

CRÍTICA DE LA FUNCIÓN SUPLETORIA DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA EN LA DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS EN EL MARCO DE ARBITRAJES COLECTIVOS LABORALES

Luis Mendoza Legoas⁽¹⁾

En el Derecho Comparado, las tipologías con las cuales se definen a las modalidades de arbitraje son variadas: arbitraje de derecho y arbitraje de equidad o consciencia (según si el tribunal arbitral resuelve con sujeción al derecho vigente o si, bajo parámetros más flexibles, resuelve según su leal saber y entender); arbitraje institucional y arbitraje *ad hoc* (según si es que las partes encargan a una institución la conformación del árbitro y administración del procedimiento, o bien, sea que las propias partes designen en forma directa o indirecta a los árbitros, sin que hayan reglas predeterminadas). También es posible que, en atención a la forma en que las partes de un conflicto se ven involucradas en un arbitraje, se distinga entre tres modalidades de arbitraje: voluntario, unilateral o potestativo y obligatorio. Esta última es una clasificación típica en el Derecho del Trabajo peruano.

En este estudio ofrecemos una reflexión en torno a una de las formas de intervención de la autoridad administrativa de trabajo dentro de las relaciones laborales peruanas. Tal intervención se circunscribe a uno de los actos preparatorios para la conformación del órgano arbitral que conocerá el arbitraje colectivo laboral y, por definición, solamente es posible cuando los llamados a efectuar la

(1) Abogado laboralista. Actualmente, director encargado de la Dirección de Promoción y Protección de los Derechos Fundamentales Laborales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Debe precisarse que las opiniones vertidas en este artículo corresponden únicamente a la posición del autor frente al tema estudiado y no comprometen en forma alguna a la de la institución para la cual trabaja.

designación de un árbitro omitan cumplir con dicha obligación. Visto ese límite funcional, pareciera que se tratase de una cuestión más bien menor, carente de la relevancia e impacto que tienen otras formas de intervención de la autoridad administrativa, que –en definitiva– son más intensas sobre las relaciones laborales. Sin embargo, al día de hoy, este es uno de los tópicos más comentados tanto en fuentes académicas como en medios de comunicación masivos⁽²⁾.

Abordaremos este tema a partir de una explicación de la relación existente entre la función supletoria de designación de árbitros por parte del Estado y el mandato constitucional de promoción de formas de solución pacífica de conflictos laborales. A partir de esa relación haremos una lectura del rol suplente que en nuestro país tiene la autoridad administrativa de trabajo para efectuar designaciones de árbitros, una actuación cuyas características –adelantamos aquí– son la suplencia, excepcionalidad e inimpugnabilidad.

Nos proponemos realizar esta reflexión siguiendo el siguiente camino: expondremos las razones por las cuales consideramos que el acto de designación de árbitros por el Estado no es parte esencial de una definición de arbitraje colectivo laboral. Por esa razón, esa actuación pública no es asimilable a los actos de *intervencionismo*, pues no supone la restricción de la autonomía colectiva de las partes de un conflicto laboral. Una vez sentado esto, formularemos dos críticas puntuales al esquema diseñado legalmente para efectuar estos actos de designación, arribando a un balance ponderado de este asunto.

I. EL ARBITRAJE COLECTIVO LABORAL COMO CATEGORÍA JURÍDICA

1. Elementos esenciales de una definición de arbitraje colectivo laboral

Tomando como punto de partida al hecho de que el Derecho peruano regula al procedimiento de arbitraje en forma supletoria, existen algunos aspectos a ser considerados dentro de la categoría “arbitraje colectivo laboral” que pueden ayudar a comprender el alcance de esta institución jurídica. De hecho, a partir de

(2) La mayor porción de la atención de la doctrina se ha dirigido al arbitraje potestativo como mecanismo de solución de conflictos, sin que existan demasiados pronunciamientos en torno a los supuestos de designación de árbitros por la autoridad administrativa. En todo caso, pueden referirse aquí declaraciones vertidas en medios de comunicación masivos. En sentido crítico: UGAZ, Mauro. “OIT: el arbitraje laboral entre la empresa y el sindicato debería ser voluntario” (entrevista). En: *Gestión*. Edición electrónica, véase <<http://gestion.pe/movil/noticia/2062951>>. Por otro lado, a favor de tal mecanismo de designación: GAMERO, Julio. “Arbitraje potestativo y equidad en las relaciones laborales”. En: *La Primera*. Edición del día lunes 27 de mayo de 2013, Sección economía, p. 12.

una definición que considere los componentes esenciales de una posible definición del arbitraje colectivo laboral –incluyendo a sus tres especies– encontramos a los siguientes elementos:

CUADRO N° 1			
HACIA UNA DEFINICIÓN DE ARBITRAJE COLECTIVO LABORAL			
Modalidades de arbitraje colectivo laboral	¿Qué tipo de conflictos resuelve?	¿Cuál es la fuente del arbitraje?	¿Cuál es el órgano arbitral?
Arbitraje voluntario	- Conflictos económicos sobre la negociación colectiva o la determinación de su nivel o contenido	Pública - privada (bilateral)	- Árbitro unipersonal; o - Tribunal arbitral
Arbitraje potestativo	1. Tan solo un aspecto jurídico (la procedencia del arbitraje interpuesto) 2. De resultar procedente, los conflictos económicos relacionados con la negociación colectiva o la determinación de su nivel o contenido	Pública - privada (unilateral)	- Tribunal arbitral
Arbitraje obligatorio	- Conflictos económicos relacionados con la negociación colectiva o la determinación de su nivel o contenido	Pública	- Árbitro obligatorio (el Estado)
Definición común de arbitraje colectivo laboral	A) Principalmente, resuelve conflictos de carácter económico	B) La fuente del arbitraje colectivo es pública y privada, salvo el arbitraje obligatorio, donde solo se puede hablar de fuente pública.	C) La composición del órgano arbitral está determinada por la legislación

Este cuadro no descarta al hecho de que es posible identificar elementos comunes de las tres modalidades de arbitraje. Por ejemplo, el hecho de que son siempre mecanismos que tienen una relación de alternatividad con respecto al ejercicio del derecho constitucional de huelga (al establecerse el arbitraje colectivo laboral no puede haber pendencia de una medida de fuerza). Otro ejemplo es la revisión judicial de la pretendida nulidad del laudo. Sin embargo, estos vienen a ser aspectos *no esenciales*, que tan solo caracterizan al procedimiento o al laudo, mas no al mecanismo en sí mismo.

Antes de avanzar en la línea discursiva de este trabajo, es preciso pasar revista a los elementos esenciales del concepto legal de arbitraje colectivo. Así, para empezar contrastaremos esta noción con la idea clásica de arbitraje laboral. La doctrina laboralista ha identificado a este tipo de arbitraje como un “arbitraje de equidad”, en atención de los efectos que produce el mecanismo al resolver las pretensiones negociales de uno y otro sujeto colectivo. El profesor Blancas sostiene que el conflicto colectivo laboral “(...) no puede resolverse mediante la aplicación o interpretación de una norma preexistente al mismo”⁽³⁾.

Sin embargo, esta referencia a la equidad en el arbitraje colectivo laboral no es suficiente para explicar al mecanismo del arbitraje unilateralmente interpuesto (potestativo), que bien podría prescindir de la aplicación del *juicio de equidad* cuando el procedimiento se agote mediante un *juicio de derecho* que resuelva la improcedencia del mecanismo arbitrariamente interpuesto.

Aunque la resolución de improcedencia del arbitraje suponga para algunos –usualmente desde tesis voluntaristas sobre el arbitraje colectivo laboral– la confirmación de que no existe arbitraje, la ruptura del *iter* del mecanismo tras una interposición infructuosa es producida por un tribunal arbitral jurídicamente capaz de resolver la procedencia o la improcedencia del mecanismo confirma, precisamente, su existencia. La *constitución del tribunal arbitral* determina la existencia del arbitraje y, aunque parezca obvio decirlo, confirma su existencia.

En rigor, dentro de las modalidades donde puede existir un tribunal arbitral o árbitro único designado, se tiene que el hito que marca el nacimiento del mecanismo puede encontrarse en distintos momentos del referido *iter*:

- a) En el caso del arbitraje voluntario, desde el momento acordado por las partes. Si no hay acuerdo, rige una regla supletoria que prevé a la fecha de la recepción de la solicitud de sometimiento de una controversia al mecanismo arbitral como fecha de inicio del arbitraje (art. 33 del Decreto Legislativo N° 1071, decreto legislativo que norma el arbitraje).
- b) En el caso del arbitraje potestativo, desde que todos los árbitros son designados para cumplir con la función constitucional de dirimir la controversia. El arbitraje se rige por principios y derechos de la función jurisdiccional –artículo 139 de la Constitución– atribuyéndosele

(3) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *La naturaleza del arbitraje en la negociación colectiva*. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. <<http://www.trabajo.gob.pe>> (03/02/2012).

al procedimiento arbitral la independencia y la observancia del debido proceso y la motivación de sus resoluciones (tercer y quinto inciso del referido artículo constitucional). Esta función solamente puede ser efectuada por el tribunal arbitral válidamente designado, de lo que se deriva que hay arbitraje desde ese momento.

Por cuanto antecede, podemos afirmar que el arbitraje colectivo laboral en el Perú está caracterizado por la búsqueda de un juicio de *equidad* emitido por un tribunal arbitral, pero que, en la modalidad potestativa, admite además un juicio de procedencia jurídica. Por lo tanto, descartamos referirnos en este trabajo al arbitraje colectivo laboral como “de equidad”. Por ello, solamente nos quedaremos con los componentes “A” y “B” del Cuadro N° 1 (*vid supra*) como aspectos esenciales de la definición de arbitraje colectivo laboral.

2. La actuación del Estado como elemento no esencial en la definición de la naturaleza jurídica del arbitraje colectivo laboral

Un importante corolario de las constataciones que estamos efectuando es que la función que el Estado desempeña en la designación de árbitros no es parte esencial de los componentes de la definición del arbitraje colectivo laboral. En efecto, en el Cuadro N° 1 (*vide supra*) se aprecia que el componente “C” de la definición (“La composición del tribunal arbitral está determinada por la legislación”) es una derivación del componente “B” de la misma, que refiere a la fuente pública y privada del arbitraje colectivo laboral, afirmación que bien sigue la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional⁽⁴⁾.

Ni siquiera la forma en que se opera la designación de árbitros es parte de dicha definición, pues en realidad la forma en que aquello se concreta es más bien una derivación de un aspecto que hemos identificado como esencial: la naturaleza pública del arbitraje colectivo laboral. Su fuente es heterónoma y descansa en la ley, que prevé la solución acordada mediante arbitraje (voluntario, cuando la autonomía de los sujetos colectivos también reclama su lugar como fuente mediante el acuerdo arbitral) o bien prevé la interpretación unilateral (arbitraje potestativo).

Es consecuencia de que la fuente del arbitraje colectivo laboral sea heterónoma el hecho de que la legislación (laboral y arbitral) ofrezca a las partes una

(4) Desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional, todo tipo de arbitraje debe ser concebido desde un enfoque iuspublicista pues ellos “forma[n] parte esencial del orden público constitucional”. Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 28 de febrero de 2006, recaída en el Exp. N 6167-2015-HC/TC, f. j. 11.

reglamentación supletoria heterónoma (que bien puede sustituir al convenio arbitral que en el arbitraje voluntario constituye al procedimiento y lo reglamenta). En caso de que las partes del arbitraje voluntario o potestativo no acuerden algo distinto, e incluso cuando el Estado asume la posición de árbitro obligatorio, resultarán supletoriamente aplicables las normas sobre procedimiento contempladas en la LRCT y el Reglamento de la LRCT, el Decreto Supremo N° 011-92-TR (en adelante: Reglamento de la LRCT). En dichas normas se regulan aspectos fundamentales como la forma en que se compondrá el órgano arbitral –árbitro unipersonal, tribunal arbitral, en los casos donde resulten aplicables estas figuras– hasta aspectos accesorios como la forma en que se pagarían los honorarios de los árbitros (en las modalidades voluntaria y potestativa) si tampoco se lograra un acuerdo en dicho extremo. En caso de cualquier vacío, resulta aplicable como norma supletoria el Decreto Legislativo N° 1071, “Decreto Legislativo que norma el arbitraje”, donde se contemplan aspectos importantes como el procedimiento de recusación de árbitros, por ejemplo.

Sin duda, la existencia de reglas supletorias que efectivizan al arbitraje son muy importantes para el inicio del procedimiento, teniendo en cuenta que el arbitraje colectivo laboral suele aplicarse a relaciones que, de suyo, son conflictivas. Y el antagonismo entre los sujetos colectivos suele ser más explícito en los arbitrajes potestativos que en los voluntarios. De ese modo, las normas supletorias pueden bien complementar –cuando exista– al acuerdo privado denominado “convenio arbitral” o “compromiso arbitral” (según la terminología empleada por el Decreto Legislativo N° 1071, y por el Decreto Supremo N° 011-92-TR, Reglamento de la LRCT) en un aspecto no previsto, o inclusive permitiría prescindir en absoluto de dicho acuerdo sin que ello impida la existencia del procedimiento arbitral.

Si no existiera una reglamentación supletoriamente aplicable, de nada serviría que ambas partes pudieran llegar a un acuerdo para resolver su conflicto mediante arbitraje, pues bastaría que una de ellas cambie de parecer y mediante propios actos desdiga la voluntad de que el conflicto económico se solucione. Nuevamente, esta observación es menos matizada en el escenario del arbitraje potestativo, donde el hecho de que una de las partes tenga la prerrogativa de atraer a su contraparte a la instancia arbitral requiere como condición de efectividad a estas reglas supletorias. De lo contrario, el procedimiento se entraparía en una anomia que convertiría al arbitraje potestativo en inútil. De hecho, la doctrina ha dado cuenta ya una vez el arbitraje potestativo perdió eficacia en el Perú (requisito indispensable para la validez de cualquier mecanismo

procesal) debido a que “(...) un importante número de solicitudes de arbitraje presentados por los trabajadores no [lograban] arribar a la suscripción del compromiso arbitral (...)”⁽⁵⁾.

Así, en rigor, la acción de designación de los árbitros termina definiéndose como una *de auxilio* para la efectividad del arbitraje que se deriva del componente público que se haya en la fuente del arbitraje colectivo laboral en el Perú. Esta constatación nos permitirá establecer con claridad el lugar no esencial que corresponde a la crítica de la designación de árbitros, que no debe confundirse con una crítica al arbitraje en general, o en la crítica a alguna de sus modalidades en particular.

II. EL ARBITRAJE Y LOS NIVELES DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL FRENTE A LA CONFLICTIVIDAD LABORAL

Partiendo del hecho de que la intervención estatal en las relaciones colectivas de trabajo es un hecho social, dada su necesidad, se pueden apreciar distintos niveles de ella: desde la abstención con respecto a ciertos aspectos de la materia colectiva, pasando por la intervención reguladora que permite a la autoridad administrativa comportarse como un tercero que registra actos como la constitución de sindicatos, los convenios colectivos de trabajo, etcétera. Sin embargo, es posible también que la actuación del Estado se transforme en *intervencionismo*, con una clara impronta negativa, pues en teoría la intervención del Estado es preferible en el ámbito individual de las relaciones laborales. Así, se ha dicho que “la intervención del Estado en las relaciones colectivas, lejos de favorecer la acción gremial, la perturba y entorpece al limitar insensiblemente el espacio para la negociación colectiva y para la acción directa, que son los instrumentos con los que el sindicato obtiene mayor poder”⁽⁶⁾.

Parece pacífico afirmar que el Decreto Supremo N° 010-2003-TR, Texto Único de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo –en adelante, LRCT– plantea un nivel de intervención estatal que reduce gravemente el ámbito de la autonomía colectiva –pues muchos aspectos están reglamentados desproporcionadamente en la ley– lo que resulta particularmente evidenciado en la negociación colectiva. Ante ese panorama, con una legislación hiperdesarrollada en materia colectiva

(5) BOZA, Guillermo y CANESSA, Miguel. “Relaciones colectivas de trabajo: entre la flexibilidad y el intervencionismo estatal”. En: *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú*. OIT, Lima, 2000, p. 222.

(6) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “Los niveles de intervención”. En: *La negociación colectiva en América Latina*. O. Ermida y A. Ojeda (editores), Trotta, Madrid, 1993, p. 140.

–y claramente desfavorable a la negociación en ámbitos superiores al de la empresa– los sujetos colectivos han asumido distintos papeles, lo que es evidente al revisarse las estadísticas de la negociación colectiva en el Perú desde la década de 1990 hasta la actual.

Por motivos económicos, sociales e históricos la negociación colectiva es el mecanismo que estadísticamente se muestra como el más utilizado para la solución de conflictos colectivos en el Perú. De acuerdo con la información publicada en los anuarios estadísticos del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, puede observarse el papel residual que en un plano general tiene el arbitraje en las negociaciones colectivas peruanas. En el año 2012, en todo el Perú, existieron cuatrocientos treinta y cinco (435) convenios colectivos. De todos ellos, trescientos cincuenta y tres (353) se resolvieron mediante negociación directa, cincuenta y dos (52) mediante acuerdos en conciliación o extraprocesos y treinta (30) mediante arbitraje. Asimismo, durante el año 2011, en todo el Perú se registraron quinientos cincuenta (550) convenios colectivos, de los cuales solamente quince (15) se debieron al arbitraje. En todo caso, la estadística que se acaba de reseñar no incluye a la figura del arbitraje para definir el nivel o contenido de negociación. Sin embargo, esta observación no afecta el carácter residual del procedimiento arbitral como mecanismo de solución de conflictos laborales.

La negociación colectiva es complementada por otras “formas de solución de conflictos laborales” –en términos usados por la propia Constitución de 1993– que no son otras que la conciliación, la mediación, el extraproceso y el arbitraje. Cabe destacar que todas las formas de arbitraje laboral tienen raigambre en el inciso 2 del artículo 28 de la Constitución de 1993, que plasma un modelo democrático de relaciones laborales que “promueve formas pacíficas de solución de los conflictos laborales” (art. 28.2 de la Constitución).

¿Es posible advertir en la norma constitucional una consideración especial por el arbitraje como forma de solución de conflictos? Desde la política laboral, la Constitución planea la preferencia de los arbitrajes antes que el conflicto abierto. Asimismo, entre las modalidades de arbitraje colectivo laboral, resultarán preferentes aquellas que encuentran un sustento público y privado para la interposición del arbitraje (como ocurre en los arbitrajes de tipo voluntario y potestativo) antes que aquella modalidad que tiene una fuente netamente pública (como ocurre en el arbitraje obligatorio, figura de última ratio prevista en el artículo 68 de la LRCT)⁽⁷⁾.

(7) La Autoridad Administrativa de Trabajo ha resuelto que, ante la concurrencia de su avocación como árbitro obligatorio –supuesto del artículo 68 LRCT– y la interposición de una de las partes del arbitraje potestativo, este último resulta preferible, pues “se debe privilegiar la potestad de las partes de someter el conflicto a un tribunal arbitral tomando en cuenta la naturaleza excepcional de la competencia asumida

Ahora bien, ha quedado sentado en la jurisprudencia constitucional que todo tipo de arbitraje debe ser concebido desde un enfoque iuspublicista, pues ellos “forman parte esencial del orden público constitucional”⁽⁸⁾. De hecho, el arbitraje es genéricamente definido como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos y, por lo tanto, “se explica no como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustituto, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial, a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias, básicamente de orden patrimonial de libre disposición”⁽⁹⁾.

De esa manera, su naturaleza es diferente a la de los procesos judiciales que pueden utilizarse para fines similares. Pero también es cierto que, a partir del enfoque iuspublicista del arbitraje, su naturaleza jurídica heterocompositiva debe diferenciarse nítidamente de los otros llamados mecanismos alternativos de composición de conflictos colectivos. Así, el arbitraje potestativo y el arbitraje voluntario comparten el hecho de tener en la figura del árbitro a un tercero decisor, pero difieren en que el primero es utilizado a partir de un acuerdo de partes, mientras que en el segundo la delegación a un tercero para que resuelva el conflicto se fundamenta en la invocación, por una de ellas, de normas heterónomas que le permiten activar el arbitraje (tal y como ocurre con quien activa al aparato judicial).

Queda claro en este punto que el arbitraje colectivo laboral en nuestro ordenamiento jurídico posee un sustento constitucional que impide que se le descarte como mecanismo “intervencionista”, cuando más bien existe suficiente evidencia de que puede adscribirse no solamente al fin constitucional de otorgar soluciones pacíficas a conflictos colectivos; sino que inclusive puede cumplir un papel importante al desincentivar prácticas contrarias a la buena fe en la negociación colectiva⁽¹⁰⁾.

por esta Dirección General de Trabajo como árbitro obligatorio”. En ese sentido, consúltese: Auto Directoral General de fecha 25 de octubre de 2011, número 010-2011-MTPE/2/14, parte considerativa.

- (8) Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 28 de febrero de 2006, recaída en el Exp. N° 6167-2015-HC/TC, f. j. 11.
- (9) Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 21 de setiembre de 2011, recaída en el Exp. N° 00142-2011-PA/TC, f. j. 22. Como salvedad aquí, debe decirse que, si bien es cierto que en el ámbito laboral el componente patrimonial no agota el contenido de las propuestas en negociación colectiva (o en arbitraje), también lo es que los derechos e intereses patrimoniales sí ocupan un espacio importante dentro de la lógica de la negociación colectiva y de los conflictos colectivos laborales.
- (10) El arbitraje potestativo cumple, señaladamente, con esta función, otorgando un mayor dinamismo a las relaciones colectivas de trabajo, al cumplir un “rol fundamental de ‘depuración’ de las prácticas en la negociación contrarias al principio de buena fe reconocido por el Tribunal Constitucional y el Comité de Libertad Sindical de la OIT”. SANCHEZ, Christian. *El arbitraje potestativo en las relaciones colectivas de trabajo: un balance inicial*. Documento inédito, Lima, 2013.

III. LA DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS POR LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DESDE UNA PERSPECTIVA CRÍTICA

En esta parte vamos a analizar críticamente dos aspectos que tienen que ver con la actuación estatal como agente de auxilio del arbitraje colectivo laboral cuando, al inicio del *iter* del procedimiento de arbitraje, no existe una definición espontánea entre las partes o entre sus árbitros sobre la identidad de las personas que conformarán el órgano arbitral que resolverá la controversia en forma definitiva. A continuación, tomando en cuenta las normas que sobre el particular están contempladas en la LRCT y su Reglamento (incluyendo a la modificación operada por el Decreto Supremo N° 014-2011-TR), así como lo previsto por el Reglamento General de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil (Decreto Supremo N° 040-2014-PCM), explicaremos las reglas sustantivas para la conformación de los tribunales arbitrales en arbitrajes laborales de tipo potestativo, distinguiendo los casos en los que tales arbitrajes tienen como parte empleadora a empresas privadas de los casos donde el Estado se comporte como empleador –a través de una entidad estatal o de una empresa pública– y sus trabajadores estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

- a) **Regla de incompatibilidad.**- No pueden ser árbitros quienes hayan tenido o tengan relación contractual u otro tipo de relación con las partes o interés directo o indirecto en el resultado (art. 64 de la LRCT y Resolución Ministerial N° 331-2011-TR).
- b) **Reglas sobre el número de árbitros.**- El órgano arbitral puede ser libremente configurado en los arbitrajes voluntarios; mientras que en los arbitrajes potestativos solamente puede establecerse un tribunal tripartito, el mismo que también se aplica a los arbitrajes voluntarios en los que no exista acuerdo sobre el número de árbitros (art. 64 de la LRCT). Además, se prevé que cuando existe un tribunal arbitral, el número de sus miembros debe de ser impar (art. 50 del Reglamento de la LRCT).
- c) **Regla sobre el universo de árbitros elegibles.**- En el artículo 2 del Decreto Supremo N° 014-2011-TR se estableció la creación del Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas, el mismo que habilitaría a los profesionales que pueden ser parte de órganos arbitrales.
- d) **Regla de designación de árbitros (Tribunal tripartito).**- Cada una de las partes tiene reconocida la iniciativa de designar a un árbitro, según sus propias preferencias, fundadas en alguna afinidad (ideológica, gremial, etcétera) pero respetando la *regla de incompatibilidad*.

- **Primera subregla de suplencia:** partiendo del presupuesto de que alguna de las partes sí ha cumplido con designar a un árbitro⁽¹¹⁾, si la segunda no cumpliera con designar a un árbitro dentro de los plazos previstos, es un tercero el encargado de efectuar la designación (art. 51 del Reglamento de la LRCT). Al día de hoy ese tercero es la Dirección General de Trabajo del MTPE (art. 2 del Decreto Supremo N° 014-2011-TR), cuya competencia a nivel nacional no distingue si se trata de una entidad empleadora privada o pública (art. 61-A del Reglamento de la LRT). Sin embargo, el tercero que aplicará la subregla se bifurcará una vez que, tras la publicación del Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, se implemente la *Comisión de Apoyo al Servicio Civil* (art. 86 de dicho cuerpo normativo) que efectuará esta designación en el caso de empleadores que sean entidades públicas y empresas estatales.
- e) **Regla de designación de presidentes de tribunales arbitrales.-** Son los dos árbitros designados según la regla anterior quienes se encargan de establecer la identidad del presidente del tribunal (que viene a representar una suerte de equilibrio entre la posible polarización que represente, en principio, la designación de un árbitro por cada parte).
- **Segunda subregla de suplencia:** en caso no llegasen a un acuerdo, el legitimado para efectuar la designación es un tercero, bifurcándose aquí las posibilidades, pues si el empleador es privado sería responsable de designar al presidente la Dirección General de Trabajo (art. 61-A del Reglamento de la LRT); mientras que en el Sector Público esa función le corresponderá a la recientemente creada *Comisión de Apoyo al Servicio Civil* (hasta que se culmine su implementación esta función le correspondería al Consejo Especial creado por el Decreto Supremo N° 002-2012-TR).
- f) **Reglas sobre el plazo para efectuar designaciones.-** En los arbitrajes potestativos invocados por las causales previstas en el artículo 61-A del Reglamento de la LRCT se establece el plazo de 5 días para que la parte contra la que se interpone el arbitraje designe al segundo árbitro. Tratándose de los arbitrajes potestativos invocados bajo el artículo 61 de la LRCT (que se han venido a llamar incausados) y los arbitrajes voluntarios,

(11) Típicamente, el caso del arbitraje interpuesto unilateralmente, es de esperarse que la parte que pretende llevar a su contraparte al fuero arbitral lo hace designando a un árbitro en su primera comunicación

la regla supletoriamente aplicable es la prevista en el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, que establece el plazo general de 15 días entre cada designación.

A continuación, sintetizamos las reglas referidas específicamente a la designación de árbitros, que son las que importa relevar para los objetivos que nos hemos trazado en este ensayo.

CUADRO N° 2		
REGLAS DE DESIGNACIÓN DE ÁRBITRO Y ROL SUPLETORIO ESTATAL		
Órgano arbitral	Reglas aplicables con empleador privado	Reglas aplicables con empleador estatal sujeto al régimen laboral privado
Árbitro unipersonal (arbitraje voluntario)	Las partes designan al árbitro, sobre la base de un acuerdo. De no acordar la designación, pueden delegarla a un tercero o al Estado.	Las partes designan al árbitro, sobre la base de un acuerdo. De no acordar la designación, esta podría ser delegada o, si no se acordase ello, ser efectuada por un Consejo Especial, hasta la implementación de la Comisión de Apoyo del Servicio Civil.
Tribunal arbitral(*) (necesariamente tripartito, cuando es un arbitraje postestativo).	a) Las partes designan a un árbitro. b) Los árbitros designados designan al presidente del tribunal arbitral c) En a) o b), si una parte no designara a un árbitro, esto podría ser solicitado al Estado	a) Las partes designan a un árbitro. Si una parte no cumpliera con ello, este sería designado por el Estado, hasta la implementación de la Comisión de Apoyo del Servicio Civil. b) Los árbitros del conflicto designan al presidente del tribunal arbitral. Si no hubiera acuerdo, esta designación puede solicitarse a un Consejo Especial, hasta la implementación de la Comisión de Apoyo del Servicio Civil.

(*) A efectos de simplificar este ejercicio, se toma como supuesto a un tribunal arbitral tripartito para los arbitrajes colectivo laborales de tipo voluntario; sin embargo, es posible que existan estos tribunales de cinco o incluso de un mayor número impar de árbitros que pueda ser acordado por las partes.

1. Crítica 1: un mecanismo de designación propio del arbitraje institucional dentro de un arbitraje ad hoc

La intervención de la autoridad administrativa de trabajo en la conformación de los órganos arbitrales es una característica no esencial del arbitraje colectivo laboral, derivada del hecho de que en el Perú, el arbitraje colectivo laboral es un tipo de arbitraje ad hoc que incorpora elementos típicos de la modalidad de arbitraje institucional.

Hemos dicho que las reglas supletorias de procedimiento, a las que se ha hecho referencia antes, establecen el principio de libertad de reglamentación del arbitraje. Pero como en los arbitrajes voluntarios y potestativos es natural que no exista reglamentación privada del procedimiento (aunque más en estos últimos, ya que una de las partes no accede voluntariamente al procedimiento arbitral), la ley interviene decisivamente en este aspecto, asegurando el inicio del arbitraje, mediante la conformación del órgano arbitral. La designación a cargo de la autoridad administrativa de trabajo, en defecto de aquella que debe realizar una de las partes del arbitraje, “suple la voluntad de la parte omisa en su designación, asumiendo la misma naturaleza y los mismos efectos jurídicos”⁽¹²⁾.

Al analizar la intervención de la Autoridad Administrativa de Trabajo en la designación de árbitros debemos recordar que uno de los puntos diferenciales entre los arbitrajes ad hoc y los arbitrajes institucionales consiste en que en los primeros las propias partes designan a los árbitros, con márgenes de libertad relativamente amplios; en cambio, en los arbitrajes institucionales, las instituciones arbitrales suelen contemplar listados flexibles o cerrados de árbitros, con el objeto de facilitar su designación por las partes. Aquí se percibe con claridad por qué hemos calificado al arbitraje colectivo laboral peruano como una forma de arbitraje ad hoc con ciertas notas de arbitraje institucional.

Veamos. Hasta setiembre de 2011 la elección de árbitros dentro de arbitrajes colectivos laborales se efectuaba en forma acorde con el modelo flexible; sin embargo, con la dación del Decreto Supremo N° 014-2011-TR, se creó (por mandato contemplado en su artículo 2) el Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas, que está a cargo de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. A pesar de que en la norma dicho registro tenía carácter vinculante y no distinguía entre árbitros que pudieran conocer casos del Sector Privado y del Sector Público, en la práctica, la autoridad administrativa de trabajo ha optado por mantener dos registros paralelos: uno para el sector público y otro para el sector privado. El primero es vinculante para las partes que efectúan la designación de árbitros y para la autoridad administrativa que tuviera que designar en suplencia; mientras que el registro de árbitros del Sector Privado –al menos provisionalmente– únicamente vincula a la autoridad administrativa que efectúa una designación de árbitro.

Entendemos que un registro como ese se sustenta en el hecho de garantizar la mayor transparencia posible sobre los actos de designación realizados. Apoya

(12) Resolución Directoral General de fecha 18 de enero de 2012, N° 001-2012-MTPE/2/14, considerando 16.

a esta perspectiva el hecho de que las propias entidades que efectúan la designación de árbitros hayan aprobado y publicado instrumentos sobre la forma en la cual cumplen estas funciones: la Dirección General de Trabajo aplica un sorteo simple⁽¹³⁾, mientras que el Consejo Especial designa mediante acuerdos unánimes de sus miembros o, si ello no es posible, mediante un sorteo entre los candidatos seleccionados⁽¹⁴⁾.

Como se ve, el listado es un primer elemento que matiza la identificación del arbitraje colectivo laboral como un arbitraje ad hoc. A ello debe agregarse que una vez iniciado el arbitraje es evidente que quien se encarga de organizar y administrar el procedimiento arbitral no es una entidad jurídicamente distinta de los propios árbitros. Son ellos los que administran el procedimiento arbitral y de ello puede colegirse que la intervención de la autoridad administrativa únicamente se da en la etapa de designación de árbitros, dentro de la que funge de una suerte de institución arbitral con funciones limitadas a la mera designación en suplencia de las partes.

Debe advertirse que, al designar a árbitros en suplencia, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo actúa en forma similar a la acción que llevaría a cabo una institución arbitral, aunque ciertamente con funciones limitadas exclusivamente a la etapa de la designación de árbitros, que fundamenta al resto del procedimiento arbitral⁽¹⁵⁾. Entonces, cabe plantearse cuestionamientos elementales, a la vista de haber resultado un híbrido entre el arbitraje institucional y el arbitraje ad hoc. ¿Debería plantearse la creación de un arbitraje colectivo laboral de tipo institucional, que abiertamente avance sobre un incierto primer paso, que ha sido la creación de un registro de árbitros?

Sin duda, avanzar hacia la creación de un arbitraje institucional para los conflictos colectivos laborales podría ser una alternativa que demandaría repensar la organizicidad y las garantías requeridas para que la nueva institución pública que se encargue de esta función otorgue las garantías de imparcialidad y de

(13) Directiva General N° 006-2012/MTPE/2/14, de fecha 2 de julio de 2014. “Lineamientos para la aplicación del principio de publicidad en la designación de árbitros y presidentes de tribunales arbitrales a cargo de la Autoridad Central de Trabajo y del Registro de Laudos Arbitrales correspondientes al Sector Privado”.

(14) Acuerdo del Consejo Especial del día 20 de agosto de 2012: “Metodología para el desarrollo de las funciones del Consejo Especial, constituido por el Decreto Supremo N° 009-2012-TR”.

(15) Por ello, la Autoridad Administrativa de Trabajo ha entendido que la designación de árbitros es inimpugnable, lo que incluso ha sido plasmado normativamente: “Las designaciones de árbitros que efectúan el Consejo Especial y la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, de ser el caso, son inimpugnables, sin perjuicio del derecho de recusación que pueden ejercitar las partes dentro del proceso arbitral, de ser el caso”. Artículo 4 del Decreto Supremo N° 009-2012-TR.

publicidad que resultan fundamentales, sobre todo en el caso donde el Estado es el empleador. Teniendo este problema en cuenta, pensamos que una solución bastante más viable, en términos económicos y temporales, sería el desistirse de conformar instituciones arbitrales o una institución arbitral o siquiera de revestir al arbitraje colectivo laboral de ciertos elementos del arbitraje institucional. En realidad, una alternativa mucho más efectiva para superar cualquier posible acto de discrecionalidad en la autoridad administrativa sería dejar la designación de árbitros a las entidades especializadas que podrían cumplir con este encargo, sin perjuicio de que podría formentarse la creación de nuevas instituciones de arbitraje o mantener un cuerpo de árbitros en un listado público como el actual, que puedan estar prestos a ejercer esa función a tarifas sociales.

2. Crítica 2: reglas particulares en función de la naturaleza pública o privada de la parte empleadora

Como hemos revisado, la naturaleza privada o pública de la parte empleadora origina atribuciones de competencia distintas cuando se trata de la designación del tercer árbitro (presidente del tribunal arbitral) y los llamados a designarlo no logran hacerlo. La legislación laboral, en este punto, realiza una distinción polémica, en función de quien sea la entidad empleadora: si el empleador es una empresa privada, la competencia para designar al presidente del tribunal arbitral –ante el desacuerdo entre *los árbitros* designados por ambas partes– le corresponde a la Dirección General de Trabajo; mientras que si el empleador es una entidad pública o empresa estatal la competencia –en caso haya desacuerdo entre *las partes* del arbitraje– le corresponderá a un Consejo Especial (creado por la Quincuagésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29812, Ley de Presupuesto del Sector Público para el año Fiscal 2012 y constituido por el Decreto Supremo N° 009-2012-TR)⁽¹⁶⁾, hasta que se produzca la implementación de la *Comisión de Apoyo al Servicio Civil*.

No cabe duda de que este es quizá el aspecto más crítico de la función supletoria en los arbitrajes colectivos laborales, pues está plasmado en la Ley un tratamiento diferenciado de dudosa compatibilidad con la Constitución. Trabajadores sujetos al régimen general de la actividad privada con empleadores privados y públicos pueden por igual ejercer su libertad sindical, pero al utilizar el arbitraje colectivo laboral se advierte la existencia de subreglas referidas a la designación

(16) En esencia, el referido Consejo Especial un órgano multisectorial (más de la mitad de sus miembros son representantes de la parte empleadora, el Estado) y cuenta con una participación minoritaria de representantes sindicales y de la sociedad civil.

de árbitros en suplencia que permiten, en el momento actual, que la designación de un presidente de tribunales arbitrales pueda ser efectuado por un órgano con participación mayoritaria de representantes del Estado.

IV. CONCLUSIONES

- i) La designación de árbitros en suplencia constituye una forma atenuada de intervención de la Administración del Trabajo en las relaciones colectiva de trabajo, que no llega a guardar un significado negativo en sí mismo.
- ii) Cabe preguntarse: ¿Quién está en mejor posición de determinar la imparcialidad del árbitro? Sin duda, las partes tienen esa ventaja frente a un tercero, cualquiera sea su origen o composición (el Estado, un órgano tripartito, tercero independiente, etcétera). El objetivo de la regulación de la designación de árbitros en suplencia no debe hacer perder de vista que, en el mejor de los casos, estas normas deben ser un eficiente desincentivo a que las partes del arbitraje (o, en el caso de la designación del presidente del tribunal, los propios árbitros ya designados) omitan designar a un árbitro.
- iii) Creemos que la *Comisión de Apoyo al Servicio Civil*, cuya composición está determinada por el artículo 88 del Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, debe ser la oportunidad para que se refuercen las garantías para la independencia de su actuación en la designación de árbitros en el Sector Público, por lo que es importante que dicha comisión genere sus propios instrumentos de designación de árbitros que haga pública la metodología a utilizarse.
- iv) Finalmente, creemos que la mejor opción político-legislativa para que se cumpla la función de designar a árbitros ofreciéndose garantías de no arbitrariedad podría ser la instauración de mayores elementos del arbitraje institucional dentro del arbitraje colectivo laboral.