

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

La intervención de la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT) en la negociación colectiva. A propósito de las reglas para el nombramiento de árbitros, contempladas en el artículo 61-B del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo

Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

AUTOR

Gary Milton Canchaya Fernández

ASESOR:

César Augusto Lengua Apolaya

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20164585

2018

RESUMEN

Para darle viabilidad jurídica al arbitraje potestativo como mecanismo alternativo de solución pacífica de los conflictos laborales, se han emitido reglas en la etapa de nombramiento de árbitros, entre ellas, las referidas a los plazos para la elección de árbitros, la prohibición de nombramiento sucesivo y la sustitución ante los supuestos de renuncia o inasistencia de los árbitros. No obstante la finalidad señalada, ante la Autoridad Administrativa de Trabajo se interpone recursos (apelación) y cuestionamientos administrativos (oposición) en un escenario en que las partes actúan sin observar estas reglas. Frente a esta práctica, cabe preguntarse si es correcto reconocer en la Administración la facultad de efectuar el control de legalidad de las actuaciones del empleador o la organización sindical en la etapa de nombramiento de árbitros. Tal cuestión pretendo abordar en el presente trabajo, partiendo de la naturaleza de la intervención administrativa en la negociación colectiva y el arbitraje potestativo, y el deber de fomento y promoción que debe observar el Estado, de acuerdo al mandato contenido en el artículo 28 de la Constitución Política del Perú. De este modo, llego a la conclusión que la recusación es el mecanismo idóneo para plantear cualquier cuestionamiento respecto de la no observancia a las reglas para el nombramiento de árbitros, la cual debe hacerse valer ante el propio tribunal arbitral, una vez instalado. La postura asumida en el presente trabajo no admite otra opción.

ÍNDICE

1. Introducción.....	4
2. La naturaleza de la intervención de la AAT en la negociación colectiva y el arbitraje potestativo.....	5
2.1. La intervención del Estado a partir de un enfoque intervencionista: La negociación colectiva como procedimiento administrativo.....	7
2.1.1. Una mirada latinoamericana.....	7
2.1.2. La experiencia peruana.....	8
2.1.2.1. Primera intervención: Imposición de un arbitraje obligatorio.....	8
2.1.2.2. Segunda intervención: Reglamentación legal e intervención administrativa.....	9
2.2. A partir de un enfoque promocional: La negociación colectiva libre y voluntaria.....	11
2.2.1. Los principios de la negociación colectiva contenidos en los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT.....	12
2.2.2. La Constitución Política de 1993 y el deber del Estado frente al derecho a la negociación colectiva.....	14
2.2.2.1. El rol del Estado frente al derecho constitucional a la negociación colectiva: deber de fomento.....	14
2.2.2.2. La intervención del Estado para fomentar la negociación colectiva descarta considerarla como un procedimiento administrativo.....	15
2.2.2.3. El deber de promover la solución pacífica de los conflictos laborales: El papel del Estado en el arbitraje potestativo.....	19
3. El nombramiento de los árbitros en el arbitraje potestativo regulado en la Reglamento de la LRCT y la intervención de la AAT desde el enfoque promocional de la negociación colectiva.....	20
3.1. El plazo para el nombramiento de árbitros.....	20
3.2. La prohibición de nombramiento sucesivo de árbitros.....	21
3.3. La sustitución ante los supuestos de renuncia o inasistencia de los árbitros.....	23
4. Los cuestionamientos relacionados a la etapa del nombramiento de los árbitros en el arbitraje potestativo. ¿Quién resuelve?.....	25
4.1. Supuestos:.....	26
4.1.1. Árbitro elegido fuera del plazo legal.....	26
4.1.2. Árbitro elegido que no está inscrito en el Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas (RNANC).....	28
4.2. La oposición como mecanismo erróneo para cuestionar el nombramiento de los árbitros.....	31
4.3. La recusación como mecanismo idóneo para hacer valer los cuestionamientos al nombramiento de los árbitros. Principio Competence-Competence.....	31
5. Conclusiones.....	33
6. Bibliografía.....	34
7. Propuesta normativa.....	35

1. Introducción.

De acuerdo a lo interpretado por el Tribunal Constitucional en la aclaratoria de la sentencia recaída en el Expediente 3561-2009-PA/TC1, el arbitraje regulado en el artículo 61 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo es potestativo (en adelante, TUO de la LRCT).

Para dar viabilidad a la posición adoptada por el máximo intérprete de la Constitución, el Poder Ejecutivo incorporó disposiciones normativas al Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo 011-92-TR (en adelante, Reglamento de la LRCT); entre ellas, los Decretos Supremos 014-2011-TR, 013-2014-TR y, de manera reciente, 009-2017-TR.

A través de estos decretos supremos se regularon reglas para la procedencia del arbitraje potestativo, así como para el nombramiento de árbitros. Respecto de estos últimos, se estableció plazos para la elección de los árbitros, la prohibición de nombramiento sucesiva y la sustitución ante los supuestos de renuncia o inasistencia de los árbitros.

En este escenario, algunas empleadoras han entendido que el control de legalidad de las reglas para el nombramiento de los árbitros le corresponde a la Autoridad Administrativa de Trabajo (por medio de la Dirección General de Trabajo), en tanto la controversia se origina en un momento previo a la instalación del Tribunal Arbitral. Cabe mencionar que este criterio (control de legalidad por parte de la administración) fue respaldado en un periodo por la Oficina General de Asesoría Jurídica (OGAJ) del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE).

Con la presente investigación se analizan las reglas contenidas en el artículo 61-B de la norma citada y se brinda una interpretación, de acuerdo a la naturaleza de la intervención de la Autoridad Administrativa de Trabajo en la negociación colectiva.

Planteado el tema, corresponderá –en primer lugar- definir ¿cuál es la naturaleza de la intervención de la Autoridad Administrativa de Trabajo en la negociación colectiva; en específico, el arbitraje potestativo? Al respecto, se identifican dos posturas:

¹ En el fundamento jurídico número 8, el Tribunal Constitucional señaló que: “(...) *si conforme a la voluntad del Constituyente, el derecho a la huelga debe ser reconocido (y en esa medida, respetado y garantizado), pero no promovido o fomentado, mientras sí deben ser promovidos las formas de solución pacífica de los conflictos laborales, resulta evidente que el arbitraje al que hace alusión el artículo 61º del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, (...) es potestativo, y no voluntario*”.

intervencionista restrictivo o intervención promocional, asumo una y la desarrollo en el primer capítulo.

En el segundo capítulo, explico el sentido y el contenido de las reglas para el nombramiento de los árbitros regulado en el artículo 61-B del Reglamento de la LRCT, así como aquellos supuestos que se pueden presentar y no están contemplados en la normativa.

Y, en el último capítulo, planteo los cuestionamientos realizados ante la Dirección General de Trabajo del MTPE (en adelante, DGT) respecto de estas reglas, se analiza el mecanismo utilizados por los empleadores u organizaciones sindicales, y se asume una posición sobre la vía idónea para plantear estos cuestionamientos.

Finalmente, por lo expuesto, se sugiere una propuesta normativa para modificar el artículo 61-B del Reglamento de la LRCT.

2. La naturaleza de la intervención de la AAT en la negociación colectiva y el arbitraje potestativo.

Como explica destacada doctrina, el derecho del trabajo tiene un doble origen histórico jurídico: un origen heterónimo y otro autónomo (Ermida Uriarte, 1993). El primero caracterizado por la intervención del Estado y el segundo por la activa participación de los trabajadores como actores sociales; ambos surgen en un momento de la historia en que la industrialización capitalista generó perniciosos resultados en las relaciones de producción (capital-trabajo), conocida como la cuestión social².

Es frente a este estado de cosas que el movimiento obrero “articula una reacción de autotutela colectiva de los propios trabajadores frente a su injusta situación”, y de forma paralela el Estado interviene “en el problema social a través de una legislación protectora del trabajo asalariado” (Palomeque Lopez & Álvarez de la Rosa, 2010, pág. 51).

² Desde la noción de determinismo, que vincula la conflictividad específica generada por la Revolución Industrial y su impacto sobre la clase obrera europea, CARBALLEDA señala –citando a GREZ- que James O. Morris la describe como las “(...) consecuencias sociales, laborales e ideológicas de la industrialización y urbanización nacientes: una nueva forma de trabajo dependiente del sistema de salarios, la aparición de problemas cada vez más complejos pertinentes a vivienda obrera, atención médica y salubridad; la constitución de organizaciones destinadas a defender los intereses de la nueva “clase trabajadora”: huelgas y demostraciones callejeras, tal vez choque armados entre los trabajadores y la policía o los militares, y cierta popularidad de las ideas extremistas, con una consiguiente influencia sobre los dirigentes de los trabajadores” (Carballeda, 2009).

De este modo, no es difícil entender que el enfoque que le brinda el Estado a este conflicto permite identificar las distintas etapas que experimentó la evolución del derecho del trabajo. En efecto, en las etapas de prohibición, tolerancia y reconocimiento, el Estado afrontó de modo distinto la dinámica entre trabajadores y empleadores en las relaciones de producción³.

Lejos de desenvolvemos en un enfoque histórico de la consolidación del derecho del trabajo, lo que pretendemos destacar es que en todas estas etapas, la presencia del Estado se sintió en menor o mayor medida pero siempre cumpliendo un rol preponderante, ya sea optando por abstenerse o por intervenir en el sistema de relaciones laborales.

Sobre la intervención del Estado en el derecho del trabajo (en específico, el espacio que atiende las relaciones colectivas de trabajo), DELGUE hace una importante precisión. “No es lo mismo un Estado que interviene para reprimir la organización sindical, que un Estado que opera en el sistema para sostener a los sindicatos y, en definitiva, al sistema mismo” (Raso Delgue, 2016, pág. 422); o, en términos de MUGNOLO, habría que diferenciar “la intervención, deseable y hasta inevitable, del intervencionismo como acentuación excesiva de aquella que trastorna y distorsiona convirtiendo al Estado de árbitro imparcial en parte comprometida y dominante” (Mugnolo J. , pág. 7).

En esa línea, el carácter de esta intervención (restrictivo o promocional) del Estado frente a la autonomía colectiva (en especial, en su manifestación de autorregulación) será materia de análisis en el presente capítulo.

³ En la etapa de prohibición, el Estado presenta como características reprimir y sancionar penalmente a las personas que ejecutan la acción sindical. Esta reacción tuvo por finalidad preservar el principio de la libertad de trabajo y no atentar contra las reglas del libre mercado, principios defendidos por la burguesía revolucionaria en la Europa de finales del siglo XVIII. La ley francesa Le Chapelier de 1791 y las Combination Acts inglesas de 1779 y 1800 serán las mejores representantes de esta actitud estatal ante la organización gremial. Luego, en la etapa de tolerancia, los poderes públicos dejarán la persecución y levantarán las sanciones penales, período en que la intervención del Estado adoptará una actitud permisiva frente al sindicalismo. Finalmente, la historia indica que diversos Estados declararán la legalidad expresa de la acción sindical, superando las etapas previas, con miras a proteger a las organizaciones gremiales con el manto jurídico del derecho. En particular, Palomeque recuerda la Ley de asociaciones italiana (1864), la Trade Union Act británica (1871), la Ley Waldeck-Rousseau francesa (1884), y las leyes norteamericanas Clayton Act (1914), Norris Laguardia Acta (1932), y Wagner Act (1935) (Palomeque Lopez & Alvarez de la Rosa, 2010, pág. 53). En esta última etapa, se reconoce un proceso de constitucionalización e internacionalización del derecho del trabajo desarrollado como consecuencia de la Primera Guerra Mundial. Este avance se presenta en el marco de un Estado Social de Derecho, en el cual los derechos sociales serán incorporados en textos constitucionales como derechos fundamentales de la persona, proceso que se encontró liderado por la Constitución mexicana de Querétaro de 1917 y la alemana de Weimar de 1919, al incorporar en su carta magna -entre otros derechos laborales- el derecho al trabajo y a la libertad sindical. Por su parte, la creación de la Organización Internacional de Trabajo (en adelante, OIT), dispuesta en el capítulo XIII del Tratado de Paz de Versalles de 1919, permitió desarrollar – para el escenario internacional- disposiciones normativas relacionadas al mundo del trabajo, como la jornada, el trabajo infantil, la sindicalización, entre otros.

2.1. La intervención del Estado a partir de un enfoque intervencionista: La negociación colectiva como procedimiento administrativo.

2.1.1. Una mirada latinoamericana.

El derecho del trabajo en América Latina está caracterizado por un modelo intervencionista - restrictivo, denominado también modelo tradicional latinoamericano, en el cual se aprecia una regulación laboral de carácter prominentemente heterónoma.

Cabe excluir de este grupo a Uruguay, que adopta un modelo de intervención orientado hacia la promoción de la libertad sindical, cuyas principales características son expuestas por DELGUE del siguiente modo: i) alta autonomía en la regulación de las relaciones colectivas de trabajo, ii) preeminencia del sindicalismo a nivel de actividad, y iii) importancia de la doctrina y la jurisprudencia que ven al convenio colectiva como principal fuente productora de derecho del trabajo. (Raso Delgue, 2016, pág. 420).

De este modo, fuera de la experiencia uruguaya, la doctrina afirma que en América Latina la intervención del Estado:

“Ha mostrado, generalmente, una obsesión por el control político del sindicato y su acción. La reglamentación heterónoma de los sindicatos en Latinoamérica es asimétrica, no ya porque tenga caracteres de promoción, soporte o apoyo a la acción sindical, sino por lo inverso: por ser más reglamentarista, exigente, limitadora y restrictiva con los sindicatos de trabajadores que con las organizaciones de empleadores y, asimismo, por ser más proclive a la reglamentación estructural del sindicato que a la protección de la acción sindical” (Ojeda Avilés, 1993, pág. 109).

En su obra, “La intervención estatal en las relaciones colectivas de trabajo latinoamericanas”, ERMIDA expone los factores que podrían explicar el porqué de esta situación. Así, el autor encuentra el origen del intervencionismo y reglamentarismo estatal en los siguientes factores: económicos, histórico-cultural, político, y sindical⁴.

⁴ Sobre el primero (factor económico), el autor explica que el desarrollo económico de nuestros países, basado en una economía productora de materia prima, no permitieron el surgimiento de grandes industrias y, en consecuencia, organizaciones sindicales de amplia base. Desde luego, una industria atomizada y desarrollada en solo ciertos territorios condicionó que la acción sindical se limite a un ámbito local o concreto: ámbito de la empresa; y, con ello, su fuerza productora de normatividad. En este escenario, el derecho del trabajo no fue provisto de reglas provenientes de la autonomía colectiva, sino de fuente heterónoma, viendo en la ley el principal instrumento normativo del Estado para regular el sistema de relaciones laborales.

En relación al factor histórico – cultural, el derecho latinoamericano en general responde a la tradición de un sistema jurídico escrito y cerrado, influencia acogida por el derecho romano, español, portugués y francés (Villavicencio Ríos, 2012, pág. 68). La concepción estatista del derecho influyó en reconocer en la ley la fuente productora de normas, en desmedro de la intervención de la autonomía colectiva.

El factor político se entiende por la relación de poder que se encuentra contenido en las relaciones colectivas de trabajo. Por ello, el papel reglamentarista del Estado, señala ERMIDA, responde a una clara intencionalidad de tener el control político del sindicato y su acción, el cual se manifiesta en los actos administrativos (declaraciones de ilegalidad de la huelga, denegatorias de

A partir de estos factores, a continuación se explicará el desarrollo de la negociación colectiva en el escenario nacional.

2.1.2. La experiencia peruana.

2.1.2.1. Primera intervención: Imposición de un arbitraje obligatorio.

La Federación de Panificadores “La Estrella” se conoce como la primera organización gremial importante que apareció en el Perú. A finales del siglo XIX, la industria manufacturera de tipo artesanal creó las condiciones para que surja este sujeto colectivo. Nótese que las condiciones a las que se hace referencia es el originado por el conflicto entre el capital y el trabajo. Desde aquél momento, la intervención estatal estuvo presente para encausar dicho conflicto.

En el Decreto Supremo del 24 de enero de 1913 encontramos algunos presupuestos en la configuración del “procedimiento de negociación colectiva”. El artículo 2 de dicho decreto establecía que las peticiones de los obreros debían ser presentadas por escrito. Ante ello, el empleador tenía dos opciones: atenderla o no atenderla. En este último supuesto, la obligación del empleador recaía en nombrar su árbitro para la solución de la controversia vía el arbitraje, cuyo laudo regiría por un término no menor de seis (6) meses.

Como se ve, la primera manifestación de intervención del Estado en la negociación colectiva se realizó mediante la imposición legal de un arbitraje obligatorio, ello con la finalidad de suprimir cualquier atisbo de conflicto colectivo.

En el orden constitucional, fue la Constitución de 1920 la primera en reconocer derechos sociales, así como la existencia del conflicto entre el capital y el trabajo, tal

inscripción de la constitución de sindicatos en el registro correspondiente, etc.), así como la “*asimetría*” de la legislación sindical, en tanto la reglamentación heterónoma está dirigida con mayor nivel a los sindicatos de trabajadores que a las organizaciones de empleadores.

ERMIDA termina explicando que la propia debilidad del sujeto colectivo para resistirse a la acción estatal es un factor para entender el carácter intervencionista restrictivo del Estado en las relaciones colectivas de trabajo latinoamericanas. Sin embargo, a su vez, tal debilidad conlleva a la organización sindical admitir un grado de intervencionismo en tanto se le garantice un mínimo de derechos, los cuales no lo tendría sin dicha intervención. A modo de ejemplo se señala, frente a la debilidad del sindicato: *i)* para que su contraparte lo reconozca como sujeto colectivo, se puede aceptar la intervención del Estado para garantizar su constitución; *ii)* para obligar a negociar colectivamente al empleador, se admite una intervención que dirija la negociación y, eventualmente, sea resuelta por el Estado; y *iii)* para sostener una huelga, es tolerable practicar su ejercicio mediante una reglamentación limitativa.

Esta extraña relación (intervencionismo y autonomía colectiva) es identificada por ERMIDA como un verdadero círculo vicioso. De **esta forma, se señala “El intervencionismo y reglamentarismo estatal obstaculiza el desarrollo autónomo de las organizaciones sindicales y de formas autónomas de acción sindical; pero al mismo tiempo las propias organizaciones sindicales, en parte por su propia debilidad y dependiente, acepta – y en ocasiones hasta piden- una reglamentación e intervención heterónoma”** (Ermda Uriarte, 1993).

como prescribió el artículo 48: “los conflictos entre el Capital y el Trabajo serían sometidos a arbitraje obligatorio”.

Mediante el Decreto Supremo del 23 de marzo de 1936, y en vigencia de la Constitución de 1933, se fijaron la conciliación y el arbitraje obligatorio como etapas para el procedimiento de solución del conflicto colectivo. Y, con el Decreto Supremo del 30 de setiembre de 1953, se estableció el trato directo como etapa previa de la conciliación.

2.1.2.2. Segunda intervención: Reglamentación legal e intervención administrativa.

Siguiendo esta sucesión normativa, el arbitraje obligatorio como medio para resolver la controversia originado por las peticiones formuladas por los obreros será sustituido por la decisión de la autoridad de trabajo. Esta sustitución se dio a través de la emisión del Decreto Supremo N° 006-71-TR del 29 de noviembre de 1971, el cual consolidó la normativa dispersa anterior en un único instrumento normativo que reguló el procedimiento de negociación colectiva.

No obstante lo anterior, con dicha disposición también se evidenció el marcado corte intervencionista del Estado en las relaciones colectivas de trabajo, no dejando espacio de actuación a la autonomía colectiva. En esencia, este decreto supremo demuestra el intervencionismo estatal en la negociación colectiva al reglamentar la solución del procedimiento por vía de la resolución administrativa. Es decir, las pretensiones de los trabajadores eran solucionadas en última instancia con la exclusiva y excluyente voluntad estatal.

En palabras de BALVIN “la negociación colectiva en el Perú, a lo largo de su historia, está teñida de un doble proceso: auge y decaimiento de tribunales arbitrales y, especialización y burocratización del organismo encargado de la canalización del conflicto” (Balvin Diaz, 1982, pág. 45).

No cabe duda, en este periodo, del escaso margen para reconocer o garantizar el poder autorregulatorio de los sujetos colectivos para la consecución de sus intereses y fines, prevaleciendo la intervención estatal en este panorama por vía de la reglamentación legal e intervención administrativa.

Es con la Constitución Política de 1979 que los derechos laborales tendrán un sitio

expectante en el texto constitucional, al ubicarse en el Título I referido a los derechos y deberes fundamentales de la persona.

Respecto de la negociación colectiva, el artículo 54 estableció que:

“el Estado garantiza el derecho a la negociación colectiva. La ley señala los procedimientos para la solución pacífica de los conflictos laborales. La intervención del Estado solo procede y es definitiva a falta de acuerdo entre las partes”.

De su lectura, encuentro destacable dos mandatos constitucionales que muestran el enfoque de intervención estatal que se iba perfilando en las relaciones colectivas de trabajo: i) el reconocimiento de un “derecho” a la negociación colectiva y ii) una precisión respecto de la intervención administrativa del Estado.

En cuanto al primero, garantizar un derecho hace de él un precepto de eficacia directa (Boza Pro, 1988, pág. 188). Léase, cuando el artículo 48 establece que el Estado garantiza el derecho a la negociación colectiva está reconociendo el poder que tienen las partes laborales para generar normas que mejor se adecúen a sus intereses, ello en virtud de la autonomía colectiva.

Ahora, no podría entenderse la vigencia del derecho subjetivo a la negociación colectiva sin aceptar la correlativa obligación de negociar de la contraparte (Boza Pró & Aguinaga Meza, El deber de negociar y el arbitraje potestativo como parte del contenido del derecho constitucional de negociación colectiva, 2013, pág. 293). Repárese, se trata de un deber de negociar y no un deber de arribar a un acuerdo.

Esta lógica poder-deber se encontró en el Decreto Supremo N° 006-71-TR. En efecto, cuando el artículo 14 establece que las organizaciones sindicales podrán hacer entrega del pliego de reclamos a los empleadores por intermedio de la Autoridad Administrativa de Trabajo y éstos se negaran a recibirlo, y luego en el artículo 17, que el empleador está obligado a concurrir a las reuniones de trato directo con la organización sindical, lo que está reflejando la legislación es que el derecho de negociar de los trabajadores trae consigo para los empleadores la obligación de negociar (Boza Pro, 1988, pág. 189).

El segundo punto se encuentra referido a la justificación de la naturaleza interventora del Estado en las relaciones colectivas de trabajo, el cual habilita su actuación solo ante la falta de acuerdo de las partes. Precítese, esta intervención está relacionada a la actuación administrativa del Estado y no a la reglamentación legal. Por este motivo, es

que no hubo mayor modificación al procedimiento administrativo instaurado en el Decreto Supremo N° 006-71-TR.

Por lo demás, este decreto supremo refleja una “procedimentalización” de la negociación colectiva, por cuanto establece plazos y recursos impugnativos a lo largo de su encausamiento.

Dicho enfoque se mantendrá en esencia hasta la vigencia del Decreto Ley N° 25593, por medio del cual se dictó la ley que regula las relaciones laborales de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada.

En este punto, resulta pertinente traer a colación la reflexión de ERMIDA, cuando señala que alguna de las formas con que el Estado interviene de forma restrictiva en la negociación colectiva son la reglamentación heterónoma intensa de la negociación colectiva y de la convención resultante; y la “procedimentalización” de la misma (Ermida Uriarte, 1993).

2.2. A partir de un enfoque promocional: La negociación colectiva libre y voluntaria.

El 08.06.1949, la Confederación Internacional del Trabajo de la OIT adoptó el Convenio N° 98, denominado Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, la cual fue ratificada por el Perú el año 1963, mediante Resolución Legislativa 14712.

El artículo 4 de este convenio establece:

“Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”.

Este artículo identifica dos (2) aspectos referidos a la negociación colectiva: i) las medidas necesarias que deben adoptar los poderes públicos para fomentar la negociación colectiva y ii) el carácter voluntario de la negociación (Gernigon, 1999, pág. 22).

Como se aprecia, a diferencia de cómo se venía enfocando la negociación colectiva en

el ordenamiento nacional⁵, la OIT establece obligaciones para los Estados Miembros y perfila la actuación de la Administración: promover la libertad sindical y dar viabilidad al medio para obtener mejores condiciones de vida y de trabajo, la negociación colectiva.

Asimismo, los actores participantes en el seno de la OIT (empleador, trabajador y Estado), resaltando los valores del consenso y el diálogo social, reconocieron el carácter voluntario del desarrollo y procedimiento de negociación colectiva; ello supone no obligar a las partes a usar los procedimientos fijados por el Estado⁶.

No obstante lo anterior, el carácter voluntario del procedimientos de negociación colectiva no determina la pasividad o abstención del Estado, como luego dejará en claro los pronunciamiento de los órganos de control de la OIT.

2.2.1. Los principios de la negociación colectiva contenidos en los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT.

El Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración (en adelante, CLS) y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (en adelante, CEACR) de la OIT han dado contenido al artículo 4 del Convenio N° 98, reconociendo en ella otros principios, a partir de las quejas formuladas por las organizaciones de empleadores y trabajadores, así como de las memorias presentadas por Estados y observaciones formuladas por los sujetos laborales.

De este modo, los pronunciamientos que han emitido los órganos de control han reconocido otros principios al lado del carácter voluntario de la negociación colectiva, los cuales van a guiar el nuevo enfoque que el Estado le debe brindar: de promoción.

En la Recopilación de decisiones y principios del CLS (Organización Internacional del Trabajo, 2006, pág. 197), se ha señalado que:

“la negociación voluntaria de convenios colectivos y, por tanto la autonomía de los interlocutores sociales en la negociación, constituye un aspecto fundamental de los principios de la libertad sindical” (subrayado agregado).

⁵ Solo un mecanismo para encausar el conflicto laboral y, posteriormente, un derecho garantizado por medio del establecimiento de un procedimiento administrativo y un Estado resolutor.

⁶ Resulta claro que el respeto de la voluntad de las partes a participar de un procedimiento de negociación coadyuva a generar un escenario donde la solución a los reclamos planteados partan del consenso y el dialogo.

Luego, reconociéndolo como principio, se indicó que:

“El derecho de negociar libremente con los empleadores las condiciones de trabajo constituye un elemento esencial de la libertad sindical (...)” (subrayado agregado) (Organización Internacional del Trabajo, 2006, pág. 189).

La negociación voluntaria supone que dicha actividad no solo se ejerza de manera libre por parte de los actores laborales, sino -además- una actitud específica de parte de las autoridades públicas:

“El artículo 4 del Convenio núm. 98 no impone de manera alguna al Gobierno el deber de negociar colectivamente del mismo modo que tampoco resulta contrario a dicho artículo el obligar a los interlocutores sociales a entablar negociaciones sobre términos y condiciones de trabajo con miras a estimular y fomentar el desarrollo y la utilización de los mecanismos de la negociación colectiva de las condiciones de trabajo; sin embargo, las autoridades públicas deberían abstenerse de toda injerencia indebida en el proceso de negociación” (subrayado agregado) (Organización Internacional del Trabajo, 2006, pág. 198).

Por su parte, la CEACR indica sobre la negociación colectiva que:

“Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”. “Esta disposición comprende dos elementos esenciales, que son la acción de las autoridades públicas con miras a fomentar la negociación colectiva, y el carácter voluntario del recurso a la negociación, que conlleva la autonomía de las partes en la misma” (subrayado agregado) (Organización Internacional del Trabajo, 1994).

A mayor abundancia, este órgano de control explicó que:

“sea cual fuera el sistema que se adopte, éste debería tener como objetivo primordial el fomento, por todos los medios posibles, de la negociación libre y voluntaria entre las partes; los interlocutores en la negociación deberían gozar de la mayor autonomía posible dentro del marco legislativo y el mecanismo administrativo que se establezcan en la materia” (subrayado agregado) (Organización Internacional del Trabajo, 1994).

Del contenido de estos pronunciamientos se pone en evidencia que la presencia del Estado en la negociación colectiva, en principio, está impregnada de un deber genérico de abstención, el cual se deriva del principio de negociación libre y voluntaria. Sin embargo, el despliegue de la actividad estatal tendrá sentido solo si este tiene por objeto

brindar medidas de fomento.

Queda claro entonces que la vigencia del Convenio N° 98 de la OIT, así como los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT, no guardaba coherencia con los momentos de intervención del Estado ocurridos en el Perú, respecto de la negociación colectiva. Partiendo del plano constitucional, entiendo que se buscará dar un giro a esta incoherencia al reconocer un deber de fomento a la negociación colectiva en la Constitución Política de 1993.

2.2.2. La Constitución Política de 1993 y el deber del Estado frente al derecho a la negociación colectiva.

2.2.2.1. El rol del Estado frente al derecho constitucional a la negociación colectiva: deber de fomento.

El artículo 28, inciso 2 de la Constitución Política establece que el Estado *fomenta* la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.

Como se aprecia, el constituyente atribuye al Estado un rol frente al derecho a la negociación colectiva: ser activo y promocional⁷. En esa medida, reconocer el derecho constitucional a la negociación colectiva supone dar lectura a las disposiciones normativas que se emitan desde una óptica de promoción y de fomento, ello con la finalidad de dar viabilidad a su ejercicio.

De igual modo, este deber del Estado guarda sentido con los principios recogidos en el Convenio 98 de la OIT⁸, cuya interpretación se adopta conforme a lo dispuesto por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política⁹.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

“[...] el Estado no puede ni debe imponer, coercitivamente, un sistema de

⁷ Sobre el particular, Blancas Bustamante enfatiza que al referirse la Constitución de este modo *“se deriva entonces que el Estado tiene un rol activo en relación a la negociación colectiva, no simplemente garantista, un rol protector, tiene un rol dinámico, un rol de apoyo, de estímulo, de incentivo a la negociación colectiva”* (Blancas Bustamante, El deber del Estado de fomentar la negociación colectiva, 2010, pág. 127)

⁸ Sobre el particular, en el punto 2.1 del presente trabajo hemos citado los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT que han recogido principios (negociación libre y voluntaria) derivados del artículo 4 del Convenio 98 de la OIT.

⁹ Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado: *“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”*.

negociaciones colectivas a una organización determinada, intervención estatal que claramente atentaría no sólo contra el principio de la negociación libre y voluntaria, sino también contra los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva. No obstante, ello no impide que el Estado pueda prever legislativamente mecanismos de auxilio a la negociación, tales como la conciliación, la mediación o el arbitraje, ni órganos de control que tengan por finalidad facilitar las negociaciones” (2009)

Ahora bien, el TUO de la LRCT y su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 011-92-TR, conforman el cuerpo normativo que desarrolla las reglas para viabilizar la negociación colectiva. De la lectura del Título III del TUO de la LRCT (en específico, los artículos 51, 53, 57, 58, 60 y 61) se evidencia que el conjunto de actos encaminados a la suscripción de un acuerdo colectivo corresponde únicamente a las partes (organizaciones de trabajadores y empleadores), quienes asumen un papel protagónico y decisorio en cuanto a su desarrollo y culminación.

Al respecto, cabe indicar que los pronunciamientos que emita la Autoridad Administrativa de Trabajo (en adelante, AAT), a propósito de los cuestionamientos que realice la empleadora al amparo del artículo 54 del TUO de la LRCT (negarse a recibir el pliego de reclamos, por causa legal o convencional objetivamente demostrable), no supone el ejercicio del “ius imperium” el Estado. Admitir lo contrario, que la negociación colectiva se configura como un procedimiento administrativo, y no como un conjunto de actos entre privados, sería reconocer una postura intervencionista de carácter restrictivo en materia de negociación colectiva, la cual no resulta admisible desde la óptica promocional y de fomento de la negociación colectiva que impone la Constitución Política al Estado peruano.

2.2.2.2. La intervención del Estado para fomentar la negociación colectiva descarta considerarla como un procedimiento administrativo.

Por lo demás, es pertinente recordar que el procedimiento administrativo está definido en el artículo 29 del TUO de la LPAG como el “conjunto de actos y diligencias tramitadas en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados”.

Comentando este artículo, MORÓN URBINA indica que:

“(…) la estructura del procedimiento administrativo se muestra como una integración coordinada y racional de actos procesales – fundamentalmente recepticios – dirigidos a un fin unitario: decidir la voluntad de la administración en resguardo de los intereses públicos, con la participación de los diversos sujetos que forman parte del proceso” (Morón Urbina, 2017, pág. 336).

A partir de lo citado, se advierte que el procedimiento administrativo supone la presencia de una cadena de actos procesales y administrativos que se articulan por un vínculo común pero que ostentan individualidad propia y producen efectos jurídicos directos en la esfera jurídica de los administrados.

Luego, el artículo 1.1 del TUO de la LPAG prescribe que son actos administrativos:

“las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta”. A su vez, el artículo 118.1 establece que “frente a un acto que supone viola, afecta, desconoce o lesiona un derecho o un interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa en la forma prevista en esta Ley, para que sea revocado, modificado, anulado o sean suspendidos sus efectos”.

Como se observa, el concepto de acto administrativo elaborado por el legislador contiene una serie de elementos, entre otros, que el acto emitido por la administración genere efectos jurídicos sobre los derechos, intereses y obligaciones de los administrados. Para que la manifestación de la administración se configure como un acto administrativo, los efectos jurídicos a los que se aluden no deben tratarse de los que surgen indirectamente del acto, sino de aquellos que produzcan efectos jurídicos directos e inmediatos.

Sobre el particular, MORÓN URBINA señala que:

“La calidad del acto administrativo queda reservada para aquellas decisiones que por sí mismas generan efectos jurídicos para los terceros, en sus derechos, intereses u obligaciones. (...) Por ende, resultan excluidos los actos, que están dirigidos a producir efectos indirectos en el ámbito externo, tales como los informes aun cuando sean vinculantes o dación de normas técnicas, aun cuando se expresen bajo forma de resolución” (Morón Urbina, 2017, pág. 188).

En esa línea, AGUSTÍN GORDILLO precisa que:

“(…) puede atacarse mediante un recurso administrativo o acción judicial aquel acto de la administración que sea apto para producir efectos jurídicos inmediatos respecto del impugnante (...). En otras palabras, los efectos jurídicos han de emanar directamente del acto mismo: solo entonces

son inmediatos, no basta con decir que la actividad es jurídicamente relevante, o que produce efectos jurídicos ya que siempre es posible que surja, en forma indirecta o mediata, algún efecto jurídico” (Gordillo, 2011, págs. II-3).

De ahí que, para nuestro sistema jurídico, el pronunciamiento de la administración que genere efectos jurídicos concretos y directos en la esfera jurídica del administrado, ya sea beneficiándolo – cuando se le concede un derecho o beneficio – o perjudicándolo – cuando se le niega un beneficio o se le impone una carga o sanción-, será considerado como acto administrativo.

Dicho esto, debe resaltarse que, como se desprende de una lectura conjunta de las disposiciones constitucionales y legales citadas precedentemente, la negociación colectiva, en rigor, no constituye un procedimiento administrativo, toda vez que su desarrollo o encausamiento no implica el ejercicio del “ius imperium” del Estado sobre los administrados. La AAT no decide ni impone a las partes una posición respecto del inicio o desarrollo de la negociación colectiva (salvo los supuestos excepcionales de intervención contemplados en el artículo 68 del TUO de la LRCT), recayendo en ellas esta función de manera exclusiva y excluyente, pero siempre dentro del respeto del principio de la buena fe.

En ese sentido, la AAT, como ya señalamos, cumple un rol de fomento y promoción de la negociación colectiva, en el entendido de que acompaña y coadyuva a las partes en la negociación para que arriben de esta forma a una solución pacífica y armoniosa. Este rol se cumple con: i) acciones materiales de facilitación que brindan un soporte al trámite de la negociación (como la apertura del expediente de negociación colectiva, elaboración de dictámenes económico-laborales y asistencia técnica), así como a las formas pacíficas de solución de los conflictos laborales (conciliación, mediación y arbitraje); y ii) la emisión de opiniones técnicas (informes y oficios), las mismas que no suponen la expedición de actos administrativos.

Estas acciones de fomento no constituyen actos deliberativos o dirimentes por parte de la AAT, puesto que no generan efectos directos e inmediatos sobre los derechos, intereses u obligaciones de las partes. Recuérdese, la obligación de negociar de la empleadora subsiste en tanto su contraparte laboral (sujeto colectivo) opte por ejercer el derecho de negociación colectiva.

Sucede que esta afirmación no tiene pleno respaldo por los empleadores, básicamente, por lo dispuesto en el artículo 54 del TUO de la LRCT y la tradición administrativa – ahora- contemplada en el Decreto Supremo 017-2012-TR.

Como se ha señalado, en tanto la organización sindical ejercita su derecho a negociar colectivamente (por medio de la presentación del pliego de reclamos) bajo las reglas del TUO de la LRCT, la empleadora tiene el deber de negociar¹⁰. Sin embargo, el inicio de la negociación colectiva se puede ver interrumpida por alguna causa legal o convencional objetivamente demostrable (artículo 54 del TUO de la LRCT). Dada la previsión normativa, es razonable preguntar ¿quién determina la existencia de una causa legal o convencional para no aceptar el pliego de reclamos presentado por la organización sindical? La Autoridad Administrativa de Trabajo sería la respuesta, de acuerdo a lo señalado en el Decreto Supremo 017-2012-TR¹¹.

Efectivamente, el mencionado decreto supremo aborda el inicio y trámite de la negociación colectiva como un procedimiento, el cual prevé órganos de resuelven las reclamaciones en primera, segunda e instancia de revisión. Queda claro que tal disposición amerita ser ajustada a la naturaleza de la intervención de la AAT que se ha sostenido: de fomento, la misma que no admite tratarla como un procedimiento administrativo.

Si bien no es objeto del presente trabajo identificar quién debe determinar la causa legal o convencional postulada en la pregunta planteada, se podría sugerir que un pronunciamiento (que no tiene efecto directo ni inmediato en los administrados) de tal tipo podría realizado la Dirección de Políticas y Normativa y Normativa de Trabajo (DPNT) en el ejercicio de sus competencias¹².

De este modo, la emisión de una opinión técnica de la AAT respecto del inicio de la negociación colectiva en un caso concreto no enerva la autonomía negocial que las partes poseen para llegar a un consenso respecto de la controversia surgida, a efectos de

¹⁰ Salvo las empresas que no hubieras cumplido por lo menos un (1) año de funcionamiento (artículo 41 del TUO de la LRCT).

¹¹ Este decreto supremo determina las dependencias que tramitarán y resolverán las solicitudes y reclamaciones que se inicien ante las Autoridades Administrativas de Trabajo, las cuales han sido delimitadas en función del ámbito territorial. Así, los Gobiernos Regionales tendrán competencia para conocer las controversias que adquieran alcance local o regional, y el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (por medio de la Dirección General del Trabajo) cuando adquiera carácter supra regional o nacional.

¹² Conforme a lo dispuesto en el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (ROF), aprobado por Decreto Supremo 004-2014-TR, la DPNT tiene entre sus funciones: emitir opinión técnica sobre la normativa socio-laboral.

determinar las condiciones convencionales, normativas y delimitadoras que pudieran celebrar. Ello, sobre la base del principio de negociación libre y voluntaria.

Finalmente, que los pronunciamientos que emita la AAT en el marco de una negociación colectiva no adquiera la naturaleza de acto administrativo implica que no sean pasibles de los recursos administrativos previstos en el artículo 216 del TUO de la LPAG, ni de la oposición a la que hace referencia el artículo 116 de la misma norma.

2.2.2.3. El deber de promover la solución pacífica de los conflictos laborales: El papel del Estado en el arbitraje potestativo.

Tomando en cuenta que uno de los fines del Estado es promover la solución pacífica de las controversias laborales, es que la Constitución brinda una serie de mecanismos de solución de conflictos como la conciliación, la mediación y el arbitraje con el propósito de que existan más posibilidades de poner fin a las controversias suscitadas entre los trabajadores y los empleadores, pues el deber de fomento implica una acción estatal, es decir, un conjunto de medidas que confirmen el compromiso del Estado de propender a la paz social.

Uno de estos mecanismos alternativos es el arbitraje. Así lo señala el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 008-2005-PI/TC cuando se refiere a la intervención estatal en virtud del inciso 2 del artículo 28 de la Constitución Política. Asimismo, manifiesta el mismo órgano constitucional que el fomento de mecanismo de resolución de conflictos, como el arbitraje, halla su razón de ser en las siguientes consideraciones:

“asegurar que el desacuerdo entre los agentes negociadores no se prolongue indefinidamente en el tiempo, de modo que se consolide la paz laboral y el normal desarrollo de la actividad económica; y otorgar satisfacción mancomunada por la vía pacífica, a las pretensiones de las partes contendientes en el conflicto laboral”

Si bien el arbitraje tiene sustento constitucional genérico en el artículo 139 de la Constitución, en el caso del arbitraje laboral cuenta con un reconocimiento propio en el inciso 2 de su artículo 28. Evitar la permanencia de los conflictos laborales en el tiempo y la búsqueda de paz social es la preocupación especial del Estado.

3. El nombramiento de los árbitros en el arbitraje potestativo regulado en la Reglamento de la LRCT y la intervención de la AAT desde el enfoque promocional de la negociación colectiva.

3.1. El plazo para el nombramiento de árbitros.

En el escenario de una negociación colectiva, el artículo 61-B del Reglamento de la LRCT establece reglas para el arbitraje potestativo con el objeto de evitar dilaciones innecesarias en el nombramiento de los árbitros que conformarán el tribunal arbitral.

Ahora, advirtiendo que la interpretación de las reglas e instituciones jurídicas se realiza en función de su naturaleza y de los principios que la inspiran, se entiende que el arbitraje potestativo en materia laboral se configura como una institución privada, pues participa la voluntad privada de las partes para su desarrollo y admite la intervención del Estado únicamente para dar contenido al mandato constitucional de promover formas de solución pacífica de los conflictos laborales, pero en ningún modo para ejercer actos de deliberación.

En esa línea, el legislador establece un plazo perentorio para que las partes elijan a sus árbitros y, de ser el caso, éstos al presidente del tribunal arbitral. De no cumplir con la elección, se dispone la participación de la AAT para designar al árbitro correspondiente. Qué debe interpretarse por el carácter perentorio del plazo es una lectura que también debe darse a la luz de lo señalado en el párrafo anterior: la naturaleza privada del arbitraje potestativo.

De allí que, la perentoriedad del plazo debe respetar la voluntad de las partes y posibilitar la intervención del Estado únicamente para evitar las dilaciones innecesarias. Por ello, cuando la norma hace mención a que el plazo de cinco (5) días es perentorio esta no debe entenderse como una regla que limita o restringe la voluntad privada para designar a los árbitros, sino que habilita o activa la participación del Estado (a través de la AAT) para garantizar su designación en aras de coadyuvar a la conformación del Tribunal Arbitral.

Este análisis –además– se desprende de la literalidad de la norma, toda vez que el supuesto que permite la participación de la AAT es no elegir al árbitro; es decir, un no hacer. Asumir que la no elección tiene el mismo efecto que la elección errónea o fuera

de plazo, es interpretar de manera extensiva una norma que establece excepciones. Recuérdese, aplicar el método de integración jurídica en este sentido se encuentra proscrito por el ordenamiento jurídico (Neves Mujica, Introducción al Derecho del Trabajo, 2009, pág. 145).

3.2. La prohibición de nombramiento sucesivo de árbitros.

Ahora, el cuarto párrafo del artículo 61-B del Reglamento de la LRCT establece como causal de prohibición para los árbitros que:

“salvo pacto en contrario, no puede ser designado (...) quien dentro de los dos (2) últimos años se haya desempeñado como parte, árbitro, abogado o asesor en algún arbitraje laboral colectivo, potestativo o voluntario, seguido por alguna de las partes. Los dos (2) años se contabilizan desde la emisión del laudo arbitral. Se exceptúan de esta disposición los árbitros que sean escogidos en arbitrajes unipersonales”.

Como se observa, este párrafo contiene dos (2) reglas que ameritan los siguientes comentarios:

Primero, la regla de prohibición se encuentra dirigida al profesional eventualmente propuesto para ser árbitro (de parte o presidente del tribunal arbitral). Así, será ese profesional quien tenga el deber de observar esta regla al momento de decidir si acepta o no la elección propuesta.

No obstante lo anterior, puede suceder que el árbitro -a sabiendas o no de esta prohibición- acepte participar como árbitro en el arbitraje laboral. En ese supuesto, la norma no indica cuál será el órgano encargado de velar por el cumplimiento de esta regla. Ante ello, consideramos que las partes pueden hacer valer los cuestionamientos al nombramiento de un árbitro que incurre en esta prohibición ante el propio tribunal arbitral o ante la Autoridad Administrativa de Trabajo. Partiendo del enfoque promocional de las formas de solución pacífica de los conflictos laborales, debería descartarse esta última opción.

En efecto, pretender que la AAT delibere significaría la emisión de un acto administrativo, intervención del Estado que no resulta acorde a la naturaleza privada del arbitraje potestativo. De ahí que, de hacerlo, abriría la puerta a la “procedimentalización” del arbitraje potestativo en la etapa de nombramiento de los árbitros, desvirtuando así un trámite que se crea -justamente- para agilizar la conformación del tribunal arbitral.

Siguiendo este orden de ideas, la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante, OGAJ), en el Informe 1654-2018-MTPE/4/8, ha señalado que:

“(…) en los casos señalados en el artículo 61-B del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo no se podrían establecer impugnaciones ante la AAT puesto que no se emiten actos administrativos y las actuaciones no son parte de un procedimiento administrativo general. Las actuaciones de la AAT se dirigen a cumplir con el deber de fomento de la negociación colectiva”.

Asimismo, respecto del escenario natural para ventilar estos cuestionamientos, la OGAJ ha concluido que:

“(…) el tribunal arbitral debe decidir sobre su competencia, específicamente sobre los requisitos establecidos en el artículo 61-B del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, en aplicación del principio competence-competence”.

De modo complementario, es importante hacer mención que el numeral 6.7.5 de la Directiva General 005-2012-MTPE/2/14, *“Lineamientos para la intervención administrativa en conflictos laborales colectivos: los llamados “extraproceso”, la preferencia por el arbitraje potestativo y la intervención resolutoria como facultad excepcional”*, aprobada mediante Resolución Ministerial 076-2012-TR, señala que:

“Cualquier cuestionamiento (…) a la instalación del tribunal o al inicio de la instancia arbitral deberá ser planteado ante dicha instancia en estricto respecto del principio competence-competence”.

Por ello, frente a cualquier cuestionamiento a la designación de árbitros y su participación en la conformación del tribunal arbitral, la medida idónea es que las partes acudan a los mecanismos previstos en el Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje, a efectos de que sea el mismo tribunal arbitral quien resuelva lo propio, en virtud del principio competence-competence. Esta idea será reforzada de manera posterior.

La segunda regla se encuentra referida a la aplicación temporal del Decreto Supremo 009-2017-TR, el cual también requeriría ser objeto de análisis ante un eventual cuestionamiento de alguna de las partes. Efectivamente, si se incurre o no en la prohibición bajo comentario, implica emitir un juicio sobre la aplicación temporal del Decreto Supremo 009-2017-TR, pues tiene como supuesto habilitante que el árbitro designado haya participado en algún arbitraje laboral colectivo seguido por alguna de

las partes en los últimos dos (2) años.

Para esta calificación se tendría que dilucidar si tal supuesto alcanza a los laudos emitidos con anterioridad a la vigencia del Decreto Supremo 009-2017-TR o, por el contrario, únicamente a aquellos que se emitan a partir de la fecha en que la norma entró en vigencia.

Como se observa, pronunciarse sobre esta prohibición ameritaría un ejercicio interpretativo conforme a Derecho, cuestión que, en virtud del principio competencia-competence, correspondería realizar al propio tribunal arbitral y no a la AAT.

Respecto del fondo del cuestionamiento, asumimos la segunda posición; esto es, el plazo de dos (2) años que contiene la regla de prohibición empezaría a generar efectos a partir de los laudos arbitrales que se emitan con posterioridad a la fecha de vigencia del Decreto Supremo N° 009-2017-TR.

Esta conclusión encuentra amparo en el artículo 103 (irretroactividad de la norma) y 109 (vigencia de la norma) de la Constitución Política del Estado. De acuerdo a este principio, los efectos de la norma no pueden aplicarse a un supuesto de hecho acaecido con anterioridad a su vigencia.

En este caso, el supuesto de hecho es quien dentro de los últimos dos (2) años haya tenido vínculo profesional (árbitro, asesor o abogado) con alguna de las partes.

Por esta razón, consideramos que la aplicación de esta regla podrá ser acusada por las partes recién a partir del 01 de abril del 2019 contra los árbitros que se hayan vinculado con alguna de ellas en una negociación colectiva, cuyo laudo fue emitido a partir del 01 de abril de 2017 (fecha de vigencia del Decreto Supremo N° 009-2017-TR).

3.3. La sustitución ante los supuestos de renuncia o inasistencia de los árbitros.

El quinto párrafo de este artículo prevé la figura de la sustitución ante los supuestos de renuncia o inasistencia de los árbitros, en los siguientes términos:

“si por alguna circunstancia alguno de los árbitros dejara de asistir a más de una sesión o renunciara, la parte afectada debe sustituirlo en el término no mayor de tres (3) días hábiles. En caso de no hacerlo, el presidente del Tribunal Arbitral solicita a la Autoridad Administrativa de Trabajo su sustitución”.

Este párrafo también adolece de precisión y deja algunos supuestos fuera de la aplicación de esta figura. Los supuestos a los que hacemos referencia están referidas a su ámbito de aplicación, hechos (distintos a la inasistencia o renuncia) que motivarían la sustitución del árbitro y la posibilidad que el sustituido sea el Presidente del Tribunal Arbitral.

Esto se afirma porque, respecto del primero, encontramos que la aplicación de la sustitución se encuentra reservada una vez instalado el tribunal arbitral, respecto del segundo, la muerte justificaría una sustitución del árbitro, y, respecto del tercero, no se deja abierta la opción para que sea alguien distinto al Presidente del Tribunal quien solicite a la AAT la designación por sustitución.

Sobre el primer punto, cabe indicar que la figura de la sustitución prevista por la norma tiene como supuesto habilitante la voluntad (activa u omisiva) del árbitro frente al normal desenvolvimiento del procedimiento arbitral.

En este marco, si bien las reglas contenidas en el artículo 61 suponen que el tribunal arbitral se encuentre instalado, de presentarse la renuncia antes de la instalación de la misma evidenciaría un supuesto no regulado por la norma; es decir, se estaría ante un vacío normativo y no frente a una conducta prohibida.

Interpretar que la renuncia está prohibida, supondría presumir una regla que coacte la libertad del árbitro, lo que no sería propio de una institución del derecho privado. Peor aún, dado que no se puede presuponer dicha prohibición, ello podría conllevar a que la parte que sufre la renuncia del árbitro que la misma eligió, pierda la posibilidad de remediar dicha situación y se vea conminada a que su árbitro sea elegido por sorteo a pesar de que no incurrió en una conducta negligente. Esto sería a todas luces contrario al principio de negociación libre y voluntaria y contrario al principio de libertad.

Dado que interpretamos que estamos ante un supuesto de vacío normativo y no ante un supuesto de prohibición tácita (lo que no es posible), se debe tener presente que el ordenamiento jurídico dispone de la analogía o la interpretación extensiva como métodos de integración para construir una solución a los supuestos no regulados por las normas, salvo cuando se establecen excepciones o restringen derechos (Neves Mujica, Introducción al Derecho del Trabajo, 2009, pág. 145).

De este modo, es jurídicamente viable habilitar, por medio de la interpretación extensiva, el supuesto de renuncia regulado en el artículo 61-B del Reglamento de la LRCT para superar el impase generado ante la renuncia de un árbitro de manera previa a la instalación del tribunal arbitral. Este criterio resguarda el supuesto habilitante establecido en dicha norma (renuncia o inasistencia del árbitro), a efectos de que –por regla general- las partes tengan la libertad para elegir al sustituto del árbitro renunciante o inasistente.

Sobre el segundo punto, es posible que en el desenvolvimiento del procedimiento arbitral alguno de los árbitros fallezca. En ese caso, no cabría sentido para las partes esperar a que se realice la convocatoria a más de una sesión para habilitar el supuesto de la inasistencia para sustituir un árbitro fallecido. Ante la muerte como un hecho notorio sería admisible que las partes se encuentren facultadas a reemplazar a este árbitro en el plazo previsto por la norma o, en su defecto, lo designe la AAT.

En el tercer punto, se observa que el Presidente del Tribunal Arbitral sería el único árbitro quien podría solicitar a la AAT la designación del árbitro sustituto. No obstante, el legislador no previó que puede ser este quien podría incurrir en los supuestos para que sea sustituido. Frente a este caso ¿quién debería pedir a la AAT la designación por sustitución del Presidente del Tribunal? A efectos de encontrar una salida a este supuesto y que no se entrampe la continuación del procedimiento arbitral, consideramos que, de haberse nombrado, sea el secretario arbitral quien realice esta solicitud, en tanto cumple la función de colaborar de manera efectiva las tareas administrativas en el arbitraje. Por otro lado, de no haberse nombrado a un secretario arbitral, sería recomendable que los miembros del Tribunal Arbitral prevean esta situación y establezcan una regla al respecto, el cual debe contemplarse al momento de su instalación.

Finalmente, como hemos indicado previamente, cualquier incidencia que se genere respecto de la concurrencia o no de los supuestos que habilitan a sustituir al árbitro, correspondería que estas sean resueltas por el propio tribunal arbitral, de acuerdo a los argumentos que se desarrollan en el capítulo siguiente.

4. Los cuestionamientos relacionados a la etapa del nombramiento de los árbitros en el arbitraje potestativo. ¿Quién resuelve?

En el presente capítulo, se expondrán los cuestionamientos que se vienen presentando ante la Autoridad Administrativa de Trabajo en la etapa de nombramiento de árbitros del arbitraje potestativo. De esta manera, a partir de casos específicos, se identificaron supuestos donde -no siempre la parte empleadora- busca la intervención del Estado para subrogar la voluntad de la contraparte laboral y solicitar la designación del árbitro correspondiente, en aplicación estricta de las reglas emitidas para dar viabilidad al arbitraje potestativo como forma de solución pacífica de los conflictos laborales.

4.1. Supuestos:

4.1.1. Árbitro elegido fuera del plazo legal.

En el marco de la negociación colectiva seguida por el Centro Federado de Empleados del Banco Continental (en adelante, SINDICATO) y la empresa BBVA Banco Continental (en adelante, EMPRESA), correspondiente al pliego de reclamos del periodo 2016, la EMPRESA comunicó al SINDICATO su decisión de someter la solución de la negociación colectiva a arbitraje potestativo incausado, debiendo las partes nombrar a sus árbitros de parte en el plazo de cinco (5) días hábiles establecido en el D.S. 014-2011-TR.

Luego, antes de culminar el plazo para el nombramiento de árbitros, el SINDICATO comunicó a la DGT su decisión de optar por el arbitraje laboral, decisión que no fue puesto en conocimiento de la EMPRESA.

Por su parte, la EMPRESA cumplió con nombrar a su árbitro de parte el último día del plazo, el cual se comunicó al SINDICATO y a la DGT. Posteriormente, transcurrido el plazo de cinco (5) días hábiles que establecía el D.S. 014-2011-TR sin que el SINDICATO cumpla con nombrar a su árbitro de parte, la EMPRESA solicitó a la DGT que convoque a las partes a la realización del sorteo público para su designación.

En este caso, surge una interrogante adicional vinculada al plazo para el nombramiento de los árbitros ¿quién y cómo se inicia el arbitraje potestativo?

Con el D.S. 014-2011-TR, la respuesta a esta interrogante era entendida parcialmente,

en tanto resultaba claro que cualquiera de las partes (SINDICATO o EMPRESA) podía iniciar el arbitraje pero no así de qué forma. De la lectura del artículo 61-A de la norma citada, se podía entender que bastaba la constatación de un elemento objetivo (no ponerse de acuerdo o advertirse actos de mala fe) para que cualquiera de las partes inicie el arbitraje potestativo en su etapa de nombramiento de árbitros. No obstante, la norma no daba luces respecto de la oportunidad para la constatación de este elemento objetivo. Por ejemplo, la falta de acuerdo entre las partes podía darse en la última reunión de trato directo o de conciliación, asimismo la mala fe se podía presentar en cualquier supuesto expresado en la Resolución Ministerial 284-2011-TR, o, por otra parte, este elemento objetivo podía considerarse en el momento en que alguna de las partes comunique a su contraparte la ocurrencia de estos supuestos y su decisión de optar por el arbitraje potestativo, esto a efectos de iniciar el cómputo del plazo señalado en la norma.

El Decreto Supremo 009-2017-TR que modificó el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo e incorporó el artículo 61-B cambió la redacción sobre este aspecto, no obstante aún no queda claro la oportunidad en que se inicia el arbitraje potestativo.

En estricto, este artículo dispone que *“activado el arbitraje, las partes deben elegir a sus árbitros (...)”*. Activar el arbitraje potestativo supone –entendiendo– una acción previa por parte de quien considera ha ocurrido el elemento objetivo descrito anteriormente. De este modo, la acción previa sería la comunicación cursada a la contraparte informando la decisión de optar por el arbitraje potestativo.

Sin embargo, a efectos del inicio del cómputo del plazo de cinco (5) días, o bien la parte que activa el arbitraje informa solo esta decisión y posterga el nombramiento del árbitro para efectuarlo dentro del plazo, o bien en su comunicación incluye a la decisión el nombramiento de su árbitro. La no precisión de la norma admitiría ambas posibilidades.

En el caso citado, la DGT entendió que el procedimiento de arbitraje potestativo iniciado por la EMPRESA y el nombramiento de su árbitro de parte se encuentra vinculado al nombramiento realizado por el SINDICATO, no existiendo mérito para que la DGT realice la designación solicitada.

Según se observa, en dicho caso, la posición de la DGT fue no aplicar de manera literal

el plazo establecido en la norma, dejando a la jurisdiccional arbitral que se pronuncie sobre los cuestionamientos realizados a la conformación del tribunal arbitral.

En puridad, lo que se debe determinar en dicha controversia es la naturaleza del plazo de cinco (5) días para el nombramiento de los árbitros y la intervención de la AAT frente a un no hacer de las partes. En el capítulo II del presente trabajo, se ha esbozado una posición al respecto; esto es, que dicho plazo habilita la intervención del Estado para realizar la designación, la cual no debe limitar o restringir la voluntad de las partes hasta antes de celebrarse esta designación.

4.1.2. Árbitro elegido que no está inscrito en el Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas (RNANC).

Otra controversia que se ha presentado ante la DGT surgió en la negociación colectiva seguida entre la empresa Pesquera Hayduk S.A. (en adelante, EMPRESA) y el Sindicato Único de Motoristas, Oficiales y Pescadores del Perú (en adelante, SINDICATO), correspondiente al pliego de reclamos 2016-2018.

En dicha negociación, al transcurrir el tiempo sin que las partes arriben acuerdo alguno en la etapa de trato directo y conciliación (diligencias que sin perjuicio de haber participado en ellas fueron impugnados administrativamente por la EMPRESA), el SINDICATO optó por acudir al arbitraje potestativo para solucionar la controversia. Para tal efecto, comunicó a la EMPRESA la elección de su árbitro y le solicitó que le informe su elección en el plazo previsto por el D.S. 014-2011-TR.

Frente a esta comunicación, la EMPRESA cumplió con informar al SINDICATO la elección de su árbitro de parte, dentro del plazo legal; no obstante no encontrarse de acuerdo con someter el diferendo al arbitraje. Del mismo modo, la EMPRESA solicitó que la DGT tenga por elegido a su árbitro, declare improcedente la elección realizada por el SINDICATO y, en consecuencia, proceda a designar al árbitro de parte del SINDICATO mediante sorteo público.

El argumento planteado por la EMPRESA fue que el árbitro de parte del SINDICATO no se encontraba inscrito en el Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas, exigencia establecida en el artículo 2 del D.S. 014-2011-TR, motivo por el cual, alegó que resultaba inválida esta elección al haberse realizado sin observar la

normativa vigente

Al respecto, mediante proveído de fecha 15.01.18, la DGT dispuso convocar a las partes a que asisten al sorteo público para la designación del árbitro de parte del SINDICATO, atendiendo a lo expuesto por la EMPRESA y el Informe N° 009-2018-MTPE/4/8, emitido por OGAJ.

Entre las conclusiones de este informe, OGAJ indicó que:

“El artículo 61-B del RLRCT (primer párrafo), además de establecer expresamente un plazo (cinco días hábiles) para la designación del árbitro que debe ser respetada y cumplida por las partes, también establece que dichos árbitros deben contar con registro hábil en el RNANC- previa a su designación y no después – y los cuales no deben tener ninguna incompatibilidad para ejercer sus funciones. (...)

Vencido el plazo, porque no se cumplió con designar al respectivo árbitro o se designó a uno que no se encontraba previamente en el RNANC, conlleva a que la DGT asuma la competencia para la designación del árbitro faltante a través de un sorteo público y de manera aleatoria (...)”.

Como se advierte, el criterio vertido en este informe incurre en error al reconocer en la DGT una competencia que no tiene, es decir, dilucidar si las partes cumplen las reglas para el nombramiento de los árbitros, postura intervencionista que no resulta acorde con la naturaleza de la intervención del Estado en el arbitraje potestativo que se ha postulado: intervención para fomentar y no para restringir voluntad de las partes.

Me explico, artículo 2 del D.S. 014-2011-TR dispone la creación del RNANC, el cual se encuentra a cargo de la DGT. Asimismo, en este artículo se dispone que: *“para actuar como árbitro en negociaciones colectiva de trabajo debe contarse con registro hábil del Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas”*. A su vez, la Resolución Ministerial 331-2011-TR regula los requisitos para la inscripción en este registro.

Ahora, como se ha señalado el artículo 61-A del D.S. 014-2011-TR establece un plazo para la elección de los árbitros que de no realizarse habilita la intervención de la AAT para designar al árbitro correspondiente. De esta forma, la habilitación se activa frente a un no hacer de las partes, pretender reconocer que la intervención del estado no solo se aplica por no observar el plazo, sino calificar que la elección realizada se haya realizado de manera correcta, constituye una facultad no prevista en la norma. Entender la norma de modo contrario colisionaría con el espíritu de la negociación colectiva y las reglas

que se emiten para fomentarla.

Según se expondrá en el numeral 3 del presente capítulo, considero que los cuestionamientos que surjan por no observar la regla contemplada en el artículo 2 del D.S. 014-2011-TR y la Resolución Ministerial 331-2011-TR tiene que hacerle valer en el seno del Tribunal Arbitral conformado, dentro del cual se ha regulado la figura de la recusación para cuestionar el nombramiento de los árbitros.

4.1.3. Árbitro elegido inmerso en causal de prohibición.

Respecto del presente supuesto, se ha identificado la negociación colectiva seguida por el Sindicato Unificado de Trabajadores de la Electricidad y Actividades Conexas de Lima y Callao – SUTRAL (en adelante, SINDICATO) y la empresa Enel Distribución Perú S.A.A., correspondiente al pliego de reclamos 2018.

En el mencionado procedimiento, el SINDICATO comunicó a la EMPRESA su decisión de someter la solución del pliego a arbitraje potestativo, designando a su árbitro de parte. Frente a dicha comunicación, dentro del plazo previsto legalmente, la EMPRESA cumplió con designar a su árbitro de parte, manifestando que se reserva el derecho de cuestionar la procedencia del arbitraje potestativo.

En ese contexto, la EMPRESA presenta a la DGT su oposición a la elección del árbitro de parte realizado por el SINDICATO, al amparo del artículo 61-B del RLRCT, incorporado por el Decreto Supremo 009-2017-TR. En concreto, la EMPRESA alegó que el árbitro de parte elegido por el SINDICATO presentó impedimento para ser árbitro en la solución de dicho pliego por encontrarse en la prohibición de elección sucesiva.

Así, explicó que ese mismo árbitro fue parte del tribunal arbitral que resolvió la negociación colectiva por el pliego de reclamos del periodo 2016 entre otra organización sindical y la propia EMPRESA, cuyo laudo fue emitido en un periodo no superior a los dos años que establece la norma. En virtud de ello, la EMPRESA entendió que el SINDICATO ya no podía nombrar a un nuevo árbitro al haber transcurrido el plazo de cinco (5) días y solicitó su designación mediante sorteo público.

Corresponde clasificar los comentarios al presente caso, en función del: *i*) recurso utilizado por la EMPRESA para cuestionar el nombramiento del árbitro, y *ii*) la causal

de prohibición establecida en el artículo 61-B del RLRCT.

En cuanto al primer comentario, nos reservamos el argumento expuesto en el siguiente apartado. Sobre el segundo, nos remitimos a lo desarrollado en el punto 2 del Capítulo II del presente trabajo.

4.2. La oposición como mecanismo erróneo para cuestionar el nombramiento de los árbitros.

El artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, prevé la figura de la legítima oposición como un mecanismo para materializar el derecho de petición del administrado¹³.

Ante la ausencia de desarrollo normativo por parte del legislador, sería errado interpretar que la legítima oposición habilita a cualquier persona (natural o jurídica) cuestionar todo acto (privado o público), en aras de satisfacer un interés legítimo, pues no resulta acorde a la naturaleza de las instituciones reguladas en la norma citada.

En efecto, la legítima oposición supone la presencia concurrente de las siguientes características: i) que sea interpuesto por un tercero con legítimo interés, ii) que se enmarque dentro de un procedimiento administrativo, y iii) se interponga frente al acto o pronunciamiento de la Administración.

Así, puede señalarse que la legítima oposición se presenta cuando un tercero, que no es parte de un procedimiento administrativo, cuestiona el acto o el pronunciamiento realizado por la Administración, el cual considera afecta o puede afectar un derecho al que tiene legítimo interés.

En virtud de lo expuesto, se advierte que técnicamente no es correcto plantear oposición para cuestionar el acto proveniente de un privado y buscar la atención de la Administración a efectos de que se emita un pronunciamiento, pretendiendo convertir actos de mero trámite (como es la designación de árbitros para la conformación de un tribunal arbitral encargado de resolver una negociación colectiva) en un procedimiento

¹³ *“Artículo 116.- Solicitud en interés particular del administrado
Cualquier administrado con capacidad jurídica tiene derecho a presentarse personalmente o hacerse representar ante la autoridad administrativa, para (...), formular legítima oposición.”*

administrativo, más aún cuando no existe dispositivo normativo que delegue a la AAT la competencia para resolver la controversia surgida en esta etapa.

4.3. La recusación como mecanismo idóneo para hacer valer los cuestionamientos al nombramiento de los árbitros. Principio Competence-Competence.

La recusación es la figura legalmente prevista para que, en el marco de un arbitraje, las partes cuestionen el nombramiento o participación del árbitro en la conformación del tribunal arbitral.

Ciertamente, los cuestionamientos al nombramiento del árbitro pueden provenir por no observar las reglas contenidas en el artículo 61-B del Reglamento de la LRCT, como por ejemplo, el plazo para la elección de los árbitros, la causal de prohibición o la figura de la sustitución ante los supuestos de renuncia o inasistencia de los árbitros; los cuales podrán ser ventilados en el propio tribunal arbitral en aplicación del principio competence-competence¹⁴.

Ello es así porque el artículo 28 del Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje, establece que el árbitro podrá ser recusado si no poseen las calificaciones convenidas por las partes o las establecidas por el reglamento de la institucional arbitral o las exigidas por ley.

Acudir a la norma general que regula el arbitraje, vía aplicación supletoria, se encuentra sustentado en la medida que no existe dispositivo en el ámbito laboral que otorgue competencia a la Dirección General de Trabajo para resolver los cuestionamientos al nombramiento de los árbitros en el arbitraje laboral.

Efectivamente, la Directiva General 006-2012/MTPE/2/14, aprobada por Resolución Viceministerial 004-2012-TR-DVMT, no atribuye competencia a la Dirección General de Trabajo, ni para el cuestionamiento presentado por la EMPRESA, ni para designar a los árbitros¹⁵. Lo que establece esta directiva es brindar lineamientos para la aplicación del principio de publicidad en la designación de árbitros y presidentes de tribunales

¹⁴ Este principio ha sido recogido en el inciso 3, artículo 3 del Decreto Legislativo 1071, bajo los siguientes términos: *“el tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo”*.

¹⁵ La competencia de la Dirección General de Trabajo para designar a los árbitros es reconocida por el artículo 2 del Decreto Supremo 014-2011-TR

arbitrales a cargo de la Dirección General de Trabajo.

En virtud de ello, de considerar que la elección del árbitro realizado por el SINDICATO resulta inválida por no observar las reglas contenidas en el artículo 61-B del Reglamento de la LRCT, la EMPRESA tiene en la recusación la herramienta para hacer valer su cuestionamiento.

Para tales efectos, se debe tener presente que el Decreto Legislativo 1071 dispone que las partes son las que –en principio - tienen la facultad de determinar las reglas del procedimiento de recusación, ello debido a la naturaleza privada del arbitraje. Luego, de no existir acuerdo, se aplicarán las reglas previstas en el artículo 29 de la norma citada.

Entre ellas, el punto ii), literal d, inciso 2, establece que:

“d. Si la otra parte no conviene en la recusación y el árbitro recusado niega la razón o no se pronuncia, se procederá de la siguiente manera:

(...)

ii) Tratándose de un tribunal arbitral conformado por más de un árbitro, resuelven la recusación los demás árbitros por mayoría absoluta, sin el voto del recusado. En caso de empate, resuelve el presidente del tribunal arbitral, a menos que él sea el recusado, en cuyo caso resuelve la institución arbitral que hubiese efectuado su nombramiento o, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente (...).”

Según se aprecia, frente a una recusación planteada en el seno de un tribunal arbitral, tendrá que verificarse la posición no solo del árbitro cuestionado, sino también de la contraparte que promueve la recusación. Así, de originarse una controversia en las posiciones, serán los árbitros quienes tendrán que pronunciarse sobre la recusación a fin de resolverla. Solo en caso de empate, el cual supone la emisión de votos de uno de los árbitros de parte y el presidente del tribunal, será este último quien resolverá la recusación. Sin embargo, si el presidente es el recusado, resolverá la institución arbitral que lo nombró o, a falta de éste, la Cámara de Comercio de Lima, según lo estipula la norma.

5. Conclusiones.

- La naturaleza de la intervención de la AAT en la negociación colectiva puede identificarse desde un enfoque intervencionista o promocional. En los países latinoamericanos (con excepción de Uruguay) está presente el enfoque intervencionista.

- En el ordenamiento nacional, la intervención estatal en la negociación colectiva se manifestó –en primer lugar- con la imposición de un arbitraje obligatorio y – luego- la fijación de reglas procedimentalistas, así como la intervención administrativa.
- Con la emisión del Convenio 98 de la OIT y su influencia en el artículo 28 de la Constitución Política de 1993, el Perú adopta enfoque promocional respecto de la intervención estatal en la negociación colectiva. Este enfoque excluye considerar a la negociación colectiva como un procedimiento administrativo.
- El enfoque de promoción también se aplica al arbitraje potestativo como medio de solución pacífica de los conflictos laborales. De este modo, la emisión de reglas para el nombramiento de árbitros deben ser interpretados bajo ese mismo enfoque.
- Cualquier cuestionamiento sobre la no observancia a las reglas contenidas en el artículo 61-B del Reglamento de la LRCT deben hacerse valer ante el propio tribunal arbitral, debido a que la AAT no tiene competencia para deliberar las controversias que surjan en esta etapa.

6. Bibliografía.

Expediente Nº 3561-2009-PA/TC (Tribunal Constitucional 17 de agosto de 2009).

Balvin Diaz, D. (1982). La Negociación Colectiva en el Perú (Historia y Derecho).

Blancas Bustamante, C. (2010). El deber del Estado de fomentar la negociación colectiva. (C. d. Perú, Ed.) *Hacia un nuevo sindicalismo en el siglo XXI*, 125-132.

Boza Pro, G. (1988). La negociación colectiva en el Perú. *Derecho Colectivo del Trabajo. Materiales de enseñanza.*, 1-317. (O. Ermida Uriarte, & A. Villavicencio Ríos, Edits.) Lima.

Boza Pró, G., & Aguinaga Meza, E. (2013). El deber de negociar y el arbitraje potestativo como parte del contenido del derecho constitucional de negociación colectiva. (71), 1-27. Recuperado el 10 de setiembre de 2018, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8905/9310>

Carballeda, A. J. (setiembre de 2009). La cuestión como cuestión nacional, una mirada genealógica. *Palobra*(11), 12-23. Recuperado el 20 de Agosto de 2018, de <file:///C:/Users/gcanchaya/Downloads/Dialnet-LaCuestionSocialComoCuestionNacionalUnaMiradaGenea-3804367.pdf>

- Ermida Uriarte, O. (Noviembre- Diciembre de 1993). La intervención estatal en las relaciones colectivas de trabajo latinoamericanas. (128), 29-37. Recuperado el 20 de Setiembre de 2018, de http://nuso.org/media/articles/downloads/2287_1.pdf
- Gordillo, A. (2011). El acto administrativo. El acto administrativo como productor de efectos jurídicos. 10. Buenos Aires: F.D.A. Recuperado el 28 de octubre de 2018, de http://www.gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo2.pdf.
- Morón Urbina, J. C. (2017). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* (12 ed., Vol. I). Lima: Gaceta Jurídica.
- Mugnolo, J. P. (Enero-Diciembre de 2016). Estado, conflicto laboral y negociación colectiva. *Revista de Direito do IAP*, I(1), 1-24. Recuperado el 20 de setiembre de 2018, de <http://www.indexlaw.org/index.php/revistadireitoiap/article/view/1729/2260>
- Neves Mujica, J. (2009). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Ojeda Avilés, A. (1993). *Prólogo a La negociación colectiva en América Latina*. (A. Ojeda Avilés, & O. Ermida Uriarte, Edits.) Madrid: Instituto Europeo de Relaciones Industriales.
- Organización Internacional del Trabajo. (1994). Libertad Sindical y Negociación Colectiva. Conferencia Internacional del Trabajo (81 reunión 1994). Estudio General de las memorias sobre el Convenio 87 y el Convenio 98. Ginebra.
- Organización Internacional del Trabajo. (2006). La Libertad Sindical. Recopilación de Decisiones y Principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. *Quinta*. Ginebra.
- Palomeque Lopez, M. C., & Álvarez de la Rosa, M. (2010). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Ramón Areces.
- Raso Delgue, J. (2016). Intervención y autonomía en la negociación colectiva: una reflexión desde el modelo pluralista uruguayo de relaciones laborales. En C. J. Hernández, *El derecho a la negociación colectiva. Liber Amicorum Profesor Antonio Ojeda Avilés* (págs. 419-426). Andalucía: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.
- Villavicencio Ríos, A. (2012). El modelo de relaciones colectivas peruano: del intervencionista y restrictivo al promocional. *Derecho PUCP*(68).

7. Propuesta normativa

En línea a las conclusiones arribadas en el presente trabajo académico postulo una propuesta normativa, consistente en modificar el artículo 61-B del Reglamento de la LRCT, referida a: *i*) los plazos para la designación de árbitros (de parte o presidente de tribunal arbitral), *ii*) el plazo para que la AAT efectúe la designación de los árbitros mediante sorteos públicos y aleatorios, *iii*) la posibilidad de designar árbitros suplentes, *iv*) la extensión del supuesto para aplicar la figura de la sustitución de árbitros, y *v*)

reafirmar que la intervención de la AAT en el nombramiento de los árbitros no tiene carácter intervencionista-restrictivo; esto es, no constituye un acto administrativo, por lo que no podría aceptarse su “procedimentalización” por medio de la interposición de recursos administrativos, dejando a salvo el derecho de cuestionar al árbitro dentro del procedimiento arbitral, por medio de la figura de la recusación.

DECRETO SUPREMO N° -2018-TR

DECRETO SUPREMO QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 61-B DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

Artículo 1.- Objeto

El presente decreto supremo tiene por objeto modificar el artículo 61-B del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 011-92-TR.

Artículo 2.- Modificación

“Artículo 61-B.- Elección de los árbitros y presidente del Tribunal Arbitral

Activado el arbitraje, las partes deben elegir a sus árbitros en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles. De no hacerlo una de ellas, **la Autoridad Administrativa de Trabajo designa al árbitro correspondiente mediante sorteo, salvo que tome conocimiento de su elección previo a la realización del sorteo.** El honorario asume la parte responsable de su designación.

Elegidos los árbitros, ellos acuerdan la elección del Presidente del Tribunal Arbitral en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles. De no llegar a un acuerdo dentro del plazo anterior, **los árbitros de parte de manera conjunta solicitan** a la Autoridad Administrativa de Trabajo que proceda a la designación del Presidente del Tribunal Arbitral, quien se desempeñará como tal salvo que las partes, de común acuerdo, propongan un nombre distinto dentro del plazo de tres (3) días hábiles de comunicada la designación a ambas partes.

Las designaciones efectuadas por la Autoridad de Administrativa de Trabajo se realizan mediante sorteos públicos y aleatorios sobre la nómina de árbitros inscritos en el Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas. Para estos efectos, **la Autoridad Administrativa de Trabajo convoca al sorteo en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles desde que toma conocimiento del vencimiento del plazo para elegir al árbitro**

correspondiente. La fecha del sorteo se fija dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de expedida la convocatoria.

En el acto del sorteo se designa a un (1) árbitro titular y dos (2) árbitros suplentes. De no aceptar el árbitro titular dentro del plazo de cinco (5) días hábiles de notificado con el auto directoral general, le sucederá el primer árbitro suplente. La misma regla se aplica para la intervención del segundo árbitro suplente.

Salvo pacto en contrario, no puede ser designado como árbitro o Presidente del Tribunal Arbitral quien dentro de los dos (2) últimos años se haya desempeñado como parte, árbitro, abogado o asesor en algún arbitraje laboral colectivo, potestativo o voluntario, seguido por alguna de las partes. Los dos (2) años se contabilizan desde la emisión del laudo arbitral. Se exceptúan de esta disposición los árbitros que sean escogidos en arbitrajes unipersonales.

Si por alguna circunstancia alguno de los árbitros renunciara a la elección o designación **antes o después de instalado el Tribunal Arbitral, o si dejara de asistir a más de una sesión, la parte afectada o, de corresponder, los árbitros de parte** deberán sustituirlo en el término no mayor de tres (3) días hábiles. En caso de no hacerlo, el presidente del Tribunal Arbitral solicita a la Autoridad Administrativa de Trabajo su sustitución. **Si el presidente del Tribunal Arbitral es el sustituido, esta solicitud deberán hacerlo los árbitros de parte.**

La designación realizada por la Dirección General de Trabajo no constituye acto administrativo ni es impugnabile. Esto no enerva el derecho de las partes de recusar a los árbitros, el mismo que se hace valer dentro del procedimiento arbitral, una vez instalado el tribunal arbitral.

Constituido el Tribunal Arbitral, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, las partes entregan al tribunal su propuesta final, de ser el caso, en forma de proyecto de convenio colectivo, con copia para la otra parte, que le será entregado a este por el presidente del Tribunal Arbitral. Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, las partes podrán formular al tribunal las observaciones debidamente sustentadas, que tuvieran respecto.”

Artículo 3.- Vigencia

El presente decreto supremo entra en vigencia a partir del día siguiente de su publicación.

Artículo 4.- Publicación

El presente decreto supremo es publicado en el Portal Institucional del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (www.trabajo.gob.pe), el mismo día de su publicación en el Diario

Oficial El Peruano.

Artículo 5.- Refrendo

El presente decreto supremo es refrendado por el Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los (....)”

