



Entrevista a Javier Neves Mujica<sup>(\*)</sup>

# Arbitraje potestativo<sup>(\*\*)</sup>

## *Facultative arbitration*

**Resumen:** Tras la introducción del artículo 61-A al Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, el número de arbitrajes en materia laboral ha aumentado de manera considerable, tan es así que hoy se constituye como una de las novedades más resaltantes que se ha producido en materia de solución de conflictos laborales. Son muchas las opiniones que se han emitido a raíz de la emisión de esta norma. Algunos a favor del arbitraje potestativo y otros en contra, llegando incluso estos últimos a sostener que el Decreto Supremo, que introduce esta norma, sería inconstitucional. Dadas estas circunstancias, decidimos entrevistar al profesor Javier Neves, experto en Derecho Laboral, quien nos expuso su punto de vista respecto a la naturaleza del arbitraje potestativo y a las implicancias que de este se derivan.

**Palabras clave:** Arbitraje - Arbitraje potestativo - Conflictos laborales - Organización Internacional del Trabajo - Nivel negocial - Mala fe

**Abstract:** Since the promulgation of Article 61-A of the Regulations of the Collective Labor Relations Law, the number of labor arbitrations has increased considerably to the extent that today they are considered to be one of the most important innovations that have been implemented for the solution of labor conflicts in Peru. Many different opinions about this norm have been published since its promulgation; some favor facultative arbitration and others are critical, even going to the point of sustaining that the Supreme Decree that promulgated this norm is unconstitutional. As a result of this controversy, we decided to interview Professor Javier Neves, an expert in Labor Law, who discusses his point of view on the nature of facultative arbitration and its implications.

**Keywords:** Arbitration - Facultative arbitration - Labour disputes - International Labour Organization - Negotiation level - Bad faith

---

(\*) Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Decano de la misma casa de estudios. Ex Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo. Miembro del Comité Consultivo Nacional de la Asociación Civil IUS ET VERITAS.

(\*\*) Entrevista preparada y realizada por Saulo Galicia Vidal, alumno de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y Juan Carlos Girao La Rosa, Director de Publicaciones de IUS ET VERITAS. La Asociación IUS ET VERITAS agradece de manera muy especial al doctor Javier Neves por su inmediata disposición y entusiasmo con el que accedió a responder nuestras preguntas.

## Arbitraje potestativo *Facultative arbitration*

### **1. Existe determinada posición que sostiene que el arbitraje de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT) era “naturalmente potestativo”. ¿Comparte esa postura? ¿Acaso el 61-A del Reglamento de la LRCT no estaría más bien ratificando que ello no es así, en la medida que acota los supuestos de arbitraje potestativo a mala fe y primera negociación?**

De una lectura conjunta de los artículos 61 y 63 de la Ley y del artículo 46 del Reglamento fluye que el arbitraje se realiza en la modalidad potestativa. Si el artículo 63 señala que para transformar una huelga en arbitraje los trabajadores requieren del consentimiento del empleador, entonces si el arbitraje se adopta como alternativa a la huelga (conforme al artículo 61) no lo requieren. La cuestión se hace más clara cuando el artículo 46 dispone que “cualquiera de las partes podrá someter la decisión del diferendo a arbitraje”. Este último artículo, en los veinte años que tiene de vigencia el citado Reglamento, no ha sido tachado de ilegal.

El problema está en que la Ley exige (en el artículo 64) contradictoriamente con la modalidad de arbitraje que acoge, la suscripción de un compromiso arbitral. De este modo, si el empleador no firma, no hay arbitraje. Esta incongruencia ha paralizado el arbitraje laboral, especialmente en las entidades públicas sujetas al régimen laboral de la actividad privada.

En mi concepto, no hacía falta modificar el Reglamento para introducir el arbitraje potestativo, que ya existía, sino eliminar el compromiso arbitral, a través de la modificación de la Ley. Tras este paso hubiera sido necesario realizar los cambios correspondientes en el Reglamento.

Pienso que el Decreto Supremo N° 014-2011-TR ha recortado las posibilidades del arbitraje potestativo al establecer causales para su procedencia y restringirlas solo a dos.

### **2. ¿Existe compatibilidad entre la regulación actual del arbitraje potestativo y los criterios que planteó el Tribunal Constitucional en la sentencia de los trabajadores portuarios? Recordemos que en dicha sentencia se plantea el arbitraje como mecanismo de solución en atención a un contexto particular (negativa a negociar por varios años) y ceñido a la determinación del nivel negocial, más no a su contenido.**

La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el proceso de amparo seguido por los trabajadores portuarios, incluyendo sus dos resoluciones aclaratorias, concluye en que el arbitraje regulado en el artículo 61 de la Ley es el potestativo. Dice el Tribunal Constitucional que “resulta evidente que el arbitraje al que hace alusión el artículo 61 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, y que es el llamado a determinar el nivel de negociación colectiva ante la falta de acuerdo, es potestativo y no voluntario” (Fundamento 8 de la segunda resolución aclaratoria, reiterado en el 9 y en el fallo). Si bien este criterio se establece respecto del caso concreto, tiene evidentes alcances generales, en tanto interpreta una norma. No tendría por qué haber un arbitraje potestativo solo para determinar el nivel negocial y no haberlo en otros supuestos. El Tribunal Constitucional se ocupa en particular del caso de la mala fe.

El Decreto Supremo 014-2011-TR ha efectuado, pues, una interpretación restrictiva no solo de la Ley y su Reglamento, sino también de la sentencia del Tribunal Constitucional.

### **3. Una sólida objeción a las causales de procedencia del arbitraje potestativo consiste en señalar que estos generan grandes desincentivos para que los sindicatos negocien colectivamente. Se sostiene que estos sólo tendrían que ubicar una causal de mala fe para que el arbitraje potestativo proceda y el trato directo culmine instantáneamente. ¿Cuál es su opinión al respecto?**

Yo creo que el arbitraje potestativo no desincentiva la negociación directa, quizá más bien al contrario. Hay lamentables prácticas en un sector empresarial dirigidas a obstaculizar la negociación colectiva, tales como no brindar información completa y oportuna, dilatar y entorpecer las reuniones



## Entrevista a Javier Neves Mujica

de trato directo y conciliación, formular propuestas diminutas, etc. Si ellas se verifican, no se está negociando de buena fe y, por tanto, no queda otra alternativa que el arbitraje potestativo, si los trabajadores no quieren realizar una huelga. Tal vez si ese sector empresarial toma conciencia de que dichas prácticas pueden conducir a un arbitraje potestativo, enmiende su actitud.

Por el lado de los trabajadores, solo sería lógico que optaran por un camino incierto y costoso como el arbitraje, si no encontraran una disposición real y efectiva de parte de los empresarios para negociar directamente.

**4. La postura en contra del arbitraje potestativo invoca, constantemente, que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) estipula que los mecanismos de solución de conflictos laborales deben ser estrictamente voluntarios. En ese sentido, señalan que resulta “curioso” que quienes hayan entendido a los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT como unos referentes altamente importantes, hoy en día se alejen de dichos criterios. ¿Es realmente así?**

No hay duda de que el ideal sería que las partes pudieran solucionar directamente, o lo más con el auxilio de un tercero no dirimente, o de un tercero dirimente acordado por ellas, sus propias controversias. Esta vía es claramente alentada por la Organización Internacional del Trabajo. No obstante, cuando ello no fuera posible, tendría que recurrirse al arbitraje potestativo y, eventualmente, al obligatorio. La Organización Internacional del Trabajo rechaza en general el arbitraje potestativo, pero por excepción lo acepta en el caso de la primera negociación colectiva (párrafo 257 del Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones). Asimismo, se resalta que la negociación colectiva debe desarrollarse conforme al principio de la buena fe (párrafo 934 y siguientes de la Recopilación de Decisiones del Comité de Libertad Sindical). El Decreto Supremo se ha inspirado notoriamente en los criterios de estos órganos de control.

**5. ¿Cuál es el rol del árbitro designado por una parte durante el proceso arbitral? ¿Cómo compatibilizar la designación por parte de uno de los sujetos del conflicto colectivo (en base a la confianza, etc.) con el deber de imparcialidad?**

Los árbitros tienen el deber de ser imparciales. Tienen que resolver con la mayor objetividad, tomando en cuenta los convenios colectivos anteriores suscritos entre las partes, los otros convenios colectivos que pudieran existir en la misma empresa, la situación económica y financiera de esta, las magnitudes de los aumentos obtenidos por otras empresas del mismo rubro en el medio, etc. Dicha imparcialidad resulta difícil cuando cada parte designa un árbitro y encima le paga su honorario. Se genera una indebida expectativa en las partes en el sentido de que “su” árbitro apoye su propuesta. De allí deriva que cuando se constituye el arbitraje es como que se redujera la negociación de una comisión formada por los representantes de cada parte, a los árbitros designados por ellas con la dirimencia del presidente del tribunal. Tenemos el reto de diseñar un sistema distinto, que plantee menos problemas.

**6. El grueso de los laudos arbitrales se centran en el desarrollo de aspectos fundamentalmente jurídicos (la negociación colectiva, el arbitraje laboral, etc.) y suelen dedicar muy poco al análisis del caso concreto y a los motivos económicos que sustentan la elección de una de las propuestas finales. ¿Es esta una práctica adecuada o debe cambiar? ¿Hasta qué punto sería recomendable el involucramiento de “no abogados” en este tipo de procesos?**

Me parece que deberíamos distinguir entre los laudos recaídos en negociaciones colectivas de empresas privadas y las de entidades públicas sujetas al régimen privado. En el primer caso, las deliberaciones jurídicas suelen ser breves, limitadas a lo necesario y se deja lugar a una importante sustentación económica, basada en la documentación aportada por el Ministerio de Trabajo y las propias partes.

**Arbitraje potestativo**  
*Facultative arbitration*

En el segundo caso, dadas las inconstitucionales limitaciones a la negociación colectiva establecidas por las leyes presupuestarias, resulta indispensable una fundamentación adecuada del ejercicio del control difuso. El análisis jurídico tiene aquí un espacio mayor, sin perjuicio de incluir la sustentación económica.

En cualquiera de los casos la composición de los tribunales arbitrales no tiene porque restringirse a abogados. El aporte de economistas sería recomendable. De todos modos, no hay que olvidar que las partes realizan sustentaciones jurídicas y económicas de sus respectivas propuestas, por lo que cuentan con asesores de ambas disciplinas, que ilustran a los tribunales arbitrales. 