



Mauro Ugaz Olivares^(*) y
Rosa Valeria Osorio Véliz^(**)

La Heterocomposición de las **Negociaciones Colectivas** de Trabajo: Análisis del Arbitraje Potestativo en los Últimos Años^(***)

The Heterocomposicion of Collective Labor Negotiations: Analysis of Facultative Arbitration in the last few years

EL RECURRIR A UN ARBITRAJE -PARA CUALQUIERA DE LAS PARTES- SIGNIFICA RENUNCIAR A LA POSIBILIDAD DE MANTENER EL CONTROL SOBRE EL RESULTADO FINAL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA, ES DECIR, SOBRE EL CONTENIDO DEL CONVENIO COLECTIVO.

Resumen: El presente artículo trata sobre la aplicación del Arbitraje Potestativo y su efecto en la redirección de las conductas negociales de las organizaciones gremiales y empresariales a fin de que logren un acuerdo previo antes de someterse a un tribunal arbitral. Asimismo, los autores comparan los efectos de la variación del concepto del derecho a la huelga en la calificación de esta como legal o ilegal y su relación con la aparición del Arbitraje Potestativo que, como medida excepcional, complementa la negociación colectiva.

Palabras clave: Negociación Colectiva de Trabajo - Arbitraje Potestativo - Derecho de Huelga - Arbitraje Incausado - Causal de Procedencia - Redefinición de Conductas Negociales

Abstract: This article addresses the issue about the application of Facultative Arbitration and its effect on the redirection of negotiable behaviors of business and gremials organizations in order to achieve some previous agreement before they submitted to an arbitral tribunal. Furthermore, the authors compare the effects of the strike concept variation on the qualification of this like legal or illegal and its relationship with the emergence of Facultative Arbitration that, as an exceptional measure, complement the collective negotiation.

(*) Abogado por la Universidad Católica del Perú. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Escuela de Post Grado de la Universidad de Ciencias Aplicadas. Experto en Derecho Laboral. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Socio de Human Capital en Ernst & Young Perú. Miembro Extraordinario de la Asociación Civil IUS ET VERITAS.

(**) Bachiller de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(***) Nota del Editor: El presente artículo fue recibido el 12 de enero del 2016 y aprobada su publicación el 15 de enero del mismo año.

**La Heterocomposición de las Negociaciones Colectivas de Trabajo:
Análisis del Arbitraje Potestativo en los Últimos Años
*The Heterocomposicion of Collective Labor Negotiations:
Analysis of Facultative Arbitration in the last few years***

Keywords: Labor Collective Bargaining - Facultative Arbitration
- Right to Strike - Uncaused Arbitration - Provenance Causative
- Negotiable Behaviors Redefinition

1. Introducción

La continua evolución del arbitraje potestativo, tanto en su regulación como en su escenario práctico, hace que se trate de un tema importante de discusión y de análisis. En efecto, si bien en un primer momento todo empezó por una sentencia del Tribunal Constitucional Peruano, referida al Expediente No. 03561-2009-PA/TC (más conocida como el Caso Portuarios) y regulaciones provenientes de la Autoridad Administrativa de Trabajo acatando la sentencia antes mencionada, ahora son los mismos laudos los que han ido haciendo que dicha institución varíe de criterios.

Ahora bien, pese a que el arbitraje laboral es una de las instituciones cuyos orígenes se remontan “a los propios inicios de los sistemas modernos de relaciones laborales”⁽¹⁾, su utilización en el caso peruano -con anterioridad a los hechos mencionados en el párrafo precedente- fue muy puntual y concreta, es más, usualmente se le identificó en las negociaciones colectivas que involucraban a las empresas o entidades del Estado.

El contexto antes descrito ha variado radicalmente, siendo intensa la aparición de los arbitrajes laborales en situaciones donde usualmente las partes resolvían el conflicto en trato directo o no recurrían a este mecanismo.

El recurrir a un arbitraje -para cualquiera de las partes- significa renunciar a la posibilidad de mantener el control sobre el resultado final de la negociación colectiva, es decir, sobre el contenido del convenio colectivo.

Entonces, ¿cómo se explica que las partes -sobre todo la laboral- se encuentren interesadas en derivar sus negociaciones a un tercero y no resolverlas ellas mismas? ¿Por qué las partes prefieren derivar la solución de una negociación a un tercero que desconoce directamente la

realidad de la empresa y la idiosincrasia de los trabajadores?

En nuestra opinión, diversos factores contribuyen a lo anterior.

En primer lugar, la nula repercusión que existía en los hechos para los empleadores que mantenían un conflicto abierto. Como veremos más adelante, el escenario laboral dificultaba la implementación de una medida de fuerza válida por parte de los trabajadores y, además, impedía la existencia de la alternativa del arbitraje, ya que éste únicamente podría ser voluntario.

De ese modo, los empleadores no tenían los suficientes incentivos para negociar de manera rápida o cerrar el conflicto a través de un convenio colectivo. Esto era más visible en aquellas organizaciones gremiales cuya población de afiliados no era tan relevante o que no significaban una inquietud alta para las empresas en caso éstas recurrieran a una medida de fuerza -aún si la medida fuera ilícita-.

En estos supuestos, era preferible para las entidades empresariales negociar despacio, sin apuros, a fin de desgastar a la contraparte quien tiene la presión de un resultado inmediato debido a las expectativas que se han generado en la asamblea general del sindicato.

Precisamente lo anterior ha sido materia de crítica por algunos asesores sindicales, quienes proponían que existan plazos predeterminados y máximos en la negociación de las partes cuando se encuentran en el trato directo o en la etapa de conciliación⁽²⁾, solución que, finalmente, ha sido regulada

(1) Salvador del Rey Guanter, “Reflexiones generales sobre los medios extrajudiciales de solución de conflicto en el ámbito laboral”, *Iuris* 4, *Cuadernos de política jurídica* (1995); 163-178.

(2) Esa es la opinión por ejemplo de Carlos Mejía, quien menciona en su texto “Apuntes sobre la negociación colectiva en el



Mauro Ugaz Olivares y Rosa Valeria Osorio Véliz

-en parte- como un elemento que configura una causal de procedencia del arbitraje potestativo (desacuerdo en la primera negociación).

En segundo lugar, en el contexto antes señalado, la necesidad de obtener un resultado en un plazo más corto era una frustración. Las negociaciones solían ser extensas e incluso transcendían el período de vigencia del proyecto de convenio que se negociaba. No deja de ser sintomático que quienes han sido los primeros en utilizar el arbitraje potestativo para dar solución a sus conflictos sean organizaciones sindicales de gran trayectoria y experiencia, quienes sí usualmente cerraban sus conflictos en sendos acuerdos colectivos. Evidentemente, el anterior modelo no los incentivaba ni satisfacía: el periplo para llegar a un acuerdo era tan desgastante y dañaba su legitimidad en las bases que han preferido un modelo más célere pese a que ello significa no mantener el total control sobre el contenido de lo decidido por los árbitros.

Como tercer -y novedoso- factor, está la procedencia del arbitraje potestativo en la mayoría de arbitrajes, tengan o no tengan causa regulada por ley. Como se verá más adelante, en la mayoría de casos en los que la organización sindical ha solicitado llevar el diferendo a arbitraje, los arbitrajes han sido declarados procedentes por los Tribunales Arbitrales. A dicho hecho fáctico se suma que si bien en un inicio el arbitraje sólo procedía cuando la organización sindical indicaba bajo qué causal de las reguladas normativamente se encontraba, actualmente se ha abierto una tercera vía para la procedencia de dicho procedimiento: la forma incausada.

Es decir, bajo la figura del arbitraje incausado, un procedimiento arbitral puede proceder aun cuando no se evidencia la existencia de la falta de acuerdo en un contexto de primera negociación colectiva, o que existen actos de mala fe para ello.

En ese sentido, cada vez se hace más común en la práctica que los sindicatos basen su solicitud de arbitraje en una de las causales establecidas por la norma y –de forma conjunta- sobre la premisa de la procedencia de un arbitraje de tipo incausado.

Veamos, pues, cómo se desarrolla el panorama del arbitraje potestativo para luego reflexionar acerca de él, y su evolución como institución a través de los últimos años.

2. El nuevo escenario de las relaciones colectivas de trabajo

2.1 El escenario de las relaciones colectivas anterior al Caso Portuarios

En el Anuario Estadístico de la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT) correspondiente al año 2009, se señalaba lo siguiente:

“Transgredir por parte de las organizaciones sindicales en huelga con lo establecido en el TUO del D.S. 010-2003-TR, ocasionó que la Autoridad Administrativa de Trabajo se pronunciara a través de “Autos de Ilegalidad” ante las huelgas presentadas; porcentajes que han disminuido considerando lo acontecido en años anteriores, *cuyas tasas de ilegalidad alcanzaban algo más 98% de las paralizaciones presentadas*”⁽³⁾.

Perú”, lo siguiente: “La norma actual, en la búsqueda de mayor libertad para los actores, deja sin plazos a todos y cada una de las etapas de la negociación colectiva. La ausencia de plazos a las etapas, ha definido las estrategias que van a seguir empresarios y sindicatos. La experiencia de las dos décadas y la muestra recogida en la CGTP señalan que esta situación favorece de manera clara a los intereses empresariales. En la práctica, esta medida crea un amplio margen de ambigüedad sobre los resultados finales. En teoría un expediente de negociación colectiva podría extenderse indefinidamente en el tiempo. No tiene ningún parámetro legal para que llegue a una conclusión. Esta situación va contra el enunciado constitucional que señala el deber del estado por ‘promover la negociación colectiva’”. Véase: <http://www.sindicalistas.net/2012/08/apuntes-sobre-la-negociacion-colectiva.html>.

(3) Al respecto verla siguiente dirección de la página web del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo: <http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/estadisticas/huelgas/2009/huelgas2009.pdf>.

**La Heterocomposición de las Negociaciones Colectivas de Trabajo:
Análisis del Arbitraje Potestativo en los Últimos Años
*The Heterocomposicion of Collective Labor Negotiations:
Analysis of Facultative Arbitration in the last few years***

En efecto, durante los años anteriores la tasa de paralizaciones o huelgas lícitas eran casi inexistente.

Las razones de ello básicamente se centran en la regulación contenida en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT) del derecho de huelga que existe en nuestro país, como a se verifica en el siguiente cuadro:

Normas	Contenido
Artículo 72 LRCT	Suspensión del trabajo acordada mayoritariamente y realizada en forma voluntaria y pacífica por los trabajadores, con abandono del centro de trabajo.
Artículo 81 LRCT	Prohibición de modalidades irregulares (paralización intempestiva, paralización de zonas o secciones neurálgicas, entre otras).
Artículo 74 y 84 LRCT	Declaración del MTPE de improcedencia, o ilegalidad, de la huelga impide la materialización de la huelga.

En ese mismo sentido, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia correspondiente al Expediente No. 008-2005-PI/TC, refuerza la restringida definición, al señalar que este derecho:

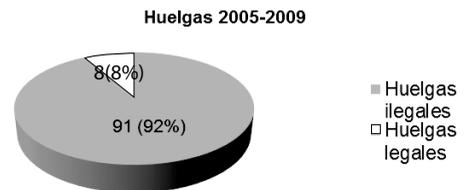
“(…) consiste en la suspensión colectiva de la actividad laboral, la misma que debe ser previamente acordada por la mayoría de los trabajadores. La ley del régimen privado, aplicable en lo pertinente al sector público, exige que esta acción de cesación transitoria de la actividad laboral se efectúe en forma voluntaria y pacífica -sin violencia sobre las personas o bienes- y con abandono del centro de trabajo”.

Precisamente tal definición impide que los trabajadores puedan optar por otras medidas de fuerza para presionar con mayor intensidad al empleador.

A lo anterior, tenemos que añadir que los requisitos inicialmente previstos para que la huelga se materialice eran muy onerosos, tanto que provocaron que el Comité de Libertad Sindical se pronunciará de manera desfavorable sobre ellos⁽⁴⁾,

lo que motivo que la regulación de huelga se modificará básicamente en el quórum necesario para adoptar tal medida.

Pues bien, hasta el año 2009, las huelgas que fueron declaradas legales o procedentes fueron notoriamente la excepción. Basta con mirar con detenimiento las cifras ofrecidas por el Anuario Estadístico preparado por la AAT para darnos cuenta de ello⁽⁵⁾:



De ese modo, si bien lo anterior no significa que los trabajadores no realizaron medidas de fuerza, qué duda cabe que el contexto antes descrito impidió que la presión sobre los empleadores tuviera un impacto mayor, ya que bastaba con solo propiciar la declaración de ilegalidad de la huelga -de manera definitiva por parte de la AAT- para que ésta ya no tuviera efectos y solicitar el despido de los huelguistas por ausentarse del centro de trabajo de manera injustificada. Como es de suponer, la efectividad de la huelga se matiza considerablemente si ésta no es compatible con la legalidad.

Por otro lado, la LRCT regulaba un arbitraje preponderantemente voluntario⁽⁶⁾: así lo

(4) Esencialmente, el tema del quórum para la adopción de la medida de fuerza fue objetado por el Comité de Libertad Sindical en los siguientes documentos: 291° informe, casos números 1648 y 1650 (Perú); párrafo 468.
 (5) Véase: <http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/estadisticas/huelgas/2009/huelgas2009.pdf>.
 (6) En realidad las interpretaciones sobre si el arbitraje era o no potestativo en nuestra Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo eran múltiples; sin embargo, para la mayoría de la doctrina peruana parecía existir consenso en que tal arbitraje era potestativo. Véase, por ejemplo, David Lovatón Palaciones, “El desencuentro entre el proceso negocial y el procedimiento arbitral en la LRCT”, en *Asesoría Laboral*, (Agosto 1994); 9-11; Mario Pasco Cosmópolis, “Fundamento del Derecho Procesal del Trabajo”, en *AELE*, (1997); 179; Víctor Ferro Delgado, “El arbitraje en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo”, *Asesoría Laboral*, (Febrero 1994);13.



Mauro Ugaz Olivares y Rosa Valeria Osorio Véliz

entendía la AAT desde el 6 de febrero de 1995, cuando en el Expediente 414-94 referida a la Avícola Esquivel señaló que:

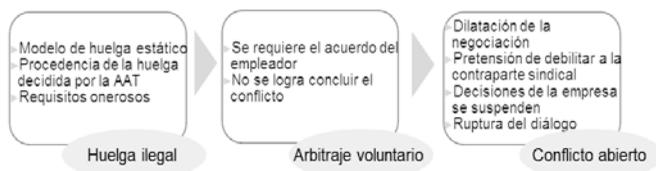
“(…) del análisis del Decreto Ley 25593 se establece que la parte empresarial no está obligada a someter el diferendo a arbitraje, y por lo tanto suscribir un acta de compromiso arbitral, de tal manera que, al afirmar el inferior en grado que la recurrente está en la obligación de firmar dicha acta, mandando nueva citación para su suscripción, está incurriendo en causal de nulidad (…).”

En ese sentido, se requería del acuerdo entre las partes para que el conflicto pudiera ser sometido a un arbitraje y, con ello, solucionarlo a través de un laudo arbitral (cuyo efectos, por Ley, son equivalentes a los que tiene un convenio colectivo).

Pues bien, la combinación de medidas de fuerza mayormente ilícitas con la imposibilidad de cerrar el conflicto a través del arbitraje (salvo que exista la anuencia del empleador) nos ha llevado a una situación perniciosa: conflictos no resueltos, inacabados, que redundan en un mal clima laboral y que no satisfacen a los actores involucrados en las relaciones colectivas laborales.

Asimismo, estos conflictos dilatados o inacabados impactan en las operatividad empresarial ya que muchas veces el presupuesto tiene que reestructurarse en función a la sobrevivencia del conflicto, así como muchas decisiones son suspendidas hasta tener claro el escenario resultante luego de la negociación (aumentos remunerativos, ascensos, planes de incentivos, inversiones, contrataciones, capacitaciones, etcétera).

Si bien la decisión de retardar la negociación tendrá —en ocasiones— como fin debilitar a la contraparte sindical, sin lugar a dudas, se



trata también de un sacrificio que la empresa asume, puesto que tenderá a no realizar actos o procedimientos internos que pudieran ser incompatibles con lo que se negocie.

Pero lo peor quizá sea la ruptura de diálogo entre los participantes del conflicto o de la negociación. ¿Qué tipo confianza o acercamiento tendrán las partes tras largos meses de infructuosas negociaciones? ¿Qué tipo de credibilidad habrá entre las partes cuando se frustra una negociación, se judicializa el conflicto o este se mantiene abierto?

En la negociación se involucran personas y, como tales, lo subjetivo tiende a jugar un rol muy importante. Si no reconozco en la contraparte a una persona que merece mi respeto, confianza o credibilidad, las oportunidades de concretar una negociación van a ser nulas. Precisamente, un escenario donde se negocia de manera detenida, pausada, buscando irritar y desacomodar a la otra parte rompe la sutil vinculación de diálogo que podría haber entre las partes para futuras negociaciones.

De la misma opinión, es Alfredo Villavicencio al señalar que⁽⁷⁾:

“(…) si uno sabe que la negociación colectiva va a quedar abierta y el sindicato es débil y no hay posibilidad de arbitraje, como ha venido sucediendo en el Perú a lo largo de casi 20 años, la negociación toma un rumbo ponderando tales elementos y dejando el conflicto abierto por años en muchos casos, lo que no es bueno para un sistema de relaciones laborales”.

En suma, muchos conflictos, algunos inconclusos y sin herramientas para solucionarlos de manera celeré y equilibrada.

(7) Alfredo Villavicencio Ríos, “Arbitraje potestativo y otros temas de derecho colectivo del trabajo”, *Soluciones Laborales* 48, (Diciembre 2011); 60.

**La Heterocomposición de las Negociaciones Colectivas de Trabajo:
Análisis del Arbitraje Potestativo en los Últimos Años
The Heterocomposicion of Collective Labor Negotiations:
Analysis of Facultative Arbitration in the last few years**

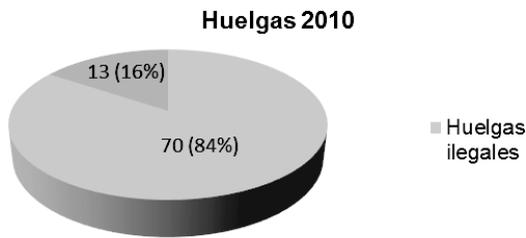
A continuación veremos cómo ha cambiado tal escenario laboral y la irrupción del arbitraje potestativo.

2.2 El escenario de las relaciones colectivas paralelo o posterior al Caso Portuarios

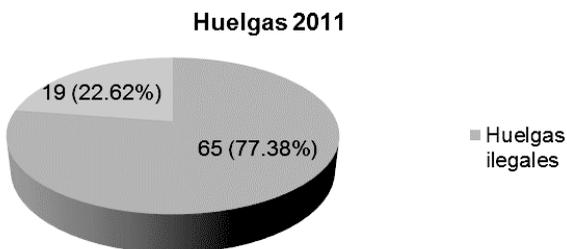
Un primer cambio en el escenario laboral se observó en el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). En efecto, pese a que la normatividad que regulaba el derecho de huelga no había cambiado, se notó que la Autoridad de Trabajo aligeró en los hechos los requisitos que se exigían para su procedencia.

Ello se puede advertir de las estadísticas contempladas en el año 2010 y 2011 si la comparamos con las de años anteriores⁽⁸⁾.

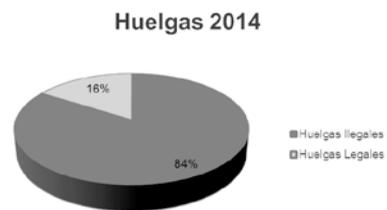
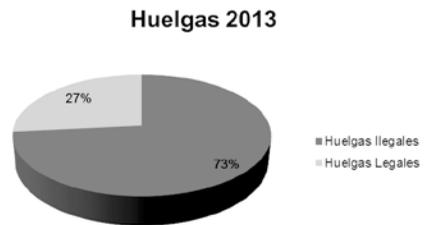
De ese modo, en el año 2010, las huelgas declaradas legales ascendieron al 16%, lo que significa un salto porcentual gigantesco (aunque todavía magro en términos generales) en comparación con el año 2009.



Y si comparamos el año 2010 con el 2011, la tendencia porcentual se incrementa también el doble aunque en un escenario donde se solicitaron menos medidas de fuerza.



Dicha tendencia se mantuvo durante los años 2013 y 2014, en donde las huelgas legales fueron del 27% y 17% respectivamente⁽⁹⁾.



¿Qué ha cambiado?

La mirada de la AAT. Es decir, su preocupación por fomentar y fortalecer el derecho de huelga de los trabajadores como medio de presión y de equilibrio dentro de un contexto de negociación donde los conflictos no se concluían. Así, la huelga aparece –aunque todavía aletargada- como remedio para presionar el cierre de la negociación o determinada reivindicación gremial.

Pero quizá el cambio más gravitante sea la imposición del arbitraje potestativo en materia laboral.

Así, el Tribunal Constitucional en la sentencia referida al proceso de amparo iniciado por el Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao contra diversas asociaciones de empleadores,

(8) Al respecto véase: <http://www.mintra.gob.pe/mostrarContenido.php?id=87&tip=86>.

(9) En el año 2014 se observa un cambio de tendencia, al disminuir el número de huelgas legales al 16%.



Mauro Ugaz Olivares y Rosa Valeria Osorio Véliz

referido al Expediente No. 03561-2009-PA/TC, declaró inaplicable la segunda oración del primer párrafo del artículo 45 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo por contravenir el principio de negociación libre y voluntaria al disponer que se lleve a cabo la negociación a nivel de empresa en caso se tratara de la primera negociación y no exista acuerdo para determinar el nivel⁽¹⁰⁾.

De ese modo, el Tribunal Constitucional enuncia que:

“(…) en la medida que señala que ‘A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa’. Dicha frase resulta inconstitucional no sólo porque contraviene la libertad de decidir el nivel de negociación, sino también porque lesiona el derecho de negociación colectiva, pues (…) ninguna ley puede fijar imperativamente el nivel de la negociación” (fundamento 28).

Como quiera que la decisión del nivel negocial ya no se encontraba en manos de la LRCT, el Tribunal consagró al arbitraje como el mecanismo para la definición del nivel de la negociación colectiva cuando no hay acuerdo entre las partes en la primera negociación.

La solución dada a este caso difiere de la que el mismo Tribunal Constitucional ofreció en el Expediente 0261-2003-AA/TC, en la que decidió imponer un nivel negocial a las partes del conflicto (empleadores y trabajadores de construcción civil deberían negociar a nivel supra empresarial).

Al parecer ello ocurrió en vista de lo señalado por el Comité de Libertad Sindical (CLS) en el caso 2375, el cual se refirió a la sentencia antes mencionada en los siguientes términos:

“el Comité estima que en caso de desacuerdo entre las partes sobre el nivel de negociación a nivel de rama de actividad, se ajusta mejor a la letra y al espíritu del Convenio número 98 y de la Recomendación número 163 un sistema establecido de común acuerdo por las partes en el que en cada nueva negociación colectiva puedan hacer ver de manera concreta sus intereses y puntos de vista. El Comité pide al Gobierno que invite a las organizaciones de trabajadores y de empleadores más representativas a establecer un mecanismo de solución de los conflictos relativos al nivel en que debe realizarse la negociación colectiva”.

Es por ello que el Tribunal decidió imponer un arbitraje para este caso y no resolverlo directamente, lo que evidentemente ha sido calificado como una “*solución diferida*”⁽¹¹⁾ por algún sector de la doctrina nacional. Asimismo, es curioso -como bien señala Neves⁽¹²⁾-, que el Tribunal Constitucional haya adoptado imponer un arbitraje a las partes cuando ello es totalmente excepcional de acuerdo a los parámetros de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁽¹³⁾.

Lo anterior se vuelve más complejo cuando el Tribunal Constitucional, en una resolución aclaratoria, publicada “*casi un año después de la sentencia original*”⁽¹⁴⁾, precisa que es el

- (10) En ese sentido, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que: “En base al principio de negociación libre y voluntaria, establecido en el artículo 4 del Convenio núm. 98, la determinación del nivel de negociación colectiva debería depender esencialmente de la voluntad de las partes y, por consiguiente, dicho nivel no debería ser impuesto en virtud de la legislación, de una decisión de la autoridad administrativa o de una jurisprudencia de la autoridad administrativa de trabajo”. Véase *Recopilación CLS de 1996*, párrafo 851; véase también 310. Informe, caso número 1887 (Argentina); párrafo 103.
- (11) Javier Neves Mujica, “La determinación del nivel negocial en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre los estibadores portuarios”, IUS ET VERITAS 40, (Lima: Junio 2010); 137.
- (12) Javier Neves Mujica; 137.
- (13) Así el Comité de Libertad Sindical ha señalado en innumerables veces que: “El recurso del arbitraje obligatorio cuando las partes no llegan a un acuerdo en la negociación colectiva sólo es admisible en el marco de los servicios esenciales en el sentido estricto (aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en todo o parte de la población)”.
- (14) Como refiere Felipe Gamboa en: <http://www.infocapitalhumano.pe/alertalegal.php?id=18&t=el>.

**La Heterocomposición de las Negociaciones Colectivas de Trabajo:
Análisis del Arbitraje Potestativo en los Últimos Años
*The Heterocomposicion of Collective Labor Negotiations:
Analysis of Facultative Arbitration in the last few years***

arbitraje potestativo quien determina el nivel de negociación entre las partes:

“En efecto, el Tribunal Constitucional ha determinado que el arbitraje para definir el nivel de la negociación colectiva es *potestativo* debido a ‘una integración razonable (...) a través de la aplicación del artículo 61 del Decreto Supremo No. 010-2003-TR’, norma que prevé el arbitraje en la negociación colectiva (ante la falta de un acuerdo en negociación directa o en conciliación)”⁽¹⁵⁾.

De ese modo, la parte trabajadora tiene la capacidad de obligar a la parte empleadora a resolver la discrepancia del nivel negocial a través de un arbitraje potestativo. Entendemos que ello es así, debido a que la misma aclaración hace referencia a que la parte trabajadora podría recurrir a la huelga en virtud de lo señalado por el artículo 46 del RLRCT⁽¹⁶⁾, lo que deja sin sustento a quienes piensan que el empleador también podrá arrastrar con su decisión a los trabajadores al arbitraje impidiéndoles ejercer su derecho a la huelga.

Agrega, además, el Tribunal que el arbitraje regulado en la LRCT se trata de un arbitraje potestativo donde no se requiere de la voluntad de ambas partes sino únicamente la de los trabajadores⁽¹⁷⁾:

“Que, por consiguiente, corresponde precisar que el arbitraje a través del cual deberá decidirse el nivel de la negociación ante la falta de acuerdo entre trabajadores y empleador, es aquél al que hace alusión el artículo 61 del Decreto Supremo 010-2003-TR, *el cual es de carácter potestativo*. En tal sentido, sometido el diferendo a arbitraje por cualquiera de las partes, la otra tiene el deber de someterse a éste”.

Queda claro, entonces, que para el Tribunal Constitucional, el arbitraje regulado en la LRCT se trata de un arbitraje potestativo, el que además se podrá utilizar en los casos donde la negociación del nivel resulte particularmente hostil. Es por ello que el Tribunal Constitucional recurre a la figura de la buena fe para sustentar con mayor solidez la intervención e imposición del arbitraje⁽¹⁸⁾. Así lo hace notar en el Fundamento 15 de la Sentencia correspondiente al Expediente 03561-2009-PA/TC, donde sostiene que:

“No obstante, por excepción, cabe la posibilidad de que el nivel de la negociación colectiva pueda ser determinada por vía heterónoma (arbitraje) ante un organismo independiente a las partes, en función de la naturaleza promotora de la negociación colectiva. Ello se justifica plenamente en el caso de que se demuestre que una de las partes no está cumpliendo con su deber de negociar de buena fe o está realizando prácticas desleales”.

Por su parte, la Comisión de Expertos en Aplicaciones de Convenios y Recomendaciones de la OIT, también permite que el arbitraje potestativo pueda imponerse en aquellos casos donde exista una dificultad o conflictividad que es “*claramente evitable*” ya que es ocasionada por la falta de experiencia de las partes⁽¹⁹⁾:

(15) Felipe Gamboa, en: <http://www.infocapitalhumano.pe/alertalegal.php?id=18&t=e>.

(16) Dice el Tribunal Constitucional: “Asimismo, abona al sentido de esta interpretación el hecho de que el artículo 46 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo -Decreto Supremo 011-92-TR-, disponga que [a]l término de la negociación directa, o de la conciliación, de ser el caso, según el artículo 61 de la Ley, cualquiera de las partes podrá someter la decisión del diferendo a arbitraje, salvo que los trabajadores opten por ejercer alternativamente el derecho de huelga, de conformidad con el Artículo 62 de la Ley”.

(17) Fundamento 8 de la Resolución Aclaratoria del Expediente No. 0361-2009-AA/TC. *Vease*: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03561-2009-AA%20Aclaracion.html>.

(18) A diferencia del caso de Construcción Civil, donde se analizó las particularidades de la labor, pasamos analizar en el caso Portuarios los actos del empleador, es decir, la buena conducta del sujeto empresarial dentro de la negociación.

(19) Salvador Del Rey Guanter; 163-78.



Mauro Ugaz Olivares y Rosa Valeria Osorio Véliz

“En lo que respecta al arbitraje impuesto a solicitud de una sola de las partes, la Comisión considera que, de manera general, es contrario al principio de negociación voluntaria (...). No obstante, puede admitirse una excepción en aquellos casos en que existan disposiciones que, por ejemplo, permitan a las organizaciones de trabajadores iniciar este procedimiento *para la firma del primer convenio colectivo*; como la experiencia demuestra que el acuerdo del primer convenio colectivo es frecuentemente uno de los *pasos más difíciles en el establecimiento de sanas relaciones profesionales*, este tipo de disposiciones puede considerarse como mecanismos y procedimientos que *facilitan la negociación colectiva*”⁽²⁰⁾.

A lo expuesto, habría que sumarle –en desarrollo de lo señalado por el Tribunal Constitucional- la publicación del Decreto Supremo 014-2011-TR, el cual incorpora el artículo 61-A en el RLRCT, señalando lo siguiente:

“Artículo 61-A.- Arbitraje potestativo Las partes tienen la facultad de interponer el arbitraje potestativo en los siguientes supuestos: a) Las partes no se ponen de acuerdo en la primera negociación, en el nivel o su contenido y que durante tres meses la negociación resulte infructuosa⁽²¹⁾; y, b) Cuando durante la negociación del pliego se adviertan actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo”.

Es fácil de apreciar que se introduce reglamentariamente dos supuestos de arbitraje potestativo, con prescindencia de que para el Tribunal Constitucional el arbitraje regulado en la LRCT –bajo cualquier modalidad- es potestativo de acuerdo a su lectura.

El primer supuesto se refiere a la primera negociación (donde el arbitraje podrá ser instalado para definir nivel o contenido), añadiéndose desde el año 2014 el requisito temporal para la procedencia del arbitraje bajo esta causal: la necesidad de que exista un plazo de tres (3) meses en los que la negociación resulte infructuosa. Esta causal se encuentra conforme a lo

establecido por los órganos de control de la OIT, el cual permite el arbitraje iniciado por una de las partes en la primera negociación, al constituir esta la más difícil de celebrar, por ser nuevos los sujetos negociales colectivos a relacionarse.

Ahora bien, el requisito temporal se da como una medida que busca evitar que el arbitraje sea un medio de solución del conflicto que se use en forma indiscriminada, es decir, opera como un límite al exigir que transcurran necesariamente tres (3) meses de negociaciones infructuosas para que pueda alegarse.

Respecto a esta causal, se ha sostenido que esta causal en realidad admite una lectura más abierta, con lo cual, sería factible incluir aquellos casos donde se pretenda cambiar el nivel donde las partes se encontraban negociando.

Así, para Villavicencio Ríos se “*deduce con claridad que cuando se busca un nivel nuevo, estaremos frente a una primera negociación colectiva en tal ámbito, por lo que se configurará*”⁽²²⁾ el supuesto de la primera negociación previsto en el Decreto Supremo No. 014-2011-TR. Nos parece complicado sustentar tal lectura cuando nos encontramos ante una situación de excepción (como lo es el arbitraje potestativo) aunque ello se matiza con la interpretación del Tribunal Constitucional al entender que el arbitraje regulado en la LRCT es potestativo de manera general.

Sobre el segundo supuesto, la existencia de actos de mala fe, es importante señalar que su existencia tiene como finalidad salvaguardar al

(20) Estudio general de la Comisión de Expertos en Aplicaciones de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo de 1994, párrafos 257, 258 y 259.

(21) Modificación introducida al RLRCT a través del Decreto Supremo 013-2014-TR.

(22) Alfredo Villavicencio Ríos; 60.

**La Heterocomposición de las Negociaciones Colectivas de Trabajo:
Análisis del Arbitraje Potestativo en los Últimos Años
*The Heterocomposicion of Collective Labor Negotiations:
Analysis of Facultative Arbitration in the last few years***

principio de buena fe, contenido en el artículo 4 del Convenio No. 98 de la OIT. En ese sentido, dicho principio implica que las partes de la negociación colectiva mantengan una buena disposición en el proceso, es decir, que se formulen propuestas coherentes y realistas, que evidencien la viabilidad de la celebración de un acuerdo. Ahora bien, a fin de que el concepto de mala fe no quedase como un supuesto abierto y, por tanto, no tenga un contenido concreto, mediante la Resolución Ministerial No. 284-2011-TR, se reguló los hechos o situaciones que ameritan ser calificados como de mala fe en las negociaciones colectivas.

Así, la norma prevé que tales supuestos, sin ser una lista taxativa, son los siguientes:

Supuesto	
Actos de mala fe en la negociación	Negarse a recibir el pliego que contiene el proyecto de convenio colectivo de la contraparte, salvo causa legal o convencional objetivamente demostrable. Asimismo, la negativa a recibirlo a través de la Autoridad Administrativa de Trabajo
	Negarse a proporcionar la información necesaria sobre la situación económica, financiera, social y demás pertinentes de la empresa, en la medida en que la entrega de tal información no sea perjudicial para ésta
	Negarse a entregar la información acordada por las partes o precisada por la Autoridad Administrativa de Trabajo
	No guardar reserva absoluta sobre la información recibida siempre que la misma no sea de carácter público
	Negarse a recibir a los representantes de los trabajadores o a negociar en los plazos y oportunidades establecidas en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su Reglamento
	Ejercer presión para obtener el reemplazo de los integrantes de la representación de los trabajadores o del empleador
	Ejercer fuerza física en las cosas, o física o moral en las personas, durante el procedimiento de negociación colectiva
	Los actos de hostilidad ejercidos contra los representantes de los trabajadores o los trabajadores afiliados al sindicato
	El incumplimiento injustificado de las condiciones acordadas por las partes para facilitar la negociación
	Cualquier práctica arbitraria o abusiva con el objeto de dificultar, dilatar, entorpecer o hacer imposible la negociación colectiva
	Ejecutar actos de injerencia sindical, tales como, intervenir activamente en la organización de un sindicato; ejercer presiones conducentes a que los trabajadores ingresen a un sindicato determinado; discriminar entre los diversos sindicatos existentes otorgando a unos y no a otros, injusta y arbitrariamente, facilidades o concesiones extracontractuales; o condicionar la contratación de un trabajador a la firma de una solicitud de afiliación a un sindicato o de una autorización de descuento de cuotas sindicales por planillas de remuneraciones
Discriminar entre trabajadores con el fin exclusivo de incentivar o desestimular la afiliación o desafiliación sindical	

La norma agrega que la existencia de los actos de mala fe o no van a ser decididos por el Tribunal Arbitral, quien valorará si se cumplen o no los presupuestos para el arbitraje.

De ese modo, una vez transcurrida la etapa de negociación directa o trato directo y finalizada la fase de conciliación, los trabajadores podrán optar por recurrir a un arbitraje potestativo si nos encontramos ante la primera negociación y han pasado tres (3) meses de negociaciones infructuosas o si existe un acto de mala fe en el desarrollo de las negociaciones.

En este punto es preciso señalar que actualmente existe otra forma de interpretación de la norma que permite sostener la procedencia del arbitraje: el arbitraje incausado. En efecto, en atención a la interpretación del Tribunal Constitucional en el Caso Portuarios, los tribunales arbitrajes comenzaron a declarar laudos procedentes habiendo declarado improcedentes las causales alegadas por la organización sindical, esto es, sin que medie para ello alguna de las señaladas normativamente.

La argumentación de los Tribunales Arbitrales que han admitido al arbitraje incausado se ha centrado básicamente en sostener que, en tanto la LRCT siempre contempló un arbitraje de tipo potestativo –en base a lo ratificado en el caso Portuarios por el Tribunal Constitucional–, la norma no contempló que existieran causas reguladas para la procedencia del mismo, con lo cual el arbitraje fue, desde el origen de la norma, de naturaleza potestativa e incausada.

En ese sentido, dicha naturaleza habría sido ratificada por el Tribunal Constitucional en una segunda oportunidad, con la emisión de la sentencia recaída en el expediente 3243-2012-AA, en la que señaló que dentro del proceso de negociación colectiva, el arbitraje tiene naturaleza potestativa, con lo cual, si una de las partes decide someter alguno de



Mauro Ugaz Olivares y Rosa Valeria Osorio Véliz

los puntos de la negociación a arbitraje, la otra parte tendrá que aceptarlo.

En la práctica, si bien ello ha ocurrido en pocos casos a la fecha, dicha respuesta por parte de los árbitros legitima en la práctica esta tercera vía de procedencia del arbitraje. Ello ha motivado que últimamente las organizaciones sindicales de forma conjunta a la causal que aleguen para la procedencia del procedimiento arbitral, basen su solicitud de procedencia en la figura del arbitraje incausado; de esta manera, en caso no proceda la causal alegada regulada, se podrá verificar la procedencia del mismo de acuerdo al Tribunal Arbitral que lleve el arbitraje.

Ahora bien, independientemente de si nos encontramos de acuerdo o no con esta estrategia, lo cierto es que esto puede traer un efecto claro sobre la regulación del arbitraje: vacía el contenido normativo de las causas habilitantes.

¿De qué dependerá esto? Del criterio de los árbitros; en este punto es donde adquiere relevancia la imparcialidad que estos deben desplegar durante el procedimiento de arbitraje, como se verá en el punto 3 del presente artículo.

No obstante, como es lógico suponer, la regulación derivada del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, como las variaciones que ha sufrido el arbitraje a través de los criterios de los mismos árbitros, ha variado la forma en la cual se venía negociando en el Perú ya que los trabajadores prefieren optar por recurrir a un arbitraje cuando notan que el proceso de negociación será lento o aprecien prácticas desleales por parte del empleador. En otras palabras, privilegian concluir la negociación de forma rápida en comparación con tener un mayor control del contenido de lo que puedan acordar en la negociación

Lo anterior nos ha llevado a tener en los últimos meses una proliferación de arbitrajes potestativos que han venido cerrando los conflictos o negociaciones colectivas de manera más celerante que en los otros años.

2.3 El arbitraje hoy en día: criterios de procedencia y contenido

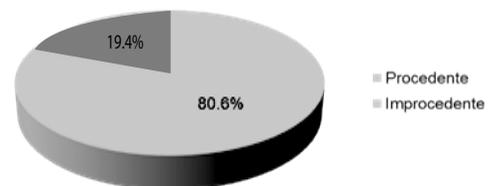
A partir del estudio de treinta y un procedimientos arbitrales del sector privado como público, a través de las resoluciones y laudos emitidos en los mismos, se ha podido verificar que mayormente los arbitrajes son iniciados por sindicatos

experimentados; de forma excepcional, ha habido dos oportunidades en las que la entidad empleadora ha sido la que decidió acudir al arbitraje, opción ante la que la parte laboral se allanó.

Se debe resaltar que, del universo de laudos analizados, cuatro son del sector público, mientras los restantes del sector privado. ¿Por qué? La mayoría de arbitrajes en el sector público son de carácter voluntario, es decir, son las partes quienes deciden someter el diferendo, o ciertos puntos del mismo, al procedimiento arbitral (mayormente los puntos de contenido económico).

Sobre la procedencia, como apuntamos al principio del presente artículo, son contados los casos en los que los arbitrajes son improcedentes:

Procedencia del arbitraje 2011-2014



Las razones por las que fueron declarados improcedentes los arbitrajes se centran básicamente en formalidades: en el caso de dos se verifica problemas en la legitimidad negociada, mientras que en otro caso se identificó la materialización de la huelga con anterioridad a la solicitud de arbitraje. Solo dos procedimientos fueron declarados improcedentes por no haberse constatado las causales de mala fe alegadas.

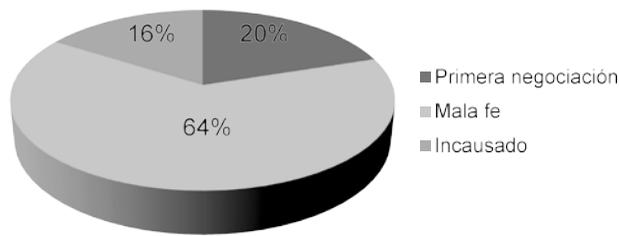
Por otro lado, se debe recalcar que de lo revisado, a la fecha existe solo una resolución que declara improcedente el arbitraje potestativo incausado, debido a que el Tribunal

**La Heterocomposición de las Negociaciones Colectivas de Trabajo:
Análisis del Arbitraje Potestativo en los Últimos Años
*The Heterocomposicion of Collective Labor Negotiations:
Analysis of Facultative Arbitration in the last few years***

Arbitral decidió por mayoría que este tipo de arbitraje no es competente con las normas internacionales de la OIT, ni los pronunciamientos de sus órganos de control.

Sobre las causales, a continuación presentamos un cuadro donde se verificará cuáles han sido las más utilizadas para la procedencia del arbitraje:

Causales de procedencia 2011-2014



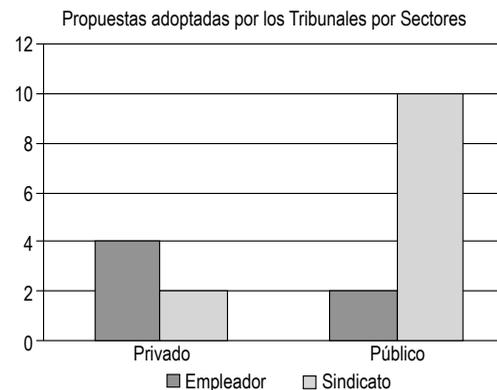
La causal de mala fe más alegada es la negativa de entregar información de parte de la empresa, o entidad empleadora, tanto para el dictamen económico financiero realizado por la AAT, como para la misma organización sindical. En este supuesto se ha incluido la entrega de información tardía, o parcial.

También es recurrente alegar mala fe cuando existe negativa por la parte empleadora de cumplir con ciertas condiciones acordadas por las partes para facilitar el proceso de negociación, como son la suspensión de reuniones, la dilatación del inicio de la negociación, o la negativa a otorga licencias a los representantes sindicales que lo requieran.

Nótese que la cantidad de arbitrajes incausados procedentes fueron todos producto de procedimientos arbitrales llevados a cabo en el año 2014, con lo cual se puede concluir que la tendencia podría ser de aumentar con el paso de los años en tanto existan más árbitros que manejen los mismos criterios señalados para avalar la validez de esta figura.

El contenido de los laudos es generalmente de carácter económico. Ello se da tanto en el sector privado, como en el público, siendo en este sector la tendencia aún más marcada. Esto último guarda explicación en que las normas vigentes de presupuesto restringen el contenido económico en el marco de una negociación colectiva en el sector público, con lo cual, las partes normalmente optan por solucionar las materias económicas mediante el arbitraje (en la mayoría de casos de forma voluntaria)⁽²³⁾.

Ahora bien, a diferencia del sector público en donde los Tribunales Arbitrales optan en casi todos los casos por la propuesta final de las organizaciones sindicales, en el sector privado al número es bastante parejo. Al respecto, sea la propuesta que se elija, en un 97% de casos los Tribunales Arbitrales han atenuado las propuestas elegidas, de forma que se adapten más a las necesidades de la Compañía y, a la vez, respondan a los intereses de las organizaciones gremiales.

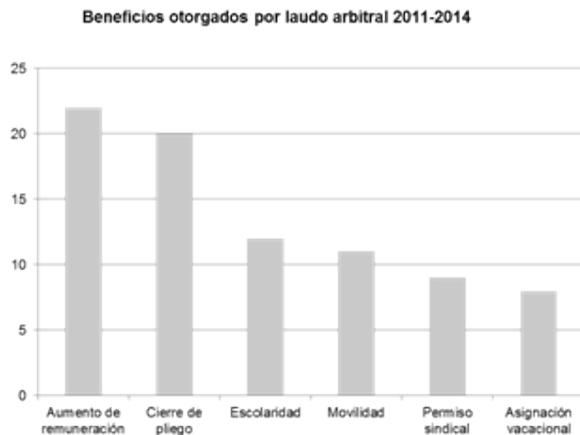


(23) La tendencia en este sector en arbitrajes es clara: la mayoría de los árbitros opta por inaplicar las normas de presupuesto pertinentes y eligen por la propuesta final de convenio colectivo dada por la organización sindical, aplicando las atenuaciones pertinentes. Dicho escenario bien podría cambiar tras la emisión de la sentencia recaída en el expediente No. 0142-2011-PA, que declaró la inconstitucionalidad de las normas de presupuestarias, inconstitucionalidad que será efectiva cuando el Congreso promulgue regulación en el caso o venza el plazo de un año desde emitida la sentencia. Para más información: <http://www.ius360.com/privado/laboral/comentarios-la-sentencia-del-tc-sobre-la-inconstitucionalidad-de-la-ley-de-presupuesto/>



Mauro Ugaz Olivares y Rosa Valeria Osorio Véliz

A continuación se podrá verificar los beneficios regulados con mayor regularidad en los procedimientos de arbitraje:



Entre otros beneficios regulados están también el apoyo al sindicato, como un monto otorgado a la organización sindical para la promoción de sus actividades, el permiso por fallecimiento, dado por la muerte de familiares cercanos de los miembros del sindicato, la ropa de trabajo, como una condición de trabajo, entre otros.

3. Los árbitros en el arbitraje potestativo

Un tema de vital importancia en el arbitraje es la elección de los árbitros. El arbitraje requiere de cumplir con los requisitos de imparcialidad y neutralidad que todo proceso prevé, con lo cual, los árbitros no representan a las partes ni actúan en nombre de ellas. Como es obvio, tampoco asesoran a las partes.

El proceso arbitral tendrá legitimidad cuando los árbitros entiendan que son designados para resolver un conflicto desde la "cultura de la neutralidad". De ese modo, la aproximación que pudiera tener con las partes –incluso con la que lo designó– debería ser mínima y motivada.

De otro lado, la profesionalidad del árbitro debe ser manifiesta tanto en el aspecto jurídico como en el aspecto económico. No es posible que el árbitro no tome en consideración situaciones

del mercado o del negocio que expliquen o fundamenten una propuesta final de una de las partes.

Tal profesionalidad le permitirá justificar por qué elige una propuesta y desecha la otra, así como las razones por las cuales procede a una atenuación. Nuestro sistema de ofertas finales o de péndulo (donde se opta por una propuesta excluyente) requiere de una explicación cuando se procede a atenuar la propuesta elegida, máxime si tal atenuación de modo alguno puede dejar al beneficio irreconocible o desnaturalizado.

En un contexto de arbitraje incausado, vale la pena mencionar un tema particular sobre la elección de los árbitros: la estigmatización de los mismos. Pues bien, probablemente cuando un árbitro resuelve a favor, o en contra, de declarar la procedencia de un arbitraje incausado, las organizaciones empresariales, como las sindicales, se la pensarán dos veces antes de convocarlo para que sea su árbitro, o aceptar que conforme su Tribunal Arbitral, según sean sus intereses. La institución, aunque se presenta como una solución eficaz y célere, no es perfecta, y puede traer problemas como el señalado.

4. Nueva visión del arbitraje potestativo

En un principio se creía que el arbitraje potestativo quitaría eficacia al trato directo, como a la conciliación, mediación o extra proceso en general, razón por la que la negociación colectiva sería desnaturalizada.

Tales críticos señalaban que en realidad ya no se negociararía sino, por el contrario, los árbitros reemplazarían a las partes y, lo que es peor, éstos no tomarían en cuenta en sus decisiones las repercusiones de las propuestas que asumen o sus atenuaciones. Por tal motivo, sostenían, era preferible retornar al arbitraje

**La Heterocomposición de las Negociaciones Colectivas de Trabajo:
Análisis del Arbitraje Potestativo en los Últimos Años
*The Heterocomposicion of Collective Labor Negotiations:
Analysis of Facultative Arbitration in the last few years***

voluntario, donde el conflicto se cierra por el acuerdo al cual llegan las partes y no por la imposición de una de ellas.

Nos parece que una visión del arbitraje potestativo como la señalada es parcial o corresponde una visión tradicional del arbitraje.

No obstante, la utilización del arbitraje potestativo todavía responde como una herramienta de carácter excepcional. En efecto, en cuatro años existen alrededor de cuarenta procedimientos de negociación colectiva que han sido resueltos por medio de un procedimiento arbitral, siendo nueve el número que consigna la AAT en su Anuario Estadístico como los casos en los que se resolvió por esta vía.

Asimismo, como hemos podido verificar, las propuestas acogidas en los arbitrajes revisados varían, conforme a la información proporcionada de la entidad empleadora. Bajo la facultad de atenuación que otorga la ley a los árbitros, estos han atenuado las propuestas elegidas para que respondan a los intereses de ambas partes del arbitraje.

La función primigenia del arbitraje es poner fin a un conflicto. Es por ello que su uso, cuando es obligatorio o potestativo perjudica a la autonomía colectiva de las partes ya que neutralizan –principalmente- la posibilidad de implementar una medida de fuerza.

Es por ello que Sarthou señalaba que:

“(…) solamente con carácter excepcional podrá admitirse el arbitraje potestativo unilateral por voluntad de la parte obra en la hipótesis de medios de débil o nula sindicación y siempre que el sistema político ofrezca garantías para el cumplimiento del objetivo perseguido”⁽²⁴⁾.

Desde este punto de vista, el arbitraje aparece como un mero limitador del derecho de huelga y, por tanto, su uso debería ser restringido.

Sin embargo, el arbitraje tiene una función más decisiva y valiosa que no se concentra únicamente en la huelga. El arbitraje complementa la negociación colectiva, de modo tal que le permita “*fortalecer el proceso negocial, incrementando las posibilidades de acuerdos y aumentando la calidad de eficacia tanto del proceso negocial en sí como de su resultado, el convenio colectivo*”⁽²⁵⁾.

Precisamente, en un escenario donde los trabajadores pueden arrastrar a los empleadores a un arbitraje, las partes al momento de iniciar la negociación tendrán mayores incentivos para obrar de buena fe, dar propuestas serias y no entorpecer la negociación. De lo contrario, la parte trabajadora podrá llevar la negociación a un Tribunal Arbitral, donde la contraparte no tendrá control alguno sobre el resultado del proceso y se concluirá el conflicto de forma más célere.

En una economía de mayor competencia y cambios, los perjuicios ocasionados por la conflictividad laboral tienden a ser reducidos por los empleadores al máximo: no son convenientes las medidas de fuerza si ello afecta la operatividad de la empresa y la relega dentro del mercado. A lo anterior, además, hay que agregarle que cada día se negocian más materias, aumenta la complejidad de las condiciones de trabajo y se requiere de un proceso eficaz y rápido que permita responder a las demandas de los consumidores: las fuerzas de la actividad empresarial se quieren concentrar en las ventas, operaciones o actividades industriales más que en los conflictos laborales⁽²⁶⁾.

(24) Juan Carlos Cortez Carcelén, Oscar Ermida Uriarte y Alfredo Villavicencio Ríos, “Derecho Colectivo del Trabajo”, en *Materiales de Enseñanza de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, 2. ed. (1990); 323.

(25) Salvador Del Rey Guanter; 163-178.

(26) Salvador Del Rey Guanter; 163-178.



Mauro Ugaz Olivares y Rosa Valeria Osorio Véliz

De ese modo, la imposición de un arbitraje potestativo lleva a las empresas a reconocer que deben cambiar su manera de afrontar las negociaciones. Ya no se cuenta con la posibilidad de mantener los conflictos abiertos y dilatados. Más bien, se busca replantear las maniobras negociales empresariales. De ese modo, las partes *“reorganizan su estrategia y sus instrumentos de negociación y luego sabiendo que el conflicto puede no quedar abierto tienen una mayor versatilidad al momento de plantear y aceptar sus propuestas”*⁽²⁷⁾.

Desde tal perspectiva, el arbitraje potestativo ayuda a mejorar o afianzar el trato directo más que destruirlo o inutilizarlo.

Ahora bien, esta institución no deja de ser bastante reciente en nuestro país. Es por ello que consideramos que aún nos encontramos en una etapa de transición, donde las partes requieren entrenarse y amoldarse a esta nueva mecánica de negociación.

Es por ello que sería usual y natural la tendencia a desincentivar la negociación en el trato directo ya que existe la posibilidad de ir a un árbitro quien definirá el conflicto. Como ha señalado Salvador del Rey, tales casos se tratan de *“síntomas típicos”* de las fases iniciales del arbitraje, los cuales son totalmente transitorios y temporales. De ese modo, el efecto de *“congelación”* o *“narcótico”* que tiene el arbitraje sobre el proceso negocial –esto es, la tendencia de las partes a no negociar ya que existe la alternativa del arbitraje- no debería llamarnos la atención en una primera etapa⁽²⁸⁾.

Por el contrario, una vez que las partes experimenten las consecuencias de arrastrar

su negociación a un arbitraje, comprobarán si para ellos tal mecánica se adapta de mejor manera a sus necesidades. Debemos recordar que el gran sacrificio del arbitraje es no controlar el contenido de la negociación, con lo cual, cada parte involucrada tendrá que enfrentar tal dilema y optar por si decide incorporarse al arbitraje o potencializar el trato directo. Esta conclusión, finalmente, podrá arribarse con mayor certeza cuando esta institución se encuentre más consolidada con el pasar de los años.

5. Conclusiones

El escenario de negociación colectiva en los últimos años ha sufrido una gravitante modificación: se tiende a cerrar los conflictos a través del arbitraje potestativo y ello ha disminuido el interés del trato directo o de la etapa de conciliación.

En realidad lo anterior es transitorio, el hecho que ahora exista menos renuencia para dictaminar a una huelga improcedente y el hecho que se pretende promover las soluciones pacíficas de los conflictos nos deben llevar a reinventar nuestras estrategias negociales y desarrollar nuevos acercamientos con la contraparte sindical o empresarial.

Asimismo, de los laudos revisados, se evidencia un cambio –cada vez más creciente- de parte de las organizaciones sindicales cuando deciden someter el conflicto a arbitraje: ahora, abierta la posibilidad de invocar un arbitraje potestativo de tipo incausado, se formula la solicitud de procedencia aplicando dicha figura, como las causales reguladas normativamente. De esta manera, dichas organizaciones buscan la posibilidad de que por alguna vía resulte procedente el arbitraje y que, a su vez, vean atendidos sus intereses.

Al parecer la parte gremial se encuentra actualmente variando su comportamiento en el contexto de una negociación colectiva; es que en definitiva, esto es lo que trae un nuevo escenario laboral: la redefinición de las conductas gremiales como empresariales. 

(27) Alfredo Villavicencio Ríos; 60.

(28) Salvador Del Rey Guanter; 163-178.