

Comentarios respecto de la posibilidad de someter a Arbitraje controversias derivadas de una relación individual de trabajo

Jorge Orlando Ágreda Aliaga*

Hay un guardián ante la Ley. A ese guardián llega un hombre del campo que pide ser admitido a la Ley. El guardián le responde que ese día no puede permitirle la entrada. El hombre reflexiona, y pregunta si luego podrá entrar. "Es posible", dice el guardián, "pero no ahora". (...) El hombre no ha previsto esas trabas. Piensa que la Ley debe ser accesible a todos los hombres, pero al fijarse en el guardián (...) resuelve que más vale esperar. El guardián le da un banco y lo deja sentarse junto a la puerta. Ahí, pasa los días y los años. (...) Ya no le queda mucho por vivir. En su agonía los recuerdos forman una sola pregunta, que no ha propuesto aún al guardián. Como no puede incorporarse, tiene que llamarlo por señas. El guardián se agacha profundamente, pues la disparidad de las estaturas ha aumentado muchísimo. "¿Qué pretendes ahora?", dice el guardián; "eres insaciable". "Todos se esfuerzan por la Ley", dice el hombre. "¿Será posible que en los años que espero nadie haya querido entrar sino yo?". El guardián entiende que el hombre se está acabando y tiene que gritarle para que le oiga: "Nadie ha querido entrar por aquí, porque a ti solo estaba destinada esta puerta. Ahora voy a cerrarla."

FRANZ KAFKA
Ante la Ley (1919)

Nadie puede negar el gran valor del arbitraje en nuestra sociedad, más aun cuando parece que la ilusión del desarrollo parece tomar forma. Así, este mecanismo se puede arrojar el mérito de ser uno de los principales factores para el crecimiento de las inversiones en nuestro país.

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

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

Ahora, el arbitraje en materia laboral no es una novedad o un invento reciente. Por ejemplo, es

una herramienta utilizada permanentemente en las relaciones colectivas de trabajo (no necesariamente desde el punto de vista de solución de controversias, sino desde uno referido a satisfacción de intereses económicos), y que, a pesar de algunos inconvenientes en su regulación, puede jactarse de resultados satisfactorios².

Pero el arbitraje en materia laboral no sólo se agota en lo colectivo, sino que se extiende al ámbito de las relaciones individuales de trabajo. El artículo 104º de la Ley Procesal del Trabajo (Ley N° 26636) establece que *"las controversias jurídicas en materia laboral pueden ser sometidas a arbitraje, pudiendo las partes acogerse a lo dispuesto en la Ley General de Arbitraje u optar por otro procedimiento arbitral"*. Dicha fórmula legal abre la puerta a que las partes de una relación laboral (en este caso, individual) puedan someter a un arbitraje cualquier controversia que se derive de la misma.

Al amparo de la norma señalada, en muchas relaciones laborales individuales, básicamente al momento de la suscripción de los respectivos contratos de trabajo, se han incluido cláusulas arbitrales que, eventualmente, han impedido a los trabajadores obtener un pronunciamiento por parte del Poder Judicial sobre el fondo de sus reclamos³.

* Abogado. Profesor Adjunto de Derecho Laboral en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Asesor de la Alta Dirección del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Asociado del Estudio Pizarro, Botto & Escobar.

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

2 Igualmente, considerando que entre una organización sindical y el empleador exista, en teoría, una situación de igualdad material. Somos de la opinión de que este tipo de arbitraje no ofrecería mayores controversias en su procedencia (por lo menos, no desde la óptica de este trabajo).

3 Al respecto, podemos observar lo resuelto en la Casación N° 1219-98 Lima (del 17 de noviembre de 1999) y la Casación N° 90-98 Lima (del 6 de abril de 2000), sobre las cuales nos pronunciaremos en líneas posteriores.

A continuación procederemos a analizar el tratamiento legislativo y judicial respecto de las cláusulas arbitrales suscritas con trabajadores, y si a pesar de ello éstas resultarían válidas bajo cualquier circunstancia.

De acuerdo con lo dispuesto por el inciso 2.1. del artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1071, “*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*”⁴. Al respecto, mucho se podría discutir si el sometimiento de controversias de índole laboral individual supone un desconocimiento del principio de irrenunciabilidad de derechos.

Como es sabido, el principio de irrenunciabilidad es definido como la imposibilidad jurídica de disponer de manera voluntaria de uno o más beneficios concedidos por el Derecho del Trabajo⁵ o también como la prohibición de actos de disposición por parte del titular de un derecho cuyo origen sea una norma imperativa, bajo sanción de nulidad del acto de disposición⁶. En consecuencia, se puede establecer que los derechos sustantivos derivados de una relación laboral, y cuya fuente es una norma imperativa, no son de libre disposición y, por tanto, no podrían ser sometidos a arbitraje⁷.

Y, a pesar de que existan posturas que señalen que la libre disposición no es algo contrario a la irrenunciabilidad⁸, nosotros opinamos que la validez de una cláusula arbitral en una relación laboral individual no depende de estas discusiones teóricas. Por tanto, consideramos que el análisis debe abordarse desde la opción legislativa adoptada sobre la materia.

Como hemos señalado, la nueva Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071) establece que, si bien es cierto sólo pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición, también establece que se pueden someter aquellas materias autorizadas por ley. Y si sumamos lo antes señalado a la existencia del artículo 104° de la Ley Procesal del Trabajo (norma de igual jerarquía que las normas de arbitraje), queda claro que, legalmente

hablando, es válido el sometimiento de dichas controversias a un proceso arbitral⁹.

Sobre la base de lo mencionado debemos agregar que en la fórmula legal no existe limitación legal sobre la utilización de convenios arbitrales en materia individual laboral, por lo que podrían ser utilizados en cualquier relación laboral, desde aquella existente con un Gerente General o aquella vigente con un trabajador que percibe poco más de la remuneración mínima vital.

Sin embargo, como ya se puede adelantar, no podemos estancarnos en un análisis tan legalista, ya que existen diferentes circunstancias que nos podrían llevar a cuestionar la validez de dichas cláusulas en distintos supuestos.

En sede judicial la apreciación del arbitraje laboral individual ha generado posiciones encontradas. Así, tal como se ha indicado de modo previo, existen resoluciones judiciales que establecían que los convenios arbitrales en materia laboral individual no eran válidos, toda vez que suponían el sometimiento de materias que no eran de libre disponibilidad.

Sin embargo, existen posiciones distintas, que son las mayoritarias y jerárquicamente más trascendentes, que establecen que las cláusulas arbitrales en esta materia son válidas (aparentemente, sin limitación alguna) y, por tanto, se deben conceder todas las defensas correspondientes a los empleadores. Así, tenemos lo establecido por la Casación N° 1219-98 Lima, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, de fecha 17 de noviembre de 1999, que señala lo siguiente:

“Cuarto.- Que cuando la Ley Procesal del Trabajo establece en su citado artículo ciento cuatro la posibilidad del arbitraje, previamente no modifica el carácter irrenunciable de los derechos laborales, contemplado en el artículo veintiséis, inciso segundo de la Constitución Política vigente (...), lo que tampoco se podría haber hecho vía una Ley; lo que significa que su disposición no es contraria

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

5 PLÁ RODRÍGUEZ. Los principios del Derecho del Trabajo (Tercera Edición). Buenos Aires: Ediciones Depalma. 1998. p. 117.

6 NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho Laboral. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2004. p. 103.

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

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

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

a la Constitución, sino que armoniza con ella; por consiguiente, la irrenunciabilidad de los derechos laborales no es un elemento que los coloque dentro del grupo de los derechos indisponibles, los cuales no pueden ser materia de arbitraje según el artículo primero de la Ley General de Arbitraje (...). **Sexto.-** Que siendo ello así, (...) la posibilidad de que las controversias jurídicas en materia laboral individual sean objeto de arbitraje existía mucho antes de la vigencia de la Ley Procesal del Trabajo, la cual simplemente hizo expresa dicha posibilidad, sino que se supeditaba a la existencia de una Ley que regule la institución jurídica del arbitraje diferente a la ya existente para el derecho laboral colectivo (...), tanto más si el sometimiento a arbitraje no implica ni expresa, ni tácitamente la renuncia a sus beneficios laborales, sino a la dilucidación de éstos, ante la controversia con el empleador, por parte de una tercera persona distinta al Poder Judicial.”

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

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

Lo antes mencionado corrobora nuestra posición de que, en principio, la posibilidad de someter a arbitraje controversias de índole laboral individual es legalmente posible, pero va en contra de la idea de que el análisis no se puede agotar en la mera revisión de la ley.

Como lo hemos indicado, generalmente, cuando la relación entre el empleador y el trabajador es de desigualdad material evidente, las cláusulas arbitrales son impuestas por el empleador a efectos de que, debido al carácter oneroso del arbitraje, ante cualquier circunstancia de reclamo por parte del trabajador, éste no pueda acceder a algún mecanismo para tutelar sus derechos.

En efecto, después de suscrita la cláusula arbitral y ante la eventualidad de algún reclamo por derechos laborales (sea durante o después de la vigencia de la relación laboral), debido a la onerosidad del arbitraje o por un desconocimiento de las implicancias de haber suscrito un convenio de tales características, el trabajador interpone una demanda ante el Poder Judicial, en la que reclama los beneficios a los que alega tener derecho.

Ante dicha situación, amparado en lo dispuesto por el artículo 104° de la Ley Procesal del Trabajo, el artículo 16° del Decreto Legislativo N° 1071¹⁰ y el artículo 446° del Código Procesal Civil¹¹, y como bien lo ha señalado doctrina más que autorizada¹², toda vez que el convenio arbitral obliga a quienes lo suscriben a que no puedan recurrir al órgano jurisdiccional ordinario para que resuelva el conflicto correspondiente, el demandado (empleador) podrá con éxito interponer la excepción de convenio arbitral.

Así, según la jurisprudencia reseñada, el respectivo juzgado seguramente declarará fundada la excepción deducida e improcedente la demanda. Y, lo más probable es que, ante una eventual apelación, la Sala Superior confirme dicha decisión.

Adicionalmente, si bien es cierto que teóricamente esta excepción es de naturaleza perentoria simple (pues, en principio, sólo afectaría el devenir del proceso pero no afectaría el fondo de la controversia), en la práctica tendrá los efectos de una excepción perentoria compleja, ya que supondría la imposibilidad de que el demandante pueda intentar exigir la misma pretensión contra

10 Artículo 16°.- Excepción de convenio arbitral

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

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

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

11 Artículo 446.- Excepciones proponibles

El demandado sólo puede proponer las siguientes excepciones:

(...)

13. Convenio arbitral.

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

13 Ibid. p. 365-366.

el mismo demandado en otro proceso¹³, porque los trabajadores no contarán con los recursos suficientes para iniciar un proceso arbitral.

Aquí pues se traslucen los primeros aspectos que nos llevarían a cuestionar la validez de las cláusulas arbitrales suscritas con los trabajadores que, objetivamente, no podrían acceder a la jurisdicción arbitral.

El Derecho del Trabajo no es una disciplina neutra, no puede serlo, porque no considera como iguales a las partes de la relación que se encuentra bajo su ámbito de aplicación. Éstas son, pues, materialmente desiguales, donde la posición más fuerte es detenida por el empleador y la más débil corresponde al trabajador (que se encuentra subordinado jurídicamente y que, en la gran mayoría de los casos, depende económicamente del primero¹⁴).

Así, sobre la base de la referida desigualdad material, reflejada sobre todo desde un punto de vista económico, nuestra disciplina halla sus cimientos sobre lo que denominamos "principio protector". Éste ha sido definido como el "*criterio fundamental que orienta el Derecho del Trabajo, ya que éste, en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador*"¹⁵.

De acuerdo con lo antes mencionado, podemos obtener un primer gran cuestionamiento a la utilización del arbitraje en materia individual, precisamente porque este mecanismo de solución de conflictos se encuentra básicamente diseñado para controversias que opongán a partes que se encuentren en una situación de igualdad (o, de por lo menos de posible acceso igualitario a la jurisdicción arbitral), mientras que las controversias derivadas de una relación individual de trabajo se fundan precisamente en la desigualdad de éstas.

Ciertamente, resulta difícil afirmar que el arbitraje no suponga un medio adecuado de obtener justicia para un trabajador, lo cuestionable radica en el hecho de que el trabajador, la mayoría de las veces, no pueda acceder a dicha jurisdicción, debido a sus generalmente escasas posibilidades económicas^{16 17}.

Ahora, dada la relación entre las partes, el empleador será el que ostente generalmente

la posición de poder, mientras que el trabajador poseerá reducida (o hasta, a veces, nula) capacidad de negociación. Por ello, no es de sorprender que el empleador, en la mayoría de los casos, imponga de modo unilateral las condiciones propias de la relación laboral.

Y, precisamente, gracias a dicho poder, se suelen utilizar las cláusulas arbitrales. Por tanto, por más de que se hable de una supuesta autonomía de la voluntad para la suscripción de alguna cláusula arbitral, lo cierto es que no necesariamente el trabajador ha convenido en ello, sino que podría haberse visto obligado por las circunstancias o por la necesidad de mantener o acceder a su puesto de trabajo.

Por último, lo antes mencionado hasta podría ser considerado como un exceso del poder jurídico que supone la subordinación, y la vulneración de los límites externos de ésta¹⁸, ya que se estaría suscribiendo una cláusula que tiene como objetivo la afectación de la tutela jurisdiccional efectiva, como podremos observar en líneas posteriores.

Considerando los aspectos señalados, en donde la desigualdad material es un aspecto subyacente de la relación laboral, y que generalmente permitirá la imposición de cláusulas arbitrales, y en donde hay un aparente respaldo legal y jurisprudencial, ¿cómo considerar al accionar del empleador que ante una demanda de un trabajador deduce una excepción de convenio arbitral?

A nuestro entender, si las circunstancias del caso son tales que, objetivamente, ello determine la imposibilidad del trabajador a acudir luego a la jurisdicción arbitral, estos hechos supondrían, sin duda alguna, un aprovechamiento indebido del empleador, a efectos de eludir sus responsabilidades, ya sea por vulnerar el principio de buena fe procesal o por pretender evadir sus obligaciones sustantivas. En otras palabras, estaríamos ante un abuso del derecho.

Como sabemos, el abuso del derecho es un acto que podría ser considerado, en principio, como lícito, como un ejercicio legítimo de un derecho subjetivo, pero que, en última instancia, va en contra del espíritu o los principios del Derecho en el transcurso de su ejecución¹⁹. En tal sentido, el abuso del derecho se presenta como un caso especial

14 ERMIDA URIARTE, Óscar y Óscar HERNÁNDEZ ÁLVAREZ. "Crítica de la subordinación". En: *Ius et Veritas*, Año XIII, N° 25. Lima. 2002. p. 290.

15 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Op. Cit. p. 61.

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

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

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

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

18 NEVES MUJICA, Javier. Op. Cit. p. 33.

19 RUBIO CORREA, Marcial. *Título Preliminar* (Octava Edición) - Vol. III de la Biblioteca "Para leer el Código Civil". Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2001. p. 36.



o sui géneris de acto ilícito²⁰ y que se asimila, en el momento patológico, a las reglas de la ineficiencia, en especial cuando nos encontramos frente a una pretensión procesal abusiva²¹. Dicha situación se traduce exactamente al escenario descrito, en donde el empleador hace un uso indebido de una cláusula arbitral (la que, además, podría tener vicios en su origen).

Ante ello, el juzgado correspondiente debe dar cumplimiento a lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 103° de la Constitución²² y el artículo II del Título Preliminar del Código Civil²³.

El inciso 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú establece que uno de los principios que inspiran la función jurisdiccional es la observancia del debido proceso y de la tutela jurisdiccional. Dicho precepto constitucional ha sido recogido por nuestro Código Procesal Constitucional, el que en el tercer párrafo de su artículo 4° señala que la tutela jurisdiccional efectiva es aquella situación jurídica de una persona en la que se respeta, entre otros, el derecho al libre acceso al órgano jurisdiccional.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha entendido que “[e]l derecho a la tutela jurisdiccional es un atributo subjetivo que comprende una serie de derechos, entre los que destacan el acceso a la justicia, es decir, el derecho de cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente; y (...) el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales”²⁴. Ésta es la definición a la que nos adscribimos.

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

Ahora, en lo referido al arbitraje individual laboral, consideramos que si el juzgado, al momento de decidir respecto de una excepción de convenio arbitral, sin atender las circunstancias particulares del trabajador y sin tomar en consideración el principio *pro actione*²⁵, le da la razón al empleador que incurre en un abuso de su derecho, incurriría en una afectación del derecho del trabajador a la tutela jurisdiccional efectiva. Ante dicha circunstancia se deberían adoptar las medidas correctivas correspondientes.

Se puede apreciar que, si bien es cierto que legalmente es válido el pacto de cláusulas

arbitrales con los trabajadores, dicha posibilidad debe evaluarse en el caso concreto, a fin de verificar que dicha suscripción no devenga en la utilización indebida de la desigualdad material y posición prevalente del empleador. Así, se debe evitar que la situación descrita pueda eventualmente suponer un abuso del derecho y la correspondiente lesión del derecho de los trabajadores a la tutela jurisdiccional efectiva.

Así, a nuestro entender, dichas cláusulas arbitrales, desde un punto de vista constitucional y principista, deberán ser consideradas inválidas.

Como lo hemos señalado, no todas las cláusulas arbitrales en materia laboral individual deberían ser consideradas válidas. Ciertamente, existen convenios arbitrales que sí cumplen con los requisitos para su validez²⁶. Sin embargo, en los casos en los que el trabajador no pueda acceder a la jurisdicción arbitral por los aspectos señalados en el acápite anterior, dichas cláusulas deberían ser declaradas nulas.

En virtud de ello, consideramos necesario plantear cuáles serían las alternativas para los trabajadores que requieren reclamar algo, pero que se encuentren sujetos a una cláusula arbitral y no tengan los recursos suficientes para iniciar un proceso de tal naturaleza.

Según lo indicado previamente, en los casos en los que un trabajador pueda ver afectados sus derechos, en principio, podría acudir al Poder Judicial para que sea éste quien dilucide sus controversias. Claro, si ha suscrito una cláusula arbitral, el empleador no dudará en deducir una excepción de convenio arbitral, y de acuerdo a lo descrito, seguramente, el Juzgado correspondiente declarará fundada la excepción e improcedente la demanda.

Ahora, seguramente, el Juzgado resolverá al amparo de lo dicho en la ley, sin tomar en cuenta la situación particular del trabajador o la posible configuración de un abuso del derecho del empleador, lo que determinaría una vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del primero. ¿Existe, entonces, alguna solución ante este escenario? Creemos que sí.

En efecto, el Juzgador no se debe quedar únicamente en el análisis legal, sino que debe analizar las implicancias constitucionales de una decisión que contravenga el principio *pro actione* y que, por tanto, afecte el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del trabajador.

20 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “Abuso del derecho”. En: AA.VV. La Constitución comentada. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica. 2005. p. 174.

21 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2003. p. 129.

22 Artículo 103°.- (...) La Constitución no ampara el abuso del derecho.

23 Artículo II.- La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. (...)

24 STC Exp. N° 010-2002-AI/TC. Fundamento 9.

25 De acuerdo con el principio *pro actione*, la esencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva exige interpretarla siempre del modo más favorable a la interposición de la acción, y por tal motivo constituye una concretización en el ámbito procesal del principio *pro homine*. (CARPIO MARCOS, Edgar. “La interpretación de los derechos fundamentales.” En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coordinador). Interpretación constitucional. México: Porrúa – Universidad Autónoma de México. Tomo I. p. 333.)

26 Por ejemplo, los suscritos con trabajadores que tengan ingresos importantes.

Debe, pues, determinar si las circunstancias especiales del trabajador no le permitirían iniciar un proceso arbitral y así nunca podrá dilucidar el fondo de su controversia, en ninguna instancia. Por tanto, podría entonces el Juez, a través del control difuso y al amparo de lo dispuesto por el artículo 138° de nuestra Constitución²⁷ declarar inaplicable para el caso concreto la disposición contenida en el artículo 104° de la Ley Procesal del Trabajo, y declarar nula la cláusula arbitral.

Adicionalmente, toda vez que la deducción de una excepción de convenio arbitral, según las circunstancias propuestas, podría suponer un abuso del derecho por parte de éste, el Juzgado, de acuerdo con lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 103° de la Constitución y el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, podría declarar ineficaz la cláusula arbitral correspondiente.

Por último, considerando que la excepción propuesta supone un abuso del derecho y que la suscripción de la cláusula arbitral es nula por contravenir en el caso concreto la tutela jurisdiccional efectiva del trabajador, debería ser de aplicación lo dispuesto por el numeral 3 del artículo 16° del Decreto Legislativo N° 1071, que establece que la excepción de convenio arbitral será amparada, salvo que éste sea manifiestamente nulo. En este caso, consideramos que el convenio arbitral sí es nulo, y la excepción debería ser declarada infundada.

Cabe la posibilidad de que, a pesar de todo lo expuesto en el punto anterior, el Juzgado correspondiente siga fundamentando su decisión exclusivamente en lo dicho por la ley y, por tanto, declare fundada la excepción. ¿Existiría entonces alguna posibilidad fuera del Poder Judicial para salvaguardar el derecho del trabajador? Como lo indica el título de este acápite, la respuesta es afirmativa y la vía evidente es el proceso de amparo.

En efecto, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 4° del Código Procesal Constitucional, *“el amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso”*. En la misma línea, la Corte Suprema ha considerado que la *“acción de amparo instaurada contra resoluciones judiciales sólo puede tener efecto si el proceso en el que éstas se han dictado es irregular y, en tal condición, se han afectado las garantías constitucionales del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso”*²⁸.

De acuerdo con lo expresado, existiría la posibilidad de interponer un proceso de amparo contra la resolución judicial firme que declare la improcedencia de la demanda. Ciertamente, aquí se podría discutir que la resolución judicial impugnada se ajustó a ley y no es irregular, sin embargo, como ya lo hemos señalado previamente, al no evaluarse las circunstancias especiales del caso concreto, se

estaría vulnerando el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva del trabajador, y toda resolución que no respete la Constitución (por más que pretenda respetar la ley) no puede ser considerada regular.

Siendo así, al momento de resolver la demanda de amparo, el Juez Constitucional deberá verificar que, efectivamente, hay una vulneración a la tutela jurisdiccional efectiva del trabajador y, por tanto, deberá declarar nula la resolución judicial y ordenar un nuevo juzgamiento al respecto.

Ahora, sin perjuicio de lo mencionado, ¿es posible interponer una demanda de amparo cuándo hay temas arbitrales de por medio? Algunos podrán traer a colación lo establecido en las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional recaídas en los expedientes N° 6167-2005-PHC/TC y N° 1567-2006-PA/TC y cuestionar nuestra argumentación.

Sin embargo, nuestra posición no hace referencia a alguna decisión adoptada al interior de un proceso arbitral, sino a aquellas resoluciones emanadas directamente del Poder Judicial, que como tales afectan los derechos constitucionales del trabajador.

Tomando en consideración todo lo antes expuesto, somos de la opinión de que existen mecanismos de defensa que podrían ser accionados por los trabajadores en caso vieran afectados sus derechos por la suscripción de una cláusula arbitral inválida.

Como se puede apreciar, existen grandes y graves vacíos y extralimitaciones respecto del arbitraje laboral en materia individual, tanto así que varios de los convenios arbitrales suscritos con los trabajadores deberían ser considerados nulos.

Al respecto, consideramos que se deberían adoptar una serie de medidas a fin de evitar los abusos que se puedan haber generado y darle al arbitraje el papel para el cual ha sido creado. En tal sentido, a continuación señalaremos algunas propuestas respecto de esta figura.

Somos de la opinión de que el arbitraje es un excelente mecanismo de solución de conflictos, sólo que no debería ser utilizado indiscriminadamente en el aspecto laboral individual. En tal sentido, deberían imponerse límites a su utilización.

Así, la posibilidad de someter a arbitraje controversias derivadas de una relación individual de trabajo debería estar permitida únicamente a aquellos trabajadores que tengan los recursos suficientes para acceder eventualmente a la jurisdicción arbitral. En tal sentido, es en la Ley donde se debería establecer dicha limitación. En consecuencia, sólo se debería permitir la suscripción de cláusulas arbitrales con aquellos trabajadores que tengan un determinado nivel de ingresos, los mismos que razonablemente deberían permitirles poder acceder a un arbitraje.

27 Artículo 138°.- (...) En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

28 Casación N° 73-98, del 8 de junio de 1999, de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema.

Esta alternativa se encuentra felizmente recogida en el Proyecto de Ley Procesal del Trabajo, el que en la séptima disposición complementaria señala lo siguiente:

“SÉTIMA.- Las controversias jurídicas en materia laboral pueden ser sometidas a arbitraje, siempre y cuando el convenio arbitral se inserte al momento de celebrarse cláusulas remunerativas especiales, se trate de contratos de extranjeros o, se pacte a la conclusión de la relación laboral, siempre y cuando la remuneración mensual percibida sea, o haya sido, superior a las cincuenta (50) unidades de referencia procesal.”

De acuerdo con ello, no es que se prohíba el arbitraje laboral en materia individual, sino que su acceso estará restringido únicamente para aquellos que se encuentren en la posibilidad económica de iniciar un proceso arbitral. Esta solución nos parece adecuada y, aunque las sumas que se propongan siempre dependerán del arbitrio del legislador, nos parece que en este caso resulta siendo razonable.

El Decreto Legislativo N° 1071, en su primera disposición final, establece lo siguiente:

“PRIMERA.- Arbitraje popular. Declárese de interés nacional el acceso al arbitraje para la solución de controversias de todos los ciudadanos. Para tales efectos, el Ministerio de Justicia queda encargado de la creación y promoción de mecanismos que incentiven el desarrollo del arbitraje a favor de todos los sectores, así como ejecutar acciones que contribuyan a la difusión y uso del arbitraje en el país, mediante la puesta en marcha del programas, bajo cualquier modalidad, que favorezcan el acceso de las mayorías a este medio de solución de controversias, a los costos adecuados. (...)”

La figura antes mencionada supone la promoción del arbitraje para que éste pueda ser accesible a todos los ciudadanos, desde un punto de vista económico.

Así, de lograrse esta alternativa, las posibilidades de someter a arbitraje las controversias

derivadas de una relación laboral individual no serían tan escasas, por lo cual se soslayaría la eventual vulneración a la tutela jurisdiccional efectiva.

Ciertamente, la disposición mencionada ha quedado en una mera enunciación, quedando pendiente un desarrollo exhaustivo sobre la materia. Tal vez, desde el punto de vista laboral, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo pueda tomar la iniciativa para su implementación.

En consecuencia, sin negar la importancia del arbitraje, por lo menos en materia laboral individual, deberían adoptarse las medidas correspondientes a fin de evitar que la suscripción de cláusulas arbitrales que, en lugar de obedecer a un deseo de obtener justicia eficiente, sirvan para eludir responsabilidades y evitar una reparación al trabajador.

Reflexiones finales

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

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

La segunda conclusión es que, de utilizarse la suscripción de un convenio arbitral con el objeto de ocasionarle un perjuicio al trabajador, el órgano jurisdiccional correspondiente deberá evaluar las circunstancias del caso y, eventualmente, declarar nula dicha cláusula, otorgando el amparo adecuado al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del trabajador.

Así, como reflexión final y haciendo mención a nuestro epígrafe, diremos que el arbitraje no puede convertirse en esa puerta inasible que debe atravesar el trabajador para acceder a la Ley, y el Juez tampoco puede convertirse en el guardián imperturbable que la resguarde. No permitamos, pues, que el arbitraje en materia laboral se convierta en el escenario perfecto de un relato kafkiano. 