de la justicia ordinaria, la que para ese caso específico deviene incompetente en su juzgamiento por sobre el convenio arbitral.” En: QUIROGA LEÓN, Aníbal. “Conciliación y Arbitraje en el Perú: presente y futuro.” En: *Derecho PUC*, No. 53, 2000, p. 776.

74 En esta línea, AVENDAÑO y VELÁSQUEZ sostienen que el laudo arbitral tiene efectos de cosa juzgada; aunque “lo dicho debe ser ponderado, pues no significa que compartamos la llamada teoría jurisdiccional del Arbitraje. Al contrario, consideramos que el Arbitraje es expresión de la autonomía de la voluntad, pues consiste en un pacto que sustrae los eventuales conflictos del ámbito judicial, para que sean resueltos en un proceso privado previamente acordado y cuyo fallo vinculará también en virtud de tal pacto. Que a ese fallo se le atribuya efectos de cosa juzgada no significa que el Arbitraje sea ejercicio de poder jurisdiccional, pues esa cualidad la tiene para proteger la autonomía de la voluntad, para asegurar que el fallo acordado por convenio arbitral sea realmente eficaz y difícil de ser incumplido.” En: AVENDAÑO VALDEZ, Juan Luis y VELÁSQUEZ MELÉNDEZ, Raffo. “El nuevo precedente constitucional sobre Arbitraje. En especial, sobre la revisión solicitada por <<terceros>>.” En: *Advocatus*, No. 27, pp. 223-224.

75 CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, Tomo I, Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones -IPA, Lima, 2011, p. 8.

76 CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. “Marco legal aplicable al arbitraje en el Perú: Ley General de Arbitraje y Legislación Aplicable al Estado Peruano.” En: *Arbitraje comercial y arbitraje de inversión. El arbitraje en el Perú y el Mundo*. Soto Coaguila, Carlos Alberto (Director). Instituto Peruano de Arbitraje – IPA, Lima, 2008, p. 40.

77 CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. Loc. Cit.

podían ser sometidas a arbitraje, se ha concluido que, además de la teoría de la libre disposición, la LGA acogía el criterio negativo⁷⁸.

En esa línea, CASTILLO, VÁSQUEZ y SABROSO, haciendo referencia al trabajo de VISCOSILLAS, explican que la teoría de la libre disposición "(...) significa que las partes han de tener libre disposición en relación con la materia sometida a arbitraje y, además, la libertad de poder someter su disputa a arbitraje"⁷⁹. Por tal razón, coincido con los autores en el sentido de que, si bien la norma hacía referencia a "controversias de libre disposición", en realidad se refería a la libre disponibilidad de los derechos sobre los que versa la controversia⁸⁰. Además, esta fue la posición acogida por el Tribunal Constitucional en el precedente vinculante contenido en la sentencia recaída en el Expediente No. 6167-2005-PHC/TC, según el cual:

***"Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1º de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria. El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido ex post, es decir, a posteriori, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo previstos en la Ley General de Arbitraje. Por su parte, el control constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional; vale decir que tratándose de materias de su competencia, de conformidad con el artículo 5º, numeral 4 del precitado código, no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas. En ese sentido, si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo"* (Resaltado agregado).**

En conclusión, durante la vigencia de la LGA, la opción acogida por el ordenamiento jurídico peruano iba en el sentido de que ningún derecho indisponible podía ser discutido mediante un arbitraje, en la medida de que no admitía ningún tipo de excepción a los alcances de la arbitrabilidad objetiva que fue fijada en su artículo 1. Y esta conclusión también era aplicable, incluso, cuando

existiera alguna norma "especial" que, en sentido contrario, admitiera la posibilidad de someter a arbitraje algún derecho indisponible⁸¹.

Dicho esto, en el derecho laboral, y desde la teoría objetiva del principio de irrenunciabilidad de derechos que ha sido recogida por la Constitución, existen derechos laborales renunciables (o de libre disposición) e irrenunciables (o indisponibles, según el concepto de renuncia propuesto en este artículo). De tal forma, en materia laboral, una controversia podría versar sobre derechos irrenunciables, sobre derechos renunciables (o de libre disposición) o sobre ambos. En efecto, podrían producirse cualquiera de estos escenarios de cara a un proceso judicial o un arbitraje:

- (i) Que la pretensión esté orientada al reconocimiento de un derecho irrenunciable. Así por ejemplo, el pago de la una indemnización por despido arbitrario.
- (ii) Que la pretensión esté orientada al reconocimiento de un derecho de libre disposición. Así por ejemplo, el pago de una gratificación extraordinaria.
- (iii) Que la pretensión esté orientada al reconocimiento de derechos irrenunciables y de libre disposición, respectivamente. Así por ejemplo, el pago de una indemnización por despido arbitrario más el pago de una gratificación extraordinaria.

Pues bien, la LPT establecía en su artículo 104 que "*las controversias jurídicas en materia laboral pueden ser sometidas a arbitraje (...)*". No obstante, tales controversias podían versar sobre derechos disponibles y/o indisponibles, razón por la cual se debía recurrir a la LGA, que es la norma que desarrolla el arbitraje previsto en el artículo 139 de la Constitución y que establece, en primera instancia, qué materias podrían ser sometidas a arbitraje.

Siendo ello así, en vista de que la LGA impedía que se someta a arbitraje las controversias sobre derechos indisponibles, sin ningún tipo de excepción, no cabe sino concluir que el artículo 104 de la LPT únicamente podía ser aplicable respecto de aquellas controversias en las que se discutiera un derecho de libre disposición. Por lo tanto, la LPT no aportaba nada nuevo respecto de la posibilidad de someter a arbitraje conflictos laborales, ya que la posibilidad de discutir mediante un arbitraje derechos disponibles venía

78 CASTILLO FREYRE, Mario, VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo, SABROSO MINAYA, Rita. "Nueva Ley de Arbitraje: ¿cuáles son las materias arbitrables?" En: *Actualidad Jurídica*, No. 177, p. 33.

79 *Id.*, p. 32.

80 *Id.*, p. 33.

81 Al respecto, Expedientes No. 10063-2006-AA/TC, 07627-2005-PA/TC y 07641-2005-PA/TC.

dada desde la propia LGA que complementaba la regulación prevista en el artículo 104 de la LPT.

Inclusive, en el supuesto de que se discrepe con la interpretación propuesta (así como con lo resuelto por el Tribunal Constitucional con carácter de precedente vinculante) y se descarte la equivalencia entre “controversias de libre disposición” y “materias de libre disposición”, se tendría que analizar el numeral 3 del artículo 1 de la LGA, que establece que tampoco son arbitrables las controversias que interesan al orden público. En tal sentido, y en vista de que la imperatividad de las normas laborales, en la mayoría de los casos, se sustenta en su carácter de orden público, aquellas controversias referidas a derechos nacidos de esas normas tampoco serían arbitrables⁸².

Finalmente, debe quedar claro que, en estas circunstancias, no cabía analizar si el árbitro o el tribunal arbitral respetarían el principio de irrenunciabilidad de derechos al momento de resolver la controversia. Aquí, el principio de irrenunciabilidad de derechos no constituye un parámetro de validez respecto de un eventual pronunciamiento del árbitro o el tribunal arbitral (fondo) sino que, dicho principio, al tener por consecuencia la existencia de derechos laborales irrenunciables, impide que sea posible conocer y emitir un pronunciamiento en controversias que los involucren, cualquiera sea el sentido de la decisión (competencia)⁸³.

2.3.4.2 La arbitrabilidad objetiva en el D.LEG. N° 1071

El escenario antes descrito, varió radicalmente con la entrada en vigencia del D. Leg. No. 1071 que, a pesar de que también se adscribía a la teoría de la libre disposición, incorporó una excepción no prevista en la LGA. En efecto, el numeral 2 del artículo 1 de dicha norma establece que “*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” (Resaltado agregado).⁸⁴

Así pues, recién con la entrada en vigencia del D. Leg. No. 1071, adquiere relevancia el artículo 104 de la LPT según el cual, sin ninguna distinción, “*las controversias jurídicas en materia laboral pueden ser sometidas a arbitraje (...)*”. En efecto, pese a que con carácter general los derechos laborales irrenunciables no podían ser sometidos a arbitraje, coincido con ÁGREDA⁸⁵ en el sentido de que, en vista de que la LPT no distinguía entre derechos disponibles e indisponibles en su artículo 104, esta norma constituía el supuesto de excepción previsto en el numeral 2 del artículo 1 del D. Leg. No. 1071 (“*aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen*”)⁸⁶.

De esta forma, con la vigencia del D. Leg. No. 1071, solo bastaba la existencia de un convenio arbitral, o de una cláusula arbitral insertada en el contrato de trabajo, para que sea posible someter a arbitraje cualquier controversia laboral. Es decir, existía un arbitraje libre⁸⁷.

2.3.5 Resumen de la posición

Por lo expuesto, durante la vigencia de la LPT existen dos momentos que son resumidos en el siguiente cuadro:

Norma	Derechos irrenunciables	Derechos disponibles
LGA	No	Sí
D. Leg. No. 1071	Sí	Sí

La cuestión está en que ese arbitraje libre, derivado del D. Leg. No. 1071 y el artículo 104 de la LPT, generó muchos problemas en la práctica por la propia naturaleza de la relación laboral. Así, se ha explicado que:

“Convengamos que si por lo general los contratos de trabajo son de adhesión en los que el trabajador

82 Para una posición crítica de la inarbitrabilidad de las controversias que involucran al orden público: BULLARD GONZALEZ, Alfredo. “<<No cometerás actos impuros>>: El orden público y el control judicial del laudo arbitral”. En: *Themis*, No. 63, pp. 185-200.

83 Por ello es que en este caso no podría ser aplicable la misma lógica expuesta al momento de analizar la procedencia y validez de las FECP, referida a la necesidad de efectuar un juicio de probabilidad respecto de la fundabilidad de la pretensión para determinar la procedencia del arbitraje. De haberse aplicado la misma lógica, se llegaría al absurdo que, incluso cuando se haya admitido la procedencia del arbitraje por la presencia de dudas fundadas y razonables respecto de la existencia del derecho discutido, si luego de tramitado el arbitraje y actuadas las pruebas el árbitro concluye que la demanda es fundada, tendría que declararse incompetente sin emitir pronunciamiento; y ello no puede ser aceptado puesto que se reputaría como válidos arbitrajes ineficaces.

84 La norma aquí corrige lo que para mí era un error de redacción de la LGA y ya no se refiere a “controversias de libre disposición” sino a “controversias sobre materias de libre disposición”. La cuestión está en que el Tribunal Constitucional, en el precedente vinculante vigente sobre arbitraje, desarrolla ese artículo con el mismo razonamiento aplicado para el análisis del artículo 1 de la LGA. Expediente No. 00142-2011-PA/TC.

85 ÁGREDA ALIAGA, Jorge Orlando. “Comentarios respecto de la posibilidad de someter a Arbitraje controversias derivadas de una relación individual de trabajo.” En: *Foro Jurídico*, No. 9, p. 100.

86 Cabe señalar que en el Tratado de Libre Comercio suscrito con EE.UU. también se ha previsto expresamente la posibilidad de someter a arbitraje las controversias laborales.

87 Aunque, con la vigencia del D. Leg. No. 1071, ÁGREDA se mostraba en desacuerdo con la posibilidad de un arbitraje laboral individual libre, razón por la que propuso que la validez de las cláusulas arbitrales debían estar sujetas a los límites de la figura del abuso del derecho. En: ÁGREDA ALIAGA, Jorge Orlando. *Ob. Cit.*, pp. 102-105.

no participa en la negociación de sus estipulaciones y, si además se trataba de un trabajador con un nivel menor de ingresos o que percibía la remuneración mínima vital, prácticamente se le estaba negando el acceso a la justicia por el costo económico que ciertamente involucra un arbitraje. Y si a ello le sumamos que el empleador incluía en los contratos de trabajo que el órgano arbitral debía ser colegiado (mínimo tres miembros), el trabajador quedaba prácticamente desamparado pues si acudía al Poder Judicial a interponer su reclamo por lo oneroso del arbitraje, el empleador alegaba la incompetencia del juzgado y vencía a su trabajador deduciendo excepción de convenio arbitral.⁸⁸

Frente a dicha situación, en la NLPT se ha introducido determinados requisitos con el fin de someter una controversia laboral al arbitraje, los cuales son analizados a continuación.

No obstante, aquí es necesario hacer un alto con el fin de reiterar que, el hecho de que se haya constatado (o presumido) que la mayoría de cláusulas arbitrales suscritas por los trabajadores eran impuestas por el empleador dada la condición desigual del trabajador al interior de la relación laboral, no habilita que sean declaradas inválidas en aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos, ni siquiera desde la teoría subjetiva del principio. La razón ya fue advertida y radica en el hecho de que no se verifica un acto de renuncia porque, ya sea que se opte por acudir al poder judicial, o que se opte por el arbitraje, se está ejercitando un derecho.

Este tipo de cláusulas en las que, pese a ser impuestas, no se renuncia a ningún derecho, podrían ser analizadas desde el principio de razonabilidad, tal y como ocurre –por ejemplo– en las cláusulas de permanencia y/o exclusividad⁸⁹. Sin embargo, si bien la teoría subjetiva del principio de irrenunciabilidad derechos se sustenta en la constatación de cláusulas impuestas por el empleador, la puesta en duda del ejercicio de autonomía de la voluntad del trabajador solo aplica en un supuesto único y excepcional: la renuncia.

3. El Arbitraje laboral individual regulado en la NLPT

La sexta disposición complementaria de la NLPT establece lo siguiente:

“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).”

De esta forma, y atendiendo a la situación patológica que había producido el arbitraje libre, la NLPT ha establecido dos requisitos para que puedan ser sometidas a arbitraje las controversias sobre derechos irrenunciables. Al exigirse que el convenio arbitral sea pactado tras finalizar el vínculo laboral se busca, pues, que el trabajador no haya optado por recurrir al arbitraje por el temor de una represalia y/o de perder su empleo; mientras que, asimismo, se ha previsto que el trabajador cuente con los medios económicos necesarios para solventar ese tipo de procesos al exigir que la remuneración al cese supere las 70 Unidades de Referencia Procesal.

Estaría de acuerdo con la regulación prevista en la NLPT, si ambos requisitos no hubieran sido previstos de forma copulativa. Difícilmente un trabajador que perciba más de 70 Unidades de Referencia Procesal se vea presionado a suscribir una cláusula arbitral por el temor de una represalia y/o de perder su empleo, de modo que en esos casos no creo correcto exigir, además, que el vínculo laboral se haya extinguido. En el mismo sentido, una vez concluido el vínculo laboral no existen razones jurídicas para suscribir un convenio arbitral dado que ya no hay una relación de subordinación ni dependencia, razón por la que, si un trabajador que no percibe más de 70 Unidades de Referencia Procesal considera que sí tiene los medios para acudir a un arbitraje, no veo motivos para impedirselo. De esta forma, creo que los requisitos bajo comentario debieron ser alternativos, mas no copulativos.

Sin perjuicio de ello, corresponde señalar que dichos requisitos son constitucionales y no podrían ser cuestionados desde lo dispuesto por el artículo 139 de la Constitución que reconoce constitucionalmente el arbitraje. Ello es así porque, de acuerdo al numeral 1 del artículo 2 del D. Leg. No. 1071, con carácter general, las controversias laborales sobre derechos irrenunciables no son susceptibles de ser sometidas a arbitraje al tratarse de materias que no son de libre disposición⁹⁰. No obstante, el propio D. Leg. No. 1071 admite que

88 AA. VV., *Análisis y comentarios de la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Análisis artículo por artículo con concordancias legislativas y referencias doctrinales y jurisprudenciales*. Vinatea Recoba, Luis y Toyama Miyagusuku, Jorge (Directores), Soluciones Laborales, Lima, 2012, p. 325.

89 Sobre la aplicación del principio de razonabilidad sobre las cláusulas de permanencia y/o exclusividad: CADILLO ÁNGELES, Carlos. “Validez del pacto de permanencia en el caso de artistas trabajadores.” En: *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 106, diciembre 2009, pp. 383-389 y CASTRO POSADAS, Eric. “Los pactos de no competencia en el derecho laboral peruano.” En: *Ius et veritas*, No. 39, pp. 244-253.

90 En este sentido: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje (...)* Óp. Cit., pp. 9 y 14.

una una ley o tratado habilite someter aquellas controversias, sobre derechos irrenunciables, al arbitraje. En tal medida, si lo que hace la NLPT es, justamente, permitir el arbitraje en supuestos en los que inicialmente estaría proscrito, no podría ser catalogada de inconstitucional. En realidad, cualquier cuestionamiento en ese sentido debería estar dirigido a la excepción prevista en el D. Leg. No. 1071.

Finalmente, una cuestión adicional que deriva de la regulación contenida en la NLPT está referida a la posibilidad de que las organizaciones sindicales sometan al arbitraje sus controversias jurídicas que versen sobre derechos irrenunciables, ya que no solo el trabajador individual tiene legitimidad para demandar en un proceso judicial. Pues bien, tal y como ha sido prevista la regulación, las organizaciones sindicales no podrán someter sus controversias jurídicas a un arbitraje (salvo que se trate de la discusión de una cláusula obligacional) porque no están en la capacidad de cumplir con ninguno de los requisitos previstos en la NLPT y, en atención a ello, les sería aplicable el numeral 2 del artículo 1 del D. Leg. No. 1071, según el cual no serían arbitrables los derechos que les son reconocidos por los tratados, la Constitución y/o las normas con rango legal, al ser irrenunciables.

En ese sentido, en la sexta disposición complementaria de la NLPT se debería agregar la posibilidad de que las organizaciones sindicales también puedan recurrir al arbitraje. En su caso, difícilmente serán presionadas por el empleador para suscribir un convenio arbitral y/o incorporar una cláusula arbitral en el convenio colectivo, de modo que es razonable presumir que solo someterán sus controversias a arbitraje si tienen los medios para acudir a dicha instancia. Y esta posibilidad real de que las organizaciones sindicales opten por el arbitraje también debería admitir que, cuando actúen como representantes, sea válido recurrir al arbitraje para discutir derechos laborales individuales sin que sea necesario cumplir con los requisitos actualmente previstos en la NLPT.

4. Los Arbitrajes pactados durante la vigencia de la LPT y el nuevo supuesto de arbitrabilidad objetiva introducido por la NLPT

Durante la vigencia de la LPT, la mayoría de los arbitrajes laborales eran pactados mediante una cláusula inserta en el contrato de trabajo. De tal forma, cabe preguntarse cuál es la situación de esas cláusulas, considerando que los requisitos

previstos en la NLPT no existían al momento de ser pactadas. Así pues, y sobre las cláusulas pactadas durante la vigencia del D. Leg. No. 1071 que tenían por consecuencia la discusión de derechos irrenunciables en la vía arbitral, surgen dos opciones: la primera, referida a su validez, debido a que al momento de ser pactadas no existía ninguna limitación; mientras que, por la segunda, serían ineficaces en la medida de que no cumplen con los requisitos previstos por la NLPT. Yo opto por la segunda porque, conforme será desarrollado a continuación, ello es consecuencia de la aplicación inmediata de la NLPT.

Es cierto que, de conformidad con el artículo 62 de la Constitución, los términos contractuales –como la decisión de acudir al arbitraje– no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Más aún, cuando, al haber sido incorporada expresamente al contrato de trabajo, se habría cumplido con los requisitos previstos por la tercera disposición complementaria, transitoria y derogatoria de la LPCL⁹¹ para la aplicación del artículo 62 de la Constitución en la relación laboral.

Sin embargo, una primera respuesta a ello sería que la aplicación del artículo 62 no ha sido irrestricta en materia laboral; por el contrario, en la sentencia recaída en el Expediente No. 2670-2002-AA/TC, el Tribunal Constitucional concluyó que el artículo 62 de la Constitución no podía constituir como un pretexto para evitar que el Estado corrija una situación manifiestamente contraria al ordenamiento. En dicho proceso, los demandantes sostenían que la Ley No. 27626, Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, contenía una violación al artículo 62 cuando exigía adecuar los contratos que ya habían suscrito a los lineamientos previstos en dicha norma. Frente a ello, el Tribunal Constitucional arribó a la conclusión antes expuesta debido a que se trataba de una situación excepcional generada por el contexto de abuso en el que los servicios de intermediación laboral venían siendo contratados. Pues bien, esta misma situación excepcional se producía con anterioridad de la entrada en vigencia de la NLPT, y justamente de ello derivan los requisitos contenidos en la norma procesal laboral actual, de modo que sería aplicable el criterio asumido por el Tribunal Constitucional.

No obstante, a pesar de las similitudes fácticas entre ambas situaciones, creo que la intangibilidad contractual prevista por el artículo 62 de la Constitución es necesaria en

91 Hago esta afirmación sin perjuicio de la constitucionalidad de la disposición a la que se ha hecho referencia. Principalmente, porque cuenta con presunción de constitucionalidad y, asimismo, porque ya prescribió el plazo para iniciar un proceso de inconstitucionalidad sobre ella.

nuestro ordenamiento, por lo que creo que ese argumento solo podrá ser defendido si el Tribunal Constitucional se pronuncia y declara expresamente, tal y como lo hizo en la sentencia recaída en el Expediente No. 2670-2002-AA/TC, la excepción antes referida. En ese sentido, corresponde proponer un segundo argumento, más importante (y seguro), el cual se sustenta en el concepto de arbitrabilidad objetiva.

Al respecto, antes se ha señalado que la arbitrabilidad objetiva define qué materias pueden ser resueltas mediante un arbitraje⁹²; es decir, qué controversias pueden ser discutidas en un arbitraje y culminar en un laudo válido. De tal forma, la arbitrabilidad objetiva tendría que ser analizada, tanto al momento en que se conviene acudir al arbitraje, como al momento en que se producen las condiciones para que se inicie el arbitraje; de lo contrario, según la definición acogida sobre arbitrabilidad objetiva, se podría iniciar un arbitraje sin que exista posibilidad alguna de emitir un laudo conforme a ley.

Para ello, se debe tener en cuenta que la norma vigente es la NLPT y que la única excepción a su aplicación inmediata está referida a los procesos en trámite bajo la LPT. En ese sentido, al tratarse de una excepción, no cabría extender la ultractividad de la LPT también a aquellos casos en los que se haya pactado un arbitraje con anterioridad a la entrada en vigencia de la NLPT.

Dicho esto, con la entrada en vigencia de la NLPT, las cláusulas pactadas al amparo de la LPT que establecía un arbitraje libre continuarán siendo válidas en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 62 de la Constitución. No obstante, por la aplicación inmediata de las normas, al momento de determinar su competencia en el arbitraje el árbitro deberá aplicar las normas vigentes que establecen la arbitrabilidad objetiva; es

decir, no solo la norma vigente al momento de la suscripción de la cláusula, sino también la NLPT⁹³ que prevé dos requisitos para poder resolver válidamente una controversia mediante un arbitraje que no han sido cumplidos por las partes: que la decisión de acudir a la vía arbitral se haya producido luego de concluido el vínculo laboral y que el trabajador perciba determinado monto remunerativo.

Siendo así, la cláusula arbitral será válida; aunque estará impedida, parcialmente, de producir los efectos deseados por las partes: que una controversia que involucre derechos laborales irrenunciables sea resuelta a través de un arbitraje. Se produce pues, un supuesto de ineficacia de la cláusula descrita ya que, a pesar de ser válida, por hechos sucesivos a la celebración del negocio jurídico no está en la capacidad de producir efectos⁹⁴.

Entonces, la aplicación de la NLPT a las cláusulas arbitrales pactadas durante la vigencia de la LPT no constituye una aplicación retroactiva de la ley porque ello implicaría un entendimiento parcial del concepto de arbitrabilidad objetiva, según el cual solo comprendería al momento de la suscripción de la cláusula correspondiente⁹⁵. En realidad, el concepto de arbitrabilidad objetiva incluye, tanto el pacto de la cláusula arbitral, como el inicio del arbitraje, puesto que, como ya se ha explicado, la arbitrabilidad objetiva establece "(...) las cuestiones que pueden ser resueltas mediante arbitraje"⁹⁶; es decir, aquellas cuestiones respecto de las cuales se podría discutir y emitir un laudo válido.

Por lo tanto, si como ocurre en el presente caso, se ha emitido una norma (NLPT) que varía la arbitrabilidad objetiva e impide que los derechos laborales irrenunciables sean discutidos y resueltos mediante un arbitraje (salvo que se

92 Al respecto: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje (...)* Óp. Cit., p. 8.

93 En la sentencia recaída en el Expediente No. 1300-2002-HC/TC, el Tribunal Constitucional determinó que: "En cuanto a la aplicación de normas en el tiempo, la regla general es su aplicación inmediata. Determinados hechos, relaciones o situaciones jurídicas existentes, se regulan por la norma vigente durante su verificación. En el derecho penal material, la aplicación inmediata de las normas determina que a un hecho punible se le aplique la pena vigente al momento de su comisión. En el derecho procesal, el acto procesal está regulado por la norma vigente al momento en que éste se realiza." Asimismo, en la sentencia recaída en el Expediente No. 2196-2002-HC/TC, el Tribunal Constitucional señaló –aunque analizando las normas procesales penales– que "En el caso de las normas procesales penales rige el principio *tempus regit actum*, cuyo enunciado es que la ley procesal aplicable en el tiempo es la que se encuentra vigente al momento de resolverse el acto. Esto supone la aplicación inmediata de la ley procesal, mas no que a través de ella se regulen actos procesales ya cumplidos con la legislación anterior."

94 Al respecto: RUBIO, citado por: TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "Validez y eficacia del contrato de trabajo." (...) Óp. Cit., p. 453 y MORALES HERVIAS, Rómulo. Óp. Cit., pp. 199-201 y 209-213.

95 Por ejemplo, GONZALES sostiene que "atendiendo que el contrato de trabajo y el pacto de arbitraje como solución de controversias en el ámbito de las relaciones laborales individuales fueron celebrados con anterioridad a la vigencia de la NLPT, no cabría la aplicación de los requisitos regulados por la precitada legislación procesal, en tanto podría asumirse que ello representaría una indebida aplicación de la norma (retroactividad) que no se encontró vigente a la fecha de celebración de la cláusula arbitral regida por la Ley No. 26636 (derogada Ley Procesal de Trabajo)." Como se puede apreciar, se circunscribe el concepto de arbitrabilidad objetiva únicamente al momento de la suscripción de la cláusula arbitral y se pierde de vista el momento del inicio del arbitraje. En: GONZALES RAMÍREZ, Luis Álvaro. "El arbitraje en las relaciones individuales de trabajo. Derecho de los trabajadores al acceso a la justicia arbitral." En: *Soluciones Laborales*, No. 60, diciembre 2012, p. 24.

96 CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. Loc. Cit.

cumpla con determinados requisitos), la cláusula arbitral pactada válidamente bajo los alcances de la LPT sometiendo a arbitraje una discusión que verse sobre tales derechos, se habrá tornado en ineficaz, justamente ante la imposibilidad de que tales materias sean discutidas y resueltas en un arbitraje por la aplicación inmediata de la NLPT que niega tal posibilidad.

Por lo tanto, frente a una solicitud de arbitraje que verse sobre derechos irrenunciables con base en una cláusula arbitral pactada con anterioridad a la vigencia de la NLPT, y sin que se cumpla con los requisitos establecidos por esta última, cabría una excepción de incompetencia sustentada en la ineficacia del convenio arbitral que tendrá que ser declarada fundada. Si pese a la excepción formulada, el árbitro o el tribunal arbitral asumen la competencia de la controversia, cabría recurrir al control *ex post*⁹⁷ consistente en un recurso de impugnación de laudo arbitral.

5. Conclusión

En conclusión, dado que al someter una controversia al arbitraje no se renuncia a ningún derecho laboral (ni tampoco a la tutela jurisdiccional), el principio de irrenunciabilidad de derechos no es aplicable a dicha decisión. Sin embargo, ello no significa que dada la especial situación del trabajador no deban existir límites para someter al arbitraje sus controversias. Por tal razón, me parece correcto que la NLPT establezca límites a la posibilidad de someter a arbitraje las controversias que versan sobre derechos irrenunciables; aunque creo que podría optimizarse dicha regulación estableciendo que los requisitos de la NLPT son alternativos, mas no copulativos; así como permitiendo que las organizaciones sindicales se encuentren excluidas de dichos requisitos para recurrir al arbitraje, ya sea para discutir derechos que les son propios, como en representación de sus afiliados. 🇨🇷

97 Al respecto, MATHEUS explica que el D. Leg. No. 1071 "(...) *asume el favor arbitralis al establecer un control ex post de la indisponibilidad a través de la anulación del laudo arbitral.*" En: MATHEUS LOPEZ, Carlos Alberto. "Comentarios al decreto legislativo que norma el arbitraje." En: *Actualidad Jurídica*, No. 177, p. 38.