

# La Prohibición del Contenido Salarial (en Particular) y Económico (en General) de la Negociación Colectiva en el Empleo Público: Un Ejercicio de Evaluación de Razonamiento Judicial\*

Christian Sánchez Reyes\*\*

## Resumen:

A partir de un análisis jurisprudencial de diversas sentencias del Tribunal Constitucional, el autor intenta presentar una perspectiva basada en el cambio de visión de un Estado Social y Constitucional de Derecho que exige una presencia fundamental de los jueces en la deliberación de los casos referentes a la prohibición de la negociación colectiva en el caso del empleo público, para con ello demostrar el ámbito de protección axiológica que debe asumir el derecho laboral frente a situaciones como el empleo público y la falta de presupuesto para lograr una igualdad entre los empleos públicos y privados, evitando así, una discriminación manifiesta.

## Palabras clave:

Modelo de Estado – Estado Social y Constitucional de Derecho – Neoconstitucionalismo – Ponderación de Principios – Tribunal Constitucional – Magistrados – Libertas Sindical – Negociación Colectiva – Empleo Público – Ley del Servicio Civil

## Abstract:

From a jurisprudential analysis of several judgments of the Constitutional Court, the author tries to show a new perspective based on a dynamic vision of a Social State and Constitutional Law, which ones require a fundamental presence of judges in the deliberation of court cases related to the prohibition on collective bargaining in the case of public employment, in order to show the scope of axiological protection that labor law should take in situations such as public employment and lack of funds in order to achieve equality between public and private employment, thus avoiding overt discrimination.

## Keywords:

Model of State – Social State and Constitutional Law – Neoconstitucionalism – Balancing Principles – Constitutional Court – Judges – Collective Bargaining – Public Employment – Civil Service Act

## Sumario:

1. Introducción – 2. La prohibición de negociar beneficios económicos en el sector público: una antigua práctica legislativa con nuevos argumentos para legitimarla – 3. La negociación colectiva y los servidores públicos: ¿cuál es el trato diferenciado legítimo en esta materia? – 4. Más allá de una simple discusión sobre palabras: ¿la interpretación de los tres magistrados sobre los alcances del artículo 42º en concordancia con el artículo 28º de la Constitución es coherente con los principios y valores de “orden valores” que contiene la Constitución? – 5. Las consecuencias de la argumentación de los tres magistrados en la relación con un conjunto de valores (en especial con la justicia redistributiva y el bien común) – 6. Conclusiones.

\* El presente trabajo analiza el razonamiento de tres magistrados del Tribunal Constitucional en la resolución emitida en el expediente N° 00018-2013-AI (caso Ley del Servicio Civil).

\*\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, especialista en derecho laboral y seguridad social, con experiencia en derecho constitucional, administrativo, gestión y políticas públicas, diseño, desarrollo y evaluación de proyectos, capacitación de funcionarios públicos, Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Experiencia en dirección y asesoría a Alta Dirección de entidades públicas. Arbitro de del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud

## 1. Introducción

El Tribunal Constitucional ha señalado en innumerables sentencias que la Constitución declara que el Estado encarna el modelo “*democrático y social de derecho*”, a partir de una interpretación conjunta de sus artículos 3º y 43º.

Este modelo de Estado requiere, según el mismo tribunal, de dos requisitos básicos: i) la existencia de “condiciones materiales” para alcanzar sus presupuestos y ii) la identificación del Estado con los fines de su “contenido social”<sup>1</sup>; precisamente, los fines de su denominado “contenido social” no son más que el logro de la plena efectividad de todos los derechos fundamentales, incluidos por cierto los derechos económicos, sociales y culturales.

Para alcanzar ese fin, dentro del mismo modelo de Estado “democrático y social de derecho” se requiere de “(...) una decidida labor del Estado, por un lado orientada a “realizar acciones” que garanticen un efectivo disfrute de derechos tales como la libertad, seguridad, propiedad (por ejemplo, optimizando los servicios de seguridad, la función jurisdiccional o los registros de propiedad), salud, trabajo y educación (por ejemplo, mejorando los servicios de salud, creando más puestos de trabajo y eliminando el analfabetismo), entre otros; y por otro a “abstenerse” de afectar tales derechos (por ejemplo, no interferir irrazonable y desproporcionadamente en la libertad o propiedad, o no afectar o perjudicar los servicios educativos y de salud existentes).”

Pero el Tribunal Constitucional también ha dejado sentado que el modelo de Estado se define como uno “constitucional de derecho” a partir de una interpretación sistemática de lo dispuesto en los artículos 38º, 45º y 31º de la Constitución<sup>2</sup>. Con ello, el tribunal reafirma el tránsito de la disciplina jurídica de lo que algunos denominan paleo-

iuspositivismo del Estado legislativo de Derecho o Estado legal a un modelo neo-iuspositivista del Estado constitucional de Derecho o Estado constitucional, donde no sólo en la forma se busque la primacía constitucional por sobre la literalidad de las normas inferiores en jerarquía; sino que ello –yendo más allá de la simple declaración– se irradie en la práctica que del Derecho hagan los operadores jurídicos, sean estos jueces, funcionarios y/o servidores públicos y defensores en general.

Dicho modelo, nos referimos al modelo del “Estado constitucional y social de Derecho”, se inserta dentro del modelo de Estado delineado por una “presuntamente nueva cultura jurídica” –para utilizar la denominación empleada por Prieto Sanchís<sup>3</sup>– conocida como neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o “constitucionalismo a secas”, que ejerce una poderosa influencia, como señala el autor, en la configuración de un nuevo modelo o forma de organización jurídica-política, una nueva teoría del derecho que trata de explicar aquél y hasta una ideología que justifica y trata de defender aquella forma de organización jurídico-política.

Pues bien, de alguna manera el Tribunal Constitucional ha definido el derrotero que debe seguir nuestra cultura jurídica y con ello la “nueva” teoría del derecho.

La ponderación juega un papel central en esta nueva versión de la teoría del derecho y en la cultura jurídica; así, como método de argumentación ha sido víctima de muchas críticas debido principalmente al evidente uso de valoraciones (que abren campo a una amplia discrecionalidad), al incremento de la indeterminación del derecho por la utilización de principios y a la evaluación de las “circunstancias del caso” que por su indeterminación plantean la utilización de “jerarquías móviles” que varían

1 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N.º 4232-2004-AA/TC. Así, en dicha sentencia, el Tribunal Constitucional señala que dentro de los fines de contenido social que identifican a este modelo del Estado se encuentran, por ejemplo, el derecho a la salud, el derecho al trabajo y el derecho a la educación, por lo que para lograr la mayor efectividad de estos, tal como se ha mencionado en los párrafos precedentes, el Estado tiene tanto “obligaciones de hacer” (realizar acciones que tiendan al logro de un mayor disfrute del derecho) como “obligaciones de no hacer” (abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos), por lo que no resultan válidas las posiciones que sólo ven en los derechos civiles y políticos (libertad, seguridad y propiedad, entre otros) obligaciones estatales de no hacer, y en los derechos sociales (salud, trabajo, educación) sólo obligaciones estatales de hacer.

2 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N.º 5854-2005-PA/TC. “ 2. La Constitución como norma jurídica. 3. El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto. Es decir, significó superar la concepción de una pretendida soberanía parlamentaria, que consideraba a la ley como la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso -de la mano del principio político de soberanía popular- al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder devino entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo.”

3 PRIETO SANCHIS, Luis (2003). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En: Carbonell, Miguel. Neoconstitucionalismo. Editorial Trotta. Madrid. Pág. 123.

según la particularidad del caso haciendo que unos principios aparezcan derrotados, mientras que en otros casos que enfrentan los mismos principios, se produzca un resultado diferente; en fin, todas estas y otras tantas son las críticas que se formulan a este método argumentativo.

Sin embargo, en su defensa se afirma que aun cuando “exista un cierto peligro de particularismo no significa que la ponderación abra las puertas a juicios basados en la intuición, el pálpito o las corazonadas”, se trata de aplicar con seriedad las exigencias de la argumentación, requiere de “motivar y razonar” en función a las más importantes propiedades relevantes de un caso para llegar a la construcción de verdaderas reglas para resolver casos futuros dotando así de universalidad los resultados provenientes de la ponderación<sup>4</sup>.

En resumen, ni este método ni sus resultados deben estar privados de racionalidad (racionalidad práctica), manteniendo las decisiones que emanen de él “entre sí un considerable grado de coherencia” que se fundamenten en “criterios que pretenden ser universales” y que produzcan “consecuencias socialmente aceptables” sin contradecir ningún extremo constitucional<sup>5</sup>.

Pues bien, no cabe duda que el Tribunal Constitucional peruano ha hecho uso de este método de argumentación constitucional con un rol protagónico en el nuevo paradigma de la teoría del derecho y ello queda demostrado en innumerables sentencias en las que ha recurrido a él para resolver un conflicto entre principios.

Lamentablemente, en lo que atañe a casos vinculados al derecho del trabajo, como es el caso de la sentencia recaída en el expediente N° 00027-2006-PI; en la que se tratan de ponderar principios en pugna vinculados a los efectos de políticas de “fomento del empleo” en un determinado sector productivo, el alto tribunal no tomó en consideración todas las propiedades relevantes del caso para resolverlo adecuadamente “conforme a la Constitución”.

En dicho caso, brevemente, el tribunal estableció que el régimen laboral de promoción de la

actividad agraria<sup>6</sup> era constitucional a pesar de que se basaba en un trato diferenciado respecto del régimen laboral general reduciendo “costos laborales” y afectando derechos de los trabajadores para permitir la formalización del sector.

Desde nuestro punto de vista, las propiedades relevantes de un caso como el que resolvió el tribunal en dicha oportunidad exigía superar la concepción formal de la argumentación y comprometerse con su concepción material y pragmática: ir más allá de los esquemas formales (lógicos) de justificación transitando hacia una justificación material abarcando un complejo entramado de máximas de experiencia y leyes científicas no solo del derecho sino también de otras disciplinas como la economía del trabajo para obtener suficientes datos de la realidad que nos permitan comprender, en su real magnitud, los efectos que pueden generar este tipo de políticas, justificando y otorgando fundamentos amplios y consistentes para “avaluar la verdad, en sentido amplio, de las premisas”<sup>7</sup>.

A continuación plantearemos diversos problemas derivados del pronunciamiento de tres magistrados a propósito de la resolución emitida por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 00018-2013-AI<sup>8</sup> en relación a las razones esgrimidas por tres magistrados para determinar el carácter constitucional de la prohibición del contenido económico de la negociación colectiva en el sector público y la utilización de otro “mecanismo” que permita discutir beneficios económicos en el sector público.

Analizaremos si se trata de una justificación racional suficiente, si la misma cumple (en su faz externa) con los criterios de universalidad, consistencia y coherencia. Reconocemos que estos criterios pueden ser discutibles y presentar diversos problemas para el análisis de una decisión judicial pero creemos que mantienen, no exentos de dificultades, como parámetros de racionalidad práctica.

A continuación las razones esgrimidas por los tres magistrados serán sometidas a este test de racionalidad práctica.

4 ATIENZA, Manuel (2010). A Vueltas con la ponderación En: La Razón del Derecho. Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas, N° 1.

5 *Ibidem*.

6 El régimen laboral especial creado por Ley N° 27360 reducía un conjunto de derecho de los trabajadores del sector en relación con los trabajadores del régimen laboral general, así por ejemplo se les reducía la indemnización por despido, se les privaba de percibir una compensación por tiempo de servicios, se reducía el número de vacaciones al año y se establecía una tasa de aportación a la seguridad social en salud menor a la que abonaban las empresas de otros sectores económicos. Este “régimen laboral especial” fue creado para “formalizar las relaciones de trabajo en el sector agrario”, comprendiendo en su ámbito de aplicación no solo a empresa dedicadas a labores agrícolas sino también a empresas de la actividad agroindustrial. El Tribunal nunca analizó las tasas de informalidad laborales en la actividad (distinguiendo entre la informalidad laboral en la actividad agrícola y la agroindustria) ni justificó por qué el reducir los costos laborales era económicamente la única vía para lograra la formalización laboral, sin analizar evidencia empírica de carácter económico sobre el particular.

7 *Ídem*.

8 Caso Ley del Servicio Civil.

## 2. La prohibición de negociar beneficios económicos en el sector público: una antigua práctica legislativa con nuevos argumentos para legitimarla

Dentro del proceso de inconstitucionalidad se cuestionan diversos artículos de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, entre ellos y por ser relevante para el presente trabajo, los artículos 31.2, 40, 42, 44.b y la Tercera Disposición Complementaria y Final de la citada ley, verdaderas reglas que prohíben el contenido salarial de la negociación colectiva.

En tanto el presente trabajo analiza la constitucionalidad de la prohibición del contenido salarial de la negociación colectiva, nos centramos en lo dispuesto en el artículo 42°, el cual señala que la negociación colectiva en el ámbito del empleo público solo puede tener contenidos no económicos.

Esta restricción, vigente a partir del día siguiente de la publicación de la ley (conforme a lo dispuesto por la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria de la ley) no es nueva en el empleo público.

Anteriormente, la quincuagésima octava disposición transitoria de Ley del Presupuesto Público para el año fiscal 2013, prohibió el incremento de beneficios económicos, cualquiera sea la modalidad, derivados de la negociación colectiva y de procesos arbitrales (voluntarios, potestativos u obligatorios) que se deriven de aquella. Las limitaciones antes referidas se aplicaban a las empresas que se encuentran dentro de la Ley de la Actividad Empresarial del Estado sujetas a las directivas que imparte el FONAFE (fondo nacional de financiamiento de la actividad empresarial del estado, quien es holding de las empresas públicas).

De otro lado, la Ley de Presupuesto para el año fiscal 2014 en su artículo 6° se dispuso ratificar durante el año fiscal 2014 la prohibición del contenido salarial de la negociación colectiva en el sector público.

Siguiendo la misma orientación prohibitiva, al entrar en vigencia la Ley del Servicio Civil, el artículo 42° de la misma establece la prohibición del contenido económico (y por supuesto el salarial) de la negociación colectiva en el sector público.

El artículo 44.b de la ley no hace sino confirmar dicha prohibición al señalar que los componentes económicos de cualquier convenio colectivo son nulos de pleno derecho.

Los artículos 44 y 44.b, son reglas que tienen como propósito prohibir de manera fuerte el incremento de beneficios económicos, cualquiera sea la modalidad, derivados de la negociación colectiva y de procesos arbitrales (voluntarios, potestativos u obligatorios) que se deriven de aquella.

Dentro del proceso de inconstitucionalidad, el Congreso de la República (parte del proceso) a través de su procurador, señaló que el derecho a la negociación colectiva es uno de configuración legal, que el mismo carece de eficacia práctica, que el Convenio 151 de la OIT<sup>9</sup>, ratificado por el Perú, no establece la negociación colectiva como único mecanismo posible para lograr la mejora de condiciones de trabajo (entre ellas las remunerativas) a diferencia del Convenio 154 de la OIT<sup>10</sup> el cual sí regula expresamente la negociación colectiva como mecanismo para mejorar las condiciones de trabajo en el sector público y privado, el cual no ha sido ratificado por nuestro país.

Añade a su argumentación que la limitación efectuada por el legislador (al prohibir el contenido salarial o más ampliamente el contenido económico como denomina la ley) es conforme al principio de legalidad y equilibrio presupuestal ambos reconocidos por la Constitución, siendo además un modelo de relaciones colectivas de trabajo coherente con otras experiencias comparadas.

La intervención de la Defensoría del Pueblo en el proceso de inconstitucionalidad como *amicus curiae* (amigo de la corte) plantea una argumentación

9 Convenio OIT N° 151, sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, artículo 7: "Deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para *estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación* entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, *o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones.*" (el subrayado y las cursivas con nuestros)

10 Convenio N° 154 OIT, sobre la negociación colectiva: "**Artículo 1** 1. El presente Convenio se aplica a todas las ramas de actividad económica. 2. La legislación o la práctica nacionales podrán determinar hasta qué punto las garantías previstas en el presente Convenio son aplicables a las fuerzas armadas y a la policía. 3. En lo que se refiere a la administración pública, la legislación o la práctica nacionales podrán fijar modalidades particulares de aplicación de este Convenio. **Artículo 2.** A los efectos del presente Convenio, la expresión *negociación colectiva* comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: (a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o (b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o (c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez."

distinta. Refiere que se debe efectuar una interpretación sistemática de los artículos 28° y 42° de la Constitución<sup>11</sup>, de esta forma, se puede afirmar que los servidores públicos son titulares del derecho a la negociación colectiva con las particularidades del artículo 42° toda vez que aun cuando el artículo 42° no haga referencia expresa al derecho a la negociación colectiva, al reconocer el derecho a la sindicación –que es presupuesto para aquél–, el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva resulta ser implícito.

En un informe anterior (Informe de Adjuntía N° 002-2013-DP/AAC), a pedido de un conjunto de organizaciones sindicales del sector público en relación a la restricción al contenido salarial de la negociación impuesta por la Ley del Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2013, señaló que el artículo 43° de la Constitución al reconocer que el Perú es una república democrática y social impone un serie de directrices relacionadas al reconocimiento de los derechos fundamentales y la obligación del estado de crear condiciones para el goce efectivo de esos derechos.

Así mismo, continuando con su argumentación, la Defensoría del Pueblo destaca lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 02566-2012-PA/TC, en la que se reconoce que la negociación colectiva es un instrumento fundamental que busca lograr el bienestar y la justicia social en las relaciones de trabajo, que el contenido del derecho fundamental a la negociación colectiva comprende la facultad de negociar en la relación laboral y el especial deber del estado de fomentarla (artículo 28° de la Constitución) y en ese sentido, el estado debe realizar determinadas acciones para asegurar las posibilidades de desarrollo y efectividad de la negociación colectiva, y que si bien la legalidad presupuestaria y la asignación equitativa de los recursos (artículos 77° y 78° de la Constitución) funcionan como límites a la negociación colectiva de los servidores públicos, en la práctica tales restricciones no pueden operar de manera desproporcionada o irrazonable de ahí que no caben restricciones absolutas al contenido económico de la negociación colectiva.

Concluye su informe señalando que las restricciones contenidas en la ley del presupuesto

del 2013, prohibiendo el contenido económico de las negociaciones colectivas en el sector público, vulneran el derecho fundamental a la negociación colectiva pues establecen restricciones que no son excepcionales, no se limitan a lo estrictamente necesario y no se han establecido para un período irrazonable, debilita injustificadamente el ejercicio del derecho fundamental y no se condice con el mandato de fomento de la negociación colectiva previsto en la Constitución.

Los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT en relación a las restricciones a la negociación colectiva, en especial los del Comité de Libertad Sindical –CLS– de la OIT, señalan:

*“1007. En un caso en el que, en el marco de una política de estabilización se suspendieron disposiciones de convenios colectivos en materia de remuneraciones (sector público y privado), el Comité subrayó que los convenios colectivos en vigor deben aplicarse íntegramente (salvo acuerdo de las partes) y en lo que respecta a negociaciones futuras sólo son admisibles las injerencias del gobierno con arreglo al siguiente principio: “si en virtud de una política de estabilización un gobierno considerara que las tasas de salarios no pueden fijarse libremente por negociación colectiva, tal restricción debería aplicarse como medida de excepción, limitarse a lo necesario, no exceder de un período razonable e ir acompañada de garantías adecuadas para proteger el nivel de vida de los trabajadores”<sup>12</sup>.*

*“1008. La suspensión o la derogación –por vía de decreto, sin el acuerdo de las partes– de convenciones colectivas pactadas libremente por las mismas, viola el principio de negociación colectiva libre y voluntaria establecida en el artículo 4 del Convenio núm. 98. Si un gobierno desea que las cláusulas de una convención colectiva vigente se ajusten a la política económica del país, debe tratar de convencer a las partes de que tengan en cuenta voluntariamente tales consideraciones, sin imponerles la renegociación de los convenios colectivos vigentes”<sup>13</sup>.*

Conforme a los pronunciamientos del CLS, la intervención estatal, a través de normas estatales

11 Constitución, **“Artículo 28.- Derechos colectivos del trabajador.** Derecho de sindicación, negociación colectiva y derecho de huelga El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: 1. Garantiza la libertad sindical. 2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado. 3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones. **Artículo 42.- Derechos de sindicación y huelga de los Servicios Públicos.** Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos. No están comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.”

12 *Recopilación* de 1996, párrafo 883 y 318.º informe, caso núm. 1976, párrafo 613.

13 *Recopilación* de 1996, párrafo 876; 307.º informe, caso núm. 1899, párrafo 84 y 323.er informe, caso núm. 2089, párrafo 491.”

que intervienen el contenido de los convenios colectivos, está sujeta a determinados límites y requisitos, como son:

- La suspensión de cláusulas de contenido salarial, aún cuando tengan como sustento motivos presupuestarios, sólo puede aplicarse a los futuros convenios y no a los vigentes.
- Sería oportuno que las medidas que se dicten en el marco de una política presupuestaria tengan como marco el diálogo social con la intervención de las partes directamente involucradas.
- La intervención estatal en futuras negociaciones que tengan por objeto limitar el contenido salarial, deben estar sujetas en general a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad (similares a los límites de toda intervención estatal en el contenido de un derecho fundamental), recogiendo los siguientes criterios establecidos por el CLS.
- La restricción salarial debe ser una medida de excepción, limitarse a lo necesario sin exceder un período de tiempo razonable (temporal y proporcional).
- Las medidas de intervención deben ir acompañadas de medidas compensatorias.

Finalmente, debemos destacar lo señalado por el Estudio General relativo a las relaciones laborales y la negociación colectiva en la administración pública de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones que dio lugar al documento denominado *La negociación colectiva en el administración pública: un camino a seguir*, aprobado en la 102ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo. En dicho documento se señala:

*“324. La Comisión subraya que, de conformidad con el Convenio núm. 154, que abarca el conjunto de las condiciones de trabajo, los funcionarios de la administración pública deben poder negociar colectivamente las remuneraciones (la mera consulta a los sindicatos interesados — que sería admisible únicamente en el marco del Convenio núm. 151, ya que permite a los Estados Miembros elegir entre la negociación colectiva y otros medios de determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos — no basta — pasado un cierto tiempo después de la ratificación — para dar cumplimiento a las exigencias que establece el Convenio núm. 154 sobre el particular) 211. Sin embargo, las peculiaridades de la administración pública justifican, en la negociación colectiva, cierta flexibilidad en materia de remuneraciones, en particular a causa de la complejidad del*

*procedimiento presupuestario en el que los poderes del Estado deben tomar en consideración los condicionamientos económicos y conciliar multitud de intereses, entre ellos los de las organizaciones sindicales, a la luz y en consonancia con las condiciones económicas y sociales del período considerado.*

(...)

*334. La Comisión estima que son compatibles con los convenios tanto las disposiciones legislativas que habilitan al órgano competente en materias presupuestarias para fijar un “abanico” salarial que sirva de base a las negociaciones, como las que le permiten establecer una “asignación” presupuestaria global fija en cuyo marco las partes pueden negociar las cláusulas de índole pecuniaria o normativa. También son compatibles las disposiciones que confieren a las autoridades públicas que tengan atribuidas responsabilidades financieras el derecho a participar en las negociaciones colectivas junto al empleador directo, en la medida en que dejen un espacio significativo a la negociación colectiva. Es fundamental, empero, que los trabajadores y sus organizaciones puedan participar plenamente y de manera significativa en la determinación de este marco global de negociación, lo que implica, en particular, que dispongan de todas las informaciones financieras, presupuestarias o de otra naturaleza que les sirvan para evaluar la situación con pleno conocimiento de causa. Con todo, la Comisión subraya que este cometido de las autoridades financieras y presupuestarias debe ejercerse de buena fe, en el marco de un diálogo constructivo en que se tengan en cuenta los puntos de vista de las organizaciones sindicales.”*

Retomemos el caso concreto que nos ocupa. El Tribunal Constitucional, al momento de resolver los cuestionamientos sobre la constitucionalidad de la Ley del Servicio Civil, en el extremo de la prohibición del contenido económico de la negociación colectiva, no llegó a conformar la mayoría calificada exigida por su ley orgánica para dictar sentencia sobre el fondo del asunto (tres vocales votaron por la inconstitucionalidad de la restricción al contenido salarial y tres se pronunciaron por su constitucionalidad), hasta aquí, prevalecen los criterios anteriores (plasmados en sentencias que reconocían el derecho de los servidores públicos a la negociación colectiva) pero el criterio de tres magistrados y sobre todo los argumentos esgrimidos por los mismos en relación a la negociación colectiva de los servidores públicos, invitan a reflexionar sobre su argumentación, a partir de los criterios de corrección de racionalidad práctica ya señalados (específicamente los de universalidad, consistencia y coherencia).

Tres magistrados consideraron que la regla de prohibición del contenido económico de la negociación colectiva era conforme a la Constitución por los siguientes argumentos:

- A partir de una interpretación sistemática de los artículos 28° y 42° de la Constitución se ha reconocido que las organizaciones sindicales de los servidores públicos también son titulares del derecho a la negociación colectiva, sobre la base del artículo 28°, aunque con las particularidades y excepciones que establece el artículo 42<sup>o14</sup>.
  - El Perú no ha ratificado el Convenio OIT N° 154, por lo que el mismo queda excluido del bloque de constitucionalidad.
  - La negociación colectiva en la administración pública es un derecho de configuración legal.
  - La negociación colectiva de los servidores públicos puede ser limitada –ningún derecho fundamental es absoluto–, sin embargo, los límites impuestos por el legislador deben respetar su contenido esencial.
  - Las condiciones salariales, que forman parte del contenido material de negociación definido por el Convenio N° 151 de la OIT cuando hace referencia a las condiciones de empleo, no sólo pueden ser regulados por las partes a través de la negociación colectiva en tanto el citado convenio pone a disposición de los estados y sus trabajadores “otros mecanismos idóneos que permitan un verdadero diálogo al respecto”.
  - Si el Perú hubiera ratificado el Convenio OIT N° 154, el mecanismo idóneo para establecer las condiciones de empleo en la administración pública sería la negociación colectiva, pero este convenio no ha sido ratificado por el Perú.
  - La negociación colectiva en el sector público debe respetar el principio de equilibrio presupuestal (artículos 77° y 78° de la Constitución)<sup>15</sup>.
- Si bien la Defensoría del Pueblo señala que el conflicto entre el derecho a la negociación colectiva y el equilibrio presupuestal se resuelve con la fórmula: “se reconoce la negociación colectiva de los servidores públicos salvo que no se cuente con previsiones presupuestarias”, para tres magistrados dicha respuesta no es idónea a la luz de los convenios ratificados por el Perú que sirven de marco interpretativo de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución)<sup>16</sup>.
  - Sin embargo, no se puede excluir a los trabajadores del sector público de otros medios idóneos para que, de conformidad con lo dispuesto en el ya citado Convenio N° 151 de la OIT, puedan participar en mecanismos igualmente idóneos que permitan su participación en el establecimiento de beneficios económicos, de lo contrario, el derecho a la negociación colectiva podría convertirse en un “derecho en blanco” afectando la fuerza normativa de la Constitución.
  - Se debe habilitar un “mecanismo idóneo” para que los trabajadores puedan discutir sus legítimas reivindicaciones salariales a través de un mecanismo alternativo a la negociación colectiva que preserve el principio de equilibrio presupuestal (artículo 77 de la Constitución).
  - Por ello, tres magistrados exhortan al Poder Legislativo para que en el plazo de noventa días regulen un mecanismo alternativo a la negociación colectiva que permita un verdadero diálogo entre los trabajadores de la administración pública y esta sobre materias remunerativas y de no darse el mismo el tribunal proveerá los alcances específicos de ese mecanismo en un nuevo pronunciamiento.

La argumentación de los tres magistrados que votaron por la constitucionalidad de la prohibición del contenido económico de la negociación colectiva en el sector público puede resumirse así: a) aún cuando la Constitución no reconoce

14 Fundamento 52 de la STC 0008-2005-PI/TC, ratificado en fundamento 1 de la STC 0206-2005-PA/TC.

15 Constitución, artículos 77° y 78°: “Artículo 77.- Presupuesto Público. La administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso. La estructura del presupuesto del sector público contiene dos secciones: Gobierno Central e instancias descentralizadas. El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización. Corresponden a las respectivas circunscripciones, conforme a ley, recibir una participación adecuada del total de los ingresos y rentas obtenidos por el Estado en la explotación de los recursos naturales en cada zona en calidad de canon.

Artículo 78.- Proyectos de Ley de Presupuesto, Endeudamiento y Equilibrio Financiero. El Presidente de la República envía al Congreso el proyecto de Ley de Presupuesto dentro de un plazo que vence el 30 de agosto de cada año. En la misma fecha, envía también los proyectos de ley de endeudamiento y de equilibrio financiero. El proyecto presupuestal debe estar efectivamente equilibrado. Los préstamos procedentes del Banco Central de Reserva o del Banco de la Nación no se contabilizan como ingreso fiscal. No pueden cubrirse con empréstitos los gastos de carácter permanente. No puede aprobarse el presupuesto sin partida destinada al servicio de la deuda pública.”

16 Constitución, Cuarta Disposición Final y Transitoria: “Cuarta.- Interpretación de los derechos fundamentales. 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.”

expresamente el derecho a la negociación colectiva de los trabajadores del sector público, pues sólo reconoce el derecho de sindicación (formar sindicatos, afiliarse a ellos o desafiliarse) y el derecho a la huelga con los límites que señale la ley, los trabajadores del sector público gozan de este derecho a partir de una interpretación sistemática de los artículos 28° y 42° de la Constitución, b) la negociación colectiva en el sector público tiene como límites principales el principio de legalidad presupuestal y el de equilibrio (arts. 77° y 78° de la Constitución) c) el Convenio N° 151 OIT ratificado por el Perú no menciona a la negociación colectiva como único mecanismo para que las partes de una relación de trabajo determinen las condiciones de empleo (entre ellas las de contenido económico y dentro de ellas las salariales) por ello, y para no dejar sin contenido el derecho de los trabajadores a participar en la determinación de sus condiciones de trabajo, se debe garantizar un mecanismo idóneo, alternativo a la negociación colectiva, que preserve el principio de equilibrio presupuestal.

### 3. La negociación colectiva y los servidores públicos: ¿cuál es el trato diferenciado legítimo en esta materia?

La libertad sindical es un derecho fundamental y se encuentra reconocido en los instrumentos internacionales ratificados por el Perú. Por su naturaleza, la libertad sindical tiene un contenido estático que se encuentra referido a la posibilidad de constituir organizaciones sindicales y de afiliarse o desafiliarse de éstas (libertad sindical positiva y negativa); también presenta un contenido dinámico el cual se ve lesionado al impedir que las organizaciones sindicales negocien colectivamente.

En lo que se refiere a la Organización Internacional del Trabajo –OIT–, los dos convenios que fundamentalmente se ocupan de la negociación colectiva son los Convenios N° 87 y 98 OIT, ambos ratificados por el Perú y que forman parte de los cinco Convenios fundamentales y de especial seguimiento de parte de esta organización. En cuanto a las relaciones de trabajo en la administración pública y la negociación colectiva encontramos al Convenio N° 151 y el N° 154, este último no ha sido ratificado por el Perú.

Por otro lado, la negociación colectiva como contenido esencial de la libertad sindical ha sido reconocida expresamente por los órganos de aplicación y control de la OIT; en tal sentido, el Comité de Libertad Sindical –CLS– ha señalado que “(...) el derecho de la libre negociación colectiva para todos los trabajadores que no gozan de las garantías que establece un estatuto de funcionarios públicos constituye un derecho sindical fundamental. (...) el derecho a negociar libremente con los empleadores

*las condiciones de trabajo constituye un elemento esencial de la libertad sindical. (...).”*

El derecho a la negociación colectiva (como uno de los componentes de la libertad sindical) se encuentra reconocido en el artículo 28°, inciso 2) de la Constitución, conjuntamente con la sindicación y la huelga. La referida norma señala: “El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: (...) 2. *Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. (...).”*

La fórmula constitucional al referirse a la negociación colectiva, luego de un reconocimiento expreso de este derecho, impone al Estado un deber de fomento y promoción de ésta reconocidos por el propio Tribunal Constitucional junto a otras formas de solución de conflictos. El contenido de este deber de fomento y promoción a cargo del Estado tiene un componente negativo y otro positivo.

En virtud de la dimensión negativa, el Estado debe abstenerse de realizar cualquier actividad, normativa o administrativa, que signifique un impedimento para que las organizaciones de empleadores y trabajadores puedan negociar libremente, celebrar un convenio colectivo que es su resultado y que este convenio colectivo sea ejecutado conforme la libre voluntad de ambas partes. En otras palabras, constituye una verdadera obligación por parte del estado de respetar la facultad normativa de los sujetos sociales; de manera tal que ésta sea efectivamente autónoma y libre de imposiciones de terceros y en especial del propio Estado.

De otro lado, la dimensión positiva de este deber a cargo del Estado, demanda una actitud proactiva de éste para garantizar el desarrollo y efectividad de esta facultad autonormativa despejando cualquier obstáculo que impida o limite el ejercicio de este derecho.

En la misma línea de lo expresado, el reconocimiento de la libertad sindical en los instrumentos internacionales de derechos humanos, significa un límite al ejercicio del poder de cualquier Estado miembro, de tal manera que éstos deben abstenerse de emitir normas o actos administrativos que afecten irrazonable o desproporcionadamente el contenido de este derecho.

La Constitución contiene dos principios fundamentales que informan las relaciones de trabajo en general: el principio – derecho de igualdad (así lo ha denominado equivocadamente el Tribunal Constitucional recogido en el artículo

2 numeral 2<sup>17</sup> de la Constitución, propiamente un principio en sentido estricto y no un “principio-derecho”)<sup>18</sup> y el mandato contenido en el artículo 23° de la Constitución<sup>19</sup> según el cual ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Propiamente, lo que prohíbe la Constitución es la limitación ilegítima (desproporcionado o irrazonable) de los derechos constitucionales de todo trabajador, entre ellos los trabajadores del sector público.

Pues bien, la prohibición del contenido económico de la negociación colectiva (entendida como principio en sentido estricto) en el sector público para resguardar el equilibrio presupuestal (propiamente una directriz) parece reafirmar un modelo estatutario (teoría estatutaria) de las relaciones de trabajo en el sector público.

A través de esta teoría o más bien concepción de las relaciones de trabajo en la administración pública, se contempla al funcionario público como inserto en una relación de “sujeción especial”, cuya relación de trabajo se encuentra regulada por las leyes y los reglamentos (normas generales) y no por contratos individuales o convenios colectivos, se concibe al estado-empleador como el único legitimado en la relación de trabajo para otorgar incrementos salariales y determinar condiciones de trabajo en general, reforzando el principio de legalidad presupuestal o presupuestaria; se excluye de esta forma la visión o concepción del empleo público como una relación contractual (modelo o teoría contractualista de las relaciones de trabajo en el sector público).

Lo mismo se puede decir, de la no inclusión expresa de la negociación colectiva como componente necesario de la libertad sindical, al momento de regular los derechos colectivos de los trabajadores del sector público a partir de una visión “estatutaria”, así, para algunos la Constitución reafirmaría, en lo que a los derechos colectivos de los trabajadores se refiere, una postura estatutaria de las relaciones de trabajo en el sector público

cuando no reconoce expresamente el derecho a la negociación colectiva en este ámbito (nos referimos al ya citado artículo 42°)<sup>20</sup>.

La teoría estatutaria separa la relación funcional de las relaciones de trabajo por cuenta ajena, provocando una distinción entre funcionario – trabajador, lo que traduce una suerte de separación estado – sociedad como ámbitos rígidos, separados y excluyentes<sup>21</sup>.

Esta “dualidad” funcionario – trabajador ha sido superada en las regulaciones vigentes sobre el empleo público con lo cual la regulación actual en muchos estados ha incorporado los derechos de los trabajadores en general, concibiendo a la relación funcional como una relación de trabajo inserta en un modelo constitucional en el cual los trabajadores al servicio del estado gozan de casi los mismos derechos que los trabajadores del ámbito privado aunque admitiendo matices o tratos diferenciados cuando ellos sean razonables y proporcionales a los fines que resguarda el empleo público ( por citar un ejemplo cuando se debe preservar el interés general).

La postura claramente estatutaria de la Ley de Servicio Civil, en materia de negociación colectiva, va claramente a contracorriente de lo que ocurre en la regulación actual de las relaciones de trabajo en el empleo público, como anota Sánchez Morón (2004) “(...) la misma teoría de la relación especial de sujeción ha perdido hoy en día gran parte de su fuerza de convicción y de su aceptación en la doctrina jurídica, frente a la generalización de los derechos fundamentales del funcionario como ciudadano y trabajador. Las peculiaridades que subsisten para el ejercicio de algunos derechos por parte de colectivos de funcionarios (y otros empleados públicos) y que la Constitución reconoce o ampara (derechos de sindicación y huelga, derecho de sufragio pasivo, límites de la libertad de expresión...) se conciben hoy como excepciones justificadas por razones funcionales u objetivas y no como definidoras de un status específico”.

17 La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha puesto de relieve la necesidad de efectuar un “(...) adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico constitucionales, a saber, diferenciación y discriminación. (...) la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. (...), cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable.” al respecto ver la sentencia recaída en el Expediente N° 0048-2004-AI. Fundamento 62

18 Constitución, artículo 2° numeral 2): “Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho a: (...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.”

19 Constitución: “Artículo 23.- El Estado y el Trabajo. El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.”

20 Constitución: “Artículo 42.- Derechos de sindicación y huelga de los Servicios Públicos Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos. No están comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.”

21 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Derecho de la función pública. Madrid: Tecnos, 2004.

Así, por ejemplo, en materia de derechos colectivos, se reconoce que los principios de legalidad presupuestal o en sentido genérico los presupuestos públicos imponen límites a la negociación colectiva en el ámbito público, lo que no impide la negociación previa de los presupuestos de las entidades públicas entre funcionarios y trabajadores con los representantes de la entidad, es decir, se armoniza de esta manera el goce de derechos fundamentales con las particularidades que impone el servicio al estado<sup>22</sup>.

Lo curioso es que en otros casos de concurrencia conflictiva de principios, el Tribunal ha optado por una modulación adaptativa del ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito del empleo público, basta recordar los casos del ejercicio de la libertad de expresión de los funcionarios públicos, del uso del correo electrónico para fines sindicales, o el derecho a la estabilidad en el trabajo en el sector público, entre otros. En todos estos casos el tribunal desarrolló una ponderación de los principios en conflicto, adaptándolos a las particularidades del empleo público pero sin desconocer su vigencia, así por ejemplo en los casos de contratación de trabajadores en fraude de ley encubriendo relaciones de trabajo a partir de normas de cobertura que permiten la contratación de personal en régimen de autonomía, el tribunal ha reconocido la existencia de una relación de trabajo subordinada y otorgado la estabilidad en el empleo aunque sin incorporar al servidor público en la carrera administrativa.

Al parecer, el criterio de universalidad en el ejercicio de la racionalidad práctica del Tribunal Constitucional se rompe en este caso en relación a otros precedentes similares, de este modo, en su dimensión material, la argumentación que sobre el caso efectúa el tribunal para legitimar el trato diferenciado en materia de contenido económico de la negociación colectiva en el sector público aparece como no suficientemente justificada, es decir, con pocas buenas razones o con insuficiente motivación.

Si el ejercicio de otros derechos fundamentales en las relaciones de trabajo del sector público encuentra una posibilidad de adaptación a las especiales características de esta relación de trabajo no se hacen explícitas cuáles son las mejores razones para que en el caso de la negociación colectiva esta no pueda ser modulada, adaptada

razonable y proporcionalmente y así coexistir con el respeto a la legalidad y equilibrio del presupuesto público; no se argumenta por qué esto sí puede ocurrir en el caso de otro mecanismo idóneo que el tribunal no define ni delimita en sus características esenciales lo suficiente como para presentarlo como razonable y proporcionado, es decir, apto para coexistir en concordancia práctica con las directrices ya indicadas en materia presupuestal.

#### **4. Más allá de una simple discusión sobre palabras: ¿la interpretación de los tres magistrados sobre los alcances del artículo 42° en concordancia con el artículo 28° de la Constitución es coherente con los principios y valores del “orden de valores” que contiene la Constitución?**

La argumentación de los tres magistrados del tribunal parece ir en el sentido siguiente: no puede haber negociación colectiva en el sector público para determinar condiciones económicas pero sí un mecanismo idóneo alternativo –que garantice un verdadero diálogo dicen los magistrados– para los trabajadores que les permita participar en la determinación de las condiciones de empleo con contenido económico.

Si el mecanismo alternativo que permita un “verdadero diálogo” como señalan los tres magistrados es garantía del contenido de la negociación colectiva (definido en el fundamento N° 61 y recogido en la línea jurisprudencial tribunal)<sup>23</sup> pues se trataría tan solo de un parallogismo: una discusión de palabras<sup>24</sup>.

Sin embargo, si ese mecanismo alternativo no definido que garantiza un “verdadero diálogo” se aleja de ciertas garantías básicas que contiene la negociación colectiva y por ejemplo permite que las partes “dialoguen” con asimetrías de información, sin respetar ambas la buena fe en la negociación, sin posibilidades de que las propuestas sean analizadas y debatidas, sin que se puede tener acceso a un mecanismo alternativo de solución del conflicto de intereses (mediación, conciliación o arbitraje como ocurre en las relaciones colectivas de trabajo del sector privado), pues estaríamos ante algo muy distinto que una simple discusión de palabras y entraríamos al campo de una afectación del

22 Ibídem.

23 - Negociación libre y voluntaria (artículo 4 del Convenio 98 de la OIT), referida a aquella libertad para negociar y convenir en la negociación.

- Libertad para decidir el nivel de negociación (artículo 4 del mismo convenio).

- Buena fe (artículos 2.1 y 3.1 de la Recomendación 91 de la OIT), que debe orientar la conducta de las partes negociantes a fin de que los acuerdos adoptados sean de cumplimiento obligatorio e inmediato.

- Respeto del equilibrio presupuestal cuando la negociación se desarrolla en la administración pública (artículos 77° y 78° de la Constitución).

24 VAZ FERREIRA, Carlos. La Lógica viva (adaptación práctica y didáctica) (1916). Talleres Gráficos A. Barreiro y Ramos. Montevideo.

derecho fundamental a la negociación colectiva y una afectación del principio de igualdad. La solución, en término de racionalidad práctica, pudo ser más sencilla y menos riesgosa para la vigencia del derecho fundamental a la negociación colectiva.

No se trata a nuestro entender de una discusión de palabras: las posturas contrapuestas, en términos de teoría estatutaria vs. teoría contractualista, nos acercan más a uno de los paralogismos descritos por Vaz Ferreira en su libro *Lógica Viva* (adaptación práctica y didáctica): el pensamiento por “sistemas” en contraposición al pensamiento por “ideas para tomar en cuenta”.

Es claro y, no parece ser discutido por las partes en el proceso, que la negociación colectiva en el sector público encuentra un claro límite como son los siempre limitados recursos financieros del estado, el presupuesto público no sólo financia las remuneraciones de los servidores públicos sino que también sirva para satisfacer otros bienes constitucionales, otros derechos fundamentales como el de acceso a la salud o la educación, que se instrumentan a través de servicios públicos financiados por el presupuesto público.

Es pues esta nota característica del contenido económico de la negociación colectiva en el sector público y de sus evidentes límites objetivos una “observación exacta” o “reflexión justa”, el problema es cómo es utilizada en la racionalidad práctica de los tres magistrados: hay pues, según Vaz Ferreira<sup>25</sup> “(...) dos modos de hacer uso de una observación exacta o de una reflexión justa: el primero es sacar de ella, consciente o inconscientemente, un sistema destinado a aplicarse en todos los casos; el segundo, reservarla, anotarla, consciente o inconscientemente también, como algo que hay que tener en cuenta cuando se reflexione en cada caso sobre los problemas reales y concretos”.

Si nuestro punto de partida es el de aceptar que los servidores públicos gozan del derecho a la negociación colectiva (lo contrario, esto es, excluirlos de sus alcances sería afectar el principio de igualdad pues estos trabajadores terminarían siendo discriminados por encontrarse en una relación de trabajo del empleo público) y de aceptar también que son trabajadores y ciudadanos que prestan sus servicios para el estado pero en el marco de un Estado Constitucional y Social de Derecho, que por ello no deben sufrir limitaciones de sus derechos constitucionales más allá de aquellas que vengan exigidas por las necesidades funcionales de su relación con la administración pública, así, desde este punto de partida la

racionalidad práctica nos conduciría a adaptar el ejercicio de ciertos derechos a las condiciones particulares del empleo público (introducir tratos diferenciados razonables), alejándonos de los rígidos modelos teóricos que generan soluciones prácticas de contradicción insalvable con el orden de valores que la Constitución garantiza en su plenitud, y haciendo coincidir lo más posible la dimensión autoritativa del derecho con la ineludible dimensión valorativa.

Siguiendo a Atienza<sup>26</sup> “la idea de coherencia está ligada a la de consistencia lógica, pero difiere de esta última porque la coherencia se refiere a la compatibilidad (de una decisión, de una norma, o de la narración de unos hechos) en relación con los valores, principios y teorías.(...) Así, frente a un problema interpretativo, la razón para interpretar la norma N en el sentido N’ y no en el sentido N’’ es que N’ es la que resulta más acorde con los principios y valores del sistema; si se quiere con los principios y valores interpretados de una cierta manera: de la forma que los hace más coherentes con una cierta filosofía moral y política”.

Acá es importante recoger algunos ejemplos de modulación del ejercicio de la negociación colectiva en otros modelos de empleo público, así conviene seguir a Sánchez Morón<sup>27</sup> en la siguiente reflexión: “(...) es también claro que la negociación colectiva no puede tener el mismo alcance en el marco del empleo público –y, más específicamente, en el de la función pública– que en el del sector privado. Ante todo, en virtud del principio de legalidad presupuestaria, conforme al que corresponde al Parlamento aprobar la totalidad de los gastos del sector público, incluidos naturalmente los gastos de personal, (...) Quiere ello decir que la Administración no es libre para negociar modificaciones de las condiciones de empleo que tengan directa o indirectamente efectos presupuestarios, sino que está limitada a priori y a posteriori por lo que órgano representativo de la voluntad popular pueda decidir. En este sentido, lo más que la Administración puede convenir es el contenido de sus propias iniciativas legislativas y presupuestarias”.

Este ejemplo de razonamiento práctico nos proporciona diversas “ideas para tomar en cuenta” que permiten armonizar el ejercicio de la negociación colectiva con el de equilibrio presupuestal: que el Poder Ejecutivo a través del sector competente (economía y finanzas por ejemplo) emita un informe analizando el impacto presupuestario de las propuesta de incrementos de condiciones económicas, que se abra periódicamente un abanico de posibilidades

25 Ibidem. Pág. 81.

26 ATIENZA, Manuel (2013). Curso de argumentación jurídica. Editorial Trotta. Madrid. 2013. Página 556.

27 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Derecho de la función pública. Madrid: Tecnos, 2004. Pág. 247.

de incrementos salariales (bandas de incrementos salarial), la posibilidad de que la Administración ejerza un *ius variandi* cuando el interés general obligue por razones objetivas y razonables a modificar los incrementos acordados, entre otras modulaciones del derecho<sup>28</sup>.

Los magistrados reconocen el derecho pero no lo quiere denominar negociación colectiva para evitar el riesgo de socavar el principio de equilibrio presupuestal como si la negociación colectiva condujera irremediable e inexorablemente a desbordar el presupuesto público y afectar el equilibrio presupuestal, al parecer se trata un pensamiento por "sistemas" y no tanto por ideas a tomar en cuenta.

### 5. Las consecuencias de la argumentación de los tres magistrados en relación con un conjunto de valores (en especial con la justicia redistributiva y el bien común)

Como señala Villavicencio<sup>29</sup> no cabe duda que la negociación colectiva cumple con un papel esencial en "los procesos de producción y distribución de la riqueza, y también de asignación y ejercicio del poder"; precisamente a la luz de las estadísticas del mercado de trabajo esta finalidad esencial queda ampliamente demostrada en lo que atañe a sus efectos positivos en la distribución de la riqueza generada por quienes detentan un medio de producción.

Así, por ejemplo, es importante señalar que las actividades económicas que registran las más altas tasas de sindicación poseen los niveles remunerativos reales más elevados y absorben al grueso de convenios colectivos registrados, lo cual muestra el rol fundamental de los sindicatos y de la negociación colectiva en la obtención de mejoras en el nivel de ingresos de los trabajadores, y su evidente efecto distributivo de la riqueza incluso en los sectores más productivos<sup>30</sup>.

Con ello, un determinado modelo de relaciones de trabajo puede revelarse como multiplicador de la desigualdad en contradicción abierta con la definición de un Estado Social, dibujando una línea divisoria entre una clase trabajadora minoritaria con mejores posibilidades de incrementar su poder adquisitivo y una mejor capacidad

productiva y una especie de sub clase trabajadora con ingresos deprimidos y escasa productividad.

Lo mismo, en clave de igualdad y dignidad humana aunque con ciertos matices, puede afirmarse sobre los trabajadores del estado: sin dejar de lado la tensión entre mejoras salariales y mejoras en la calidad y cobertura de los servicios públicos resulta claro que esta clase trabajadora también requiere de mejores ingresos y de mantener un poder adquisitivo razonable.

Ello pone en relieve la importancia de la función genérica de intercambio de la negociación colectiva, definida como una "función económica central"; sin perjuicio de reconocer el importante papel que despliegan las otras funciones (la "gubernamental" o de gobierno y regulación del sistema de relaciones de trabajo y la "organizacional" con énfasis en la organización y desarrollo del trabajo en la empresa).

La genérica función de intercambio contiene como función específica a la función "equilibradora o compensadora" de las desigualdades inherentes a las relaciones individuales de trabajo. Por su naturaleza, se conecta directamente con la cláusula de Estado Social y con el principio de igualdad, en su faceta de igualdad sustancial<sup>31</sup> y expresa la naturaleza de un mecanismo de redistribución de la riqueza en una sociedad.

Estudios estadísticos muestran que la negociación colectiva en el Perú en los últimos años ha perdido esa función esencial, desapareciendo su carácter equilibrador y compensador de las desigualdades económicas, funciones que han quedado relegadas a un sector reducido de la población asalariada, excluyendo a la mayoría y afectando el rol esencial que la Constitución otorga al Estado en el fomento de la negociación colectiva y como promotor de condiciones para el progreso social y económico de los trabajadores, conforme a los artículos 28º y 23º<sup>32</sup>.

La función equilibradora o compensadora de desigualdades de la negociación colectiva se emparenta con lo que Ermida<sup>33</sup> ha calificado como el componente "macroético laboral" de las relaciones de trabajo.

28 Ibidem.

29 VILLAVICENCIO RIOS. Alfredo (2006). La redefinición de las funciones y los modelos de negociación colectiva en los albores del siglo XXI. En: Revista de Trabajo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la República Argentina. Año 2, número 3. Pág. 132.

30 CUADROS, Fernando y SÁNCHEZ, Christian (2008). "El rol estatal de fomento de la negociación colectiva". Ponencia presentada a la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. En: Libro del III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Octubre 2008. En ese sentido, se aprecia que en el período 2004 - 2007 las remuneraciones reales promedio de los trabajadores cubiertos por convenios colectivos se incrementaron, mientras que las de aquellos no sujetos a negociación colectiva se redujeron.

31 Ibidem.

32 Ibidem.

33 ERMIDA URIARTE. Oscar. Ética y Derecho del Trabajo (en línea). Fecha de consulta: 17 de setiembre del 2014. Disponible en: [https://www.upf.edu/iuslabor/\\_pdf/2006-1/ErmidaUriarteEtica.pdf](https://www.upf.edu/iuslabor/_pdf/2006-1/ErmidaUriarteEtica.pdf)

El autor distingue dos ámbitos de la aplicación de la ética (moral) en las relaciones de trabajo: uno "microético" y otro "macroético"; el segundo es definido de la siguiente manera: "(...) se refiere al sistema de relaciones laborales, o al Derecho del trabajo y de la seguridad social en su conjunto y no a alguno de sus institutos. Respecto del sistema de relaciones laborales, la Macroética se pregunta si la estructura y funcionamiento del mismo se ajusta a los valores éticos esperados (justicia) y a las bases éticas sobre las que se afirma (ajenidad, autonomía). A partir de la clásica definición del sistema de relaciones laborales, como el conjunto de relaciones que se dan entre los actores de la producción a efectos de distribuir ingresos y poder entre ellos, la Macroética laboral se pregunta si ese sistema distribuye equitativamente ingresos y poder entre los actores. Respecto del Derecho del trabajo y de la seguridad social, la Macroética se pregunta si ese segmento del ordenamiento jurídico cumple efectivamente su finalidad valorativa. El objetivo axiológico del Derecho del trabajo y de la seguridad social es claramente, la protección del débil en la relación de trabajo, la promoción de la igualdad, la búsqueda de la paz social y de la justicia social, la promoción de la autonomía colectiva, etc. Por consiguiente, desde el punto de vista de la Macroética, la cuestión es si el Derecho del trabajo y de la seguridad social cumple efectivamente estas finalidades en un momento histórico determinado".

Desde esta perspectiva, y a partir de las funciones que desarrolla la negociación colectiva, se aprecia su contribución en términos de justicia redistributiva de la riqueza y por ello, su aporte a la construcción del bien común. Las políticas de regulación de las relaciones de trabajo en sector público deberían prestar un cuidado especial y, de parte de los tribunales de justicia, los mismos deberían atender a esta faceta de la negociación colectiva tratando en lo posible de no diluir su efecto redistributivo de riqueza y compensador de desigualdades.

## 6. Conclusiones

La Ley del Servicio Civil prohíbe el incremento de beneficios económicos, cualquiera sea la modalidad, derivados de la negociación colectiva y de procesos arbitrales (voluntarios, potestativos u obligatorios). Este tipo de prohibición no es nuevo en el empeno público y tiene como antecedentes diversas leyes anuales de presupuesto.

La regulación de las relaciones de trabajo en el sector público deben superar la confrontación entre teoría estatutaria vs. teoría contractualista. Si se acepta que los servidores públicos gozan del derecho a la negociación colectiva (lo contrario sería afectar el principio de igualdad) y que los

servicios prestados en el estado no están fuera del marco del Estado Constitucional de Derecho, el ejercicio de la negociación colectiva no debería sufrir limitaciones más allá de aquellas que vengan exigidas por las necesidades funcionales de su relación con la administración pública.

La racionalidad práctica, en dirección de ajuste entre la dimensión autoritativa y la justificativa del derecho, nos conduciría a adaptar el ejercicio de ciertos derechos de los trabajadores del estado a las condiciones particulares del empleo público introduciendo tratos diferenciados razonables, alejándonos de los rígidos modelos teóricos que generan soluciones prácticas de contradicción insalvable con el orden de valores que la Constitución garantiza y haciendo coincidir lo más posible la dimensión autoritativa del derecho con la ineludible dimensión valorativa.

Un sistema de relaciones laborales no está alejado de un componente valorativo, su finalidad axiológica se expresa, entre otros rasgos, en la protección de la parte débil en la relación de trabajo, la promoción de la igualdad, la búsqueda de la paz social y de la justicia social, la promoción de la autonomía colectiva, entre otros. La distribución de ingresos y de poder son también componentes valorativos de los sistemas que regulan las relaciones de trabajo en general. Afectar desproporcionadamente la negociación colectiva como componente de la libertad sindical es afectar el componente democrático y axiológico de las relaciones de trabajo.

Los argumentos de los tres magistrados del Tribunal Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad en el que se cuestionó la regla de prohibición no se corresponden con una justificación racional suficiente al no cumplir con los criterios de universalidad, consistencia y coherencia; criterios que sirven como parámetros de evaluación de la racionalidad práctica.

La prohibición fuerte del contenido económico de la negociación colectiva en el sector público, por carecer de suficientes razones para justificar una intervención intensa en la negociación colectiva en el sector público aparece como un mero acto de poder, un ejemplo del desajuste entre la dimensión autoritativa del derecho y su dimensión justificativa o valorativa (axiológica).

La dimensión valorativa del derecho en general y del derecho del trabajo en particular debe ser tomada en consideración por los tribunales de justicia. Si la riqueza no encuentra canales de distribución a través del derecho, pues el valor justicia y distribución de la riqueza no encontrarán en el ámbito de las relaciones de trabajo una aplicación práctica que permita la eliminación de

las desigualdades en armonía con otros bienes y valores de nuestro orden de valores constitucional.

La ponderación juega un papel central en la nueva concepción del derecho que algunos denominan constitucionalismo, esta nueva concepción influye directamente en la teoría del derecho, un punto central que este trabajo pone de relieve y al que se adscribe es el necesario reconocimiento de la dimensión autoritativa del derecho (es un fenómeno social con un componente de autoridad que hay que respetar) y de la dimensión justificativa o valorativa (los valores últimos que dotan de sentido a las reglas). La interpretación constitucional también se ve influenciada por esta nueva concepción del derecho y más precisamente por la particular estructura normativa de la constitución: se trata de un texto en el que predomina un tipo de norma regulativa como son los principios.

Aún cuando la aplicación de la ponderación puede generar un potencial peligro de “decisionismo” o “particularismo” en las decisiones de los tribunales, si se trata de aplicar con seriedad las exigencias de la argumentación, y se hace un esfuerzo por “motivar y razonar” adecuadamente saturando las premisas de la argumentación en su dimensión material, se puede así llegar, como reconocen algunos autores, a la construcción de verdaderas reglas para resolver casos futuros dotando así de universalidad los resultados prácticos provenientes de la ponderación.

Los ejercicios ponderativos del Tribunal Constitucional han dejado mucho que desear al momento de resolver casos difíciles en materia de derechos laborales. Queda pendiente en este tema recuperar y valorar la dimensión axiológica que dota de sentido a las reglas del derecho del trabajo en general y del empleo público en particular y poder así arribar a soluciones prácticas que ajusten la dimensión autoritativa del derecho a su dimensión valorativa.

## 7. Bibliografía

ATIENZA, Manuel (2007). AGUILO, Josep. RUIZ MANERO, Juan. Fragmentos para una teoría de la Constitución. Iustel. Biblioteca Jurídica Básica. Madrid.

ATIENZA, Manuel (2010). A Vueltas con la ponderación En: La Razón del Derecho. Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas, N° 1.

ATIENZA, Manuel (2013). Curso de argumentación jurídica. Editorial Trotta. Madrid. 2013.

CUADROS, Fernando y SÁNCHEZ, Christian (2008). “El rol estatal de fomento de la negociación

colectiva”. Ponencia presentada a la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. En: Libro del III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Octubre 2008.

ERMIDA URIARTE, Oscar. Ética y Derecho del Trabajo (en línea). Fecha de consulta: 17 de setiembre del 2014. Disponible en: [https://www.upf.edu/iustlabor/\\_pdf/2006-1/ErmidaUriarteEtica.pdf](https://www.upf.edu/iustlabor/_pdf/2006-1/ErmidaUriarteEtica.pdf)

Estudio General relativo a las relaciones laborales y la negociación colectiva en la administración pública de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones que dio lugar al documento denominado *La negociación colectiva en el administración pública: un camino a seguir*, aprobado en la 102° reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (en línea). Fecha de consulta: 11 de setiembre del 2014. Disponible en: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_205520.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_205520.pdf)

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. GINEBRA. La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Cuarta edición (revisada).

PRIETO SANCHIS, Luis (2003). Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En: Carbonell, Miguel. Neoconstitucionalismo. Editorial Trotta. Madrid.

PRIETO SANCHIS, Luis (2010). El juicio de ponderación constitucional. En: El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo. Miguel Carbonell y Pedro Grández Castro (coordinadores) Lima.

Resolución emitida por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 00018-2013-AI (caso Ley del Servicio Civil). (en línea). **Fecha de consulta: 9 de setiembre de 2014. Disponible en:** <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/00018-2013-AI.pdf>

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Derecho de la función pública. Madrid: Tecnos, 2004. Pág. 247.

VAZ FERREIRA, Carlos. La Lógica viva (adaptación práctica y didáctica) (1916). Talleres Gráficos A. Barreiro y Ramos. Montevideo.

VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo (2006). La redefinición de las funciones y los modelos de negociación colectiva en los albores del siglo XXI. En: Revista de Trabajo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la República Argentina. Año 2, número 3. 