

LÍMITES AL CONTENIDO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA IMPUESTOS POR EL ESTADO A SUS TRABAJADORES *LIMITATIONS ON THE CONTENT OF COLLECTIVE BARGAINING IMPOSED BY THE STATE TO ITS WORKERS*

Javier Neves Mujica*

Miembro del Comité Consultivo de THĒMIS

Collective bargaining is one of the most important manifestations of the right to freedom of association, because it serves as the mean through which unions can, progressively, improve labor conditions. It is because of its importance that the content of this right cannot find itself limited in the possibility for employees to negotiate their own remuneration, which is what is happening with public employees in our country.

In this article, the author makes an analysis of the content of the right of collective bargaining and its limitations imposed by our regulation, from the perspective of various national and international bodies. Those limitations would be unconstitutional, for they are restraining part of the essential content of the right of collective bargaining, existing, moreover, more suitable measures to achieve the balance between this right and public budget needs.

KEY WORDS: *Collective bargaining; freedom of association; arbitral independence; limitation of rights; Public Labor Law.*

El derecho a la negociación colectiva es uno de las manifestaciones más importantes del derecho de libertad sindical, pues se trata del medio mediante el cual los sindicatos pueden lograr, de manera progresiva, mejores condiciones laborales. Es debido a esta importancia que el contenido de dicho derecho no debe verse limitado en cuanto a la posibilidad de los empleados de negociar su propia remuneración, lo cual sí sucede en el caso de los empleados públicos en nuestro país.

En el presente artículo, el autor realiza un análisis del contenido y los límites impuestos a la negociación colectiva en nuestro ordenamiento, desde la perspectiva de distintos órganos nacionales e internacionales. Dichas limitaciones serían inconstitucionales, dado que se está restringiendo parte del contenido esencial del derecho a la negociación colectiva, siendo posible encontrar medidas más idóneas para balancear el ejercicio de dicho derecho con las necesidades de presupuesto público.

PALABRAS CLAVE: *Negociación colectiva; libertad sindical; independencia arbitral; limitación de derechos; Derecho Laboral público.*

* Abogado. Magister en Derecho, con mención en Derecho Constitucional, por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de la Facultad de Derecho de la PUCP y de la Academia de la Magistratura. Ex Decano de la Facultad de Derecho de la PUCP. Miembro de la Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ex Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo. Miembro de la Orden de Trabajo en el grado de Gran Oficial. Fundador del Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo (DESCO).

I. LA LIBERTAD SINDICAL Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La libertad sindical comprende un conjunto de derechos que, por su titularidad, se clasifican en individuales y colectivos; y, por su contenido, en orgánicos y funcionales. Si combinamos ambos criterios, el más importante de los derechos de titularidad colectiva y contenido funcional es el de negociación colectiva. Su relevancia es tal que se dice que el sindicato es un instrumento para mejorar las condiciones económicas y laborales de sus representados, pero el medio del que se vale para ello es la negociación colectiva.

Un sindicato que no puede practicar la negociación colectiva, en la realidad, carece de objeto. Cuando los tratados sobre Derechos Humanos reconocen la libertad sindical, como ocurre generalizadamente, tanto a nivel de Naciones Unidas como de Estados americanos, ella abarca la negociación colectiva. Así sucede, en especial, con los convenios internacionales del trabajo (Convenio Internacional del Trabajo [en adelante, CIT] 87ⁱⁱ), en los que además tiene proclamación propia (Convenios OIT 98, 151 y 154ⁱⁱⁱ).

II. EL CONTENIDO NEGOCIAL

El derecho de negociación colectiva, a su vez, también engloba diversos aspectos: Cómo se ejerce la representación cuando existen varios sindicatos; quién y cómo se determina el nivel negocial; cuáles son los procedimientos de solución de conflictos; qué naturaleza tiene el convenio colectivo; cómo rige en el tiempo; cómo se le interpreta o impugna; entre otros. Uno de los principales es, sin duda, el contenido de la negociación colectiva, que será luego el del Convenio Colectivo, puesto que todo lo que se puede negociar debería poderse convenir.

El ordenamiento internacional y el nacional han tratado de definir de modo genérico el contenido negocial. Así, el CIT 98 y el CIT 151 se refieren a “las condiciones de empleo” (artículos 4 y 7, respectivamente), mientras el CIT

154, más preciso, alude a: “(i) Fijar las condiciones de trabajo y empleo; (ii) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores; (iii) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores; o, lograr todos estos fines a la vez”¹. Los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo [en adelante, OIT], que son la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, y el Comité de Libertad Sindical, han introducido aún mayores detalles, como veremos más adelante.

A nivel doctrinario y jurisprudencial, no parece haber controversia alguna respecto de que todos los trabajadores tiene derecho de negociación colectiva, así como que las remuneraciones forman parte del contenido esencial de ese derecho fundamental. Respecto a lo primero, el Tribunal Constitucional ha afirmado que “[...] es necesario desarrollar el marco constitucional del régimen del trabajo, toda vez que sus normas, con las particularidades y excepciones que ella misma prevé, se aplican tanto al régimen público cuanto al privado de trabajo”². Luego añade: “Consecuentemente, las organizaciones sindicales de los servidores públicos serán titulares del derecho a la negociación colectiva, con las excepciones que establece el mismo artículo 42”.

El artículo 28 de la Constitución, por tanto, recoge los tres derechos colectivos a favor de todos los trabajadores, mientras el artículo 42 sólo es importante por las exclusiones de ciertos altos funcionarios en materia de sindicación y huelga. Recordemos que el derecho de sindicación comprende la negociación colectiva y que los CIT 87, 88 y 91^{iv} son aplicables a los trabajadores públicos. Sobre lo segundo, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido: “Este Colegiado considera que la disposición presupuestaria [...] que prohíbe efectuar incrementos y reajustes en las remuneraciones [...] terminaría por desconocer el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva, ya que negaría de

¹ Artículo 2 del Convenio Internacional del Trabajo 154 sobre la negociación colectiva.

² Fundamento 17 de la sentencia recaída en el Expediente 008-2005-AI/TC.

ⁱⁱ CIT 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación.

ⁱⁱⁱ CIT 98 relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y negociación colectiva. CIT 151 sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración pública.

^{iv} CIT 88 sobre la organización del servicio del empleo. CIT 91 sobre las vacaciones pagadas de la gente del mar.

plano la posibilidad de mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los destinatarios”³.

III. LOS LÍMITES AL CONTENIDO NEGOCIAL EN EL ORDENAMIENTO NACIONAL

En el ámbito nacional debemos referirnos, primero, a la Constitución, y luego, a la legislación. En su artículo 28, la Constitución reconoce y garantiza la libertad sindical y sus dos vías principales de acción: La negociación colectiva y la huelga. En lo que respecta, específicamente, a la negociación colectiva, en el numeral 2 se manda al Estado que la fomente. Esto es, no basta con garantizarla sino que, además, debe promoverla. Este es el marco desde el cual tenemos que abordar el tema.

En cuanto a la legislación, tenemos que distinguir entre la actividad privada y el sector público.

A. Sector privado

En el primero, la Ley 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo [en adelante, LRCT] establece como materia negocial “las remuneraciones, las condiciones de trabajo y productividad, y demás, concernientes a las relaciones entre trabajadores y empleadores”⁴. Esta formulación amplia busca ser recortada por el artículo 28 de su Reglamento: “La Ley podrá establecer reglas o limitaciones por las consideraciones previstas por el Artículo 1355 del Código Civil, en concordancia con el artículo IX de su Título Preliminar”.

Resulta curioso, en lo formal, que un reglamento pretenda autorizar a una ley, pero más aún, en lo sustancial, que se cite el artículo 1355 del Código Civil, que consagra adecuadamente la primacía del interés público o social sobre el individual, cuando poco después quedaba descolocado por el artículo 62 de la Constitución, el cual prefiere el interés individual, al garantizar la intangibilidad del contrato.

Nos parece claro que si colisionara el convenio colectivo con la ley —cuando esta realiza exclusiones totales o parciales de máximos al contenido negocial—, esta debería prevalecer. Pero la verdadera cuestión está en si, al efectuar dichas exclusiones, la ley entra en conflicto con la Constitución y los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos

que consagran un amplio contenido negocial. Volveremos sobre este asunto.

Ha habido varias normas de este tipo en las últimas décadas, las cuales han sido condenadas por el Tribunal Constitucional —o su antecesor— y la Corte Suprema de Justicia. Las reglas de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo se aplicaban, hasta la entrada en vigencia de la Ley del Servicio Civil, a los trabajadores del Estado sujetos al régimen privado, aunque ya su artículo 1 preveía una excepción “en cuanto [...] no se opongan a normas específicas que limiten los beneficios en él previstos”. La intención de remitirse a la prohibición contenida en el Decreto Legislativo 276 —que veremos enseguida— quedaba al descubierto. Este es el único caso de aplicación del “principio” de norma menos favorable del que tenemos conocimiento.

Ahora vamos a analizar las limitaciones impuestas en el sector público.

B. Sector público

Nuestro ordenamiento ha transitado en este campo desde la absoluta prohibición hasta el reconocimiento restringido. Así, el artículo 49 del Decreto Ley 11377, Estatuto y Escalafón del Servicio Civil de 1950, impedía incluso la constitución de sindicatos y, más aun, la negociación colectiva. En 1984 el Decreto Legislativo 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público —aún vigente—, admite la existencia de sindicatos y el ejercicio de la negociación colectiva por ellos, pero segrega de la materia negocial a las remuneraciones.

El artículo 44 dispone que “las Entidades Públicas están prohibidas de negociar con sus servidores, directamente o a través de sus organizaciones sindicales, condiciones de trabajo o beneficios que impliquen incrementos remunerativos o que modifiquen el Sistema Único de Remuneraciones”. Recordemos que para entonces ya se había ratificado el CIT 151, el cual regula los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública.

Poco antes de la dación del Decreto Legislativo 276, se habían expedido los Decretos Supremos 003-82-PCM y 026-82-JUS. En ellos, se

³ Décimo considerando de la sentencia recaída en la Apelación 2491-2011.

⁴ Artículo 42 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

había establecido, al menos, un procedimiento de consulta para la fijación de las remuneraciones (artículos 22 y 13, respectivamente). Tras estas primeras normas ha habido, recientemente, dos canales para vetar la negociación colectiva sobre remuneraciones en el sector público: (i) Las Leyes de Presupuesto de 2013 y 2014 (con precedentes muchos años atrás); y, (ii) la Ley 30057, Ley del Servicio Civil.

La Ley de Presupuesto de 2013 contenía una severa restricción en dos preceptos. En el artículo 6 establecía: “Prohíbese el reajuste o incremento de remuneraciones, bonificaciones, dietas, asignaciones, retribuciones, estímulos, incentivos y beneficios de toda índole, cualquiera sea su forma, modalidad, periodicidad, mecanismo y fuente de financiamiento”.

Asimismo, establecía que “queda prohibida la aprobación de nuevas asignaciones, bonificaciones, incentivos, estímulos, retribuciones, dietas y beneficios de toda índole con las mismas características señaladas anteriormente. Los arbitrajes en materia laboral se sujetan a las limitaciones legales establecidas por la presente norma y disposiciones legales vigentes”. Luego, en la Quincuagésima Octava Disposición Complementaria y Final, reiteraba la interdicción: “[...] Los procedimientos de negociación o arbitraje laboral sólo podrán contener condiciones de trabajo”. Añadía que “[...] son nulos de pleno derecho los acuerdos, resoluciones o los laudos arbitrales que se adopten en violación de lo dispuesto por la presente disposición [...]”. Contemplaba una sanción para los árbitros infractores y le otorgaba vigencia inmediata y permanente a dicha disposición. La Ley de Presupuesto de 2014 repite los términos de su antecesora en preceptos con el mismo número.

La Ley del Servicio Civil efectúa su exclusión en los artículos 42 a 44. En ellos se limita el contenido negocial a la “mejora de sus compensaciones no económicas, incluyendo el cambio de condiciones de trabajo o condiciones de empleo”⁵, las mismas que son definidas en el inciso e) del artículo 43. Se sanciona con nulidad la propuesta o acuerdo sobre compensaciones económicas⁶. Estas disposiciones tienen aplicación inmediata –y no gradual, como en buena parte de la ley– según el inciso a) de

la Novena de las Disposiciones Complementarias y Finales, no sólo para los trabajadores del Estado sujetos al régimen público, sino también al privado. En resumen, los trabajadores del Estado, estuvieran regidos por la legislación de la actividad privada o la del sector público y, por supuesto, por el nuevo régimen del servicio civil, sufren una severa restricción al contenido esencial de su derecho fundamental a la negociación colectiva, al impedirseles tratar las remuneraciones.

IV. LA LÓGICA DE LAS RESTRICCIONES IMPUESTAS POR LAS LEYES DE PRESUPUESTO Y DEL SERVICIO CIVIL

De un lado, el Estado tiene el deber de manejar un presupuesto equilibrado. Conforme al artículo 77 de la Constitución: “El presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia, de necesidades sociales básicas y de descentralización”. Del otro, se busca promover la meritocracia en la Administración Pública: “La finalidad de la presente Ley es que las entidades públicas del Estado alcancen mayores niveles de eficacia y eficiencia”⁷. A partir de estos criterios –y desde la óptica del Estado– no puede permitirse la negociación colectiva sobre remuneraciones porque destruye un sistema salarial y premia a todos indistintamente.

No obstante, esta situación conlleva un trato desigual: (i) Entre los trabajadores con empleador privado y los que laboran para el Estado, porque los primeros pueden negociar colectivamente sus remuneraciones y los últimos no; (ii) al interior del propio Estado, entre los trabajadores sujetos al régimen general público y los sujetos a los regímenes especiales públicos –que sí negocian colectivamente sus remuneraciones, como es el caso de los trabajadores de la salud y del magisterio, por ejemplo–, ya que no se les aplica supletoriamente el Capítulo de los Derechos Colectivos conforme lo establece la primera de las Disposiciones Complementarias y Finales; y, (iii) acarrea una igualación hacia abajo, igualmente al interior del Estado, entre trabajadores sujetos al régimen privado y al público, por la cual ahora ya ninguno de ellos podrá negociar colectivamente sus remuneraciones.

⁵ Artículo 42 de la Ley del Servicio Civil.

⁶ Artículo 44 de la Ley del Servicio Civil.

⁷ Artículo II del Título Preliminar de la Ley del Servicio Civil.

¿Es incompatible la negociación colectiva sobre remuneraciones con los valores antes señalados? Pensamos que no. Bien podría admitirse aquella si se pudiera abordar los incrementos a las remuneraciones básicas –homogéneos para toda la Administración Pública– y dejar los reconocimientos por rendimientos diferentes a las compensaciones adicionales. Se requeriría, por cierto, de un delicado procedimiento: (i) El Poder Ejecutivo podría fijar previamente bandas salariales; (ii) las centrales sindicales deberían presentar su proyecto de convenio colectivo al Poder Ejecutivo y tratarlo con él; (iii) arribado a un acuerdo, este tendría que elevarlo al Congreso de la República en el proyecto de Ley de Presupuesto; y, (iv) este se comprometería a aprobarlo. Los plazos y etapas podrían ser los previstos en el artículo 44 de la Ley del Servicio Civil. La solución fácil, pero violatoria del derecho fundamental a la negociación colectiva, es prohibirle que recaiga sobre remuneraciones⁸.

V. ¿PUEDE EL ESTADO LIMITAR EL CONTENIDO NEGOCIAL?

Ya antes hemos admitido la primacía del interés público o social sobre el privado, individual o colectivo. Pero esa preferencia no puede ser absoluta, porque nos encontramos ante el reconocimiento constitucional e internacional de la autonomía privada como fuente del Derecho y de las obligaciones. El conflicto entre el interés público protegido por las Leyes de Presupuesto y del Servicio Civil, y el interés colectivo tutelado por el derecho fundamental a la negociación colectiva, ¿es de contradicción o de divergencia?

En el primero, la afirmación de un bien supone la negación del otro. Ocurre, por ejemplo, cuando debemos elegir entre la madre y el feto, porque la subsistencia de una impide la del otro. En el segundo, en cambio, ambos bienes deben ampararse, sacrificándose aspectos no esenciales de cada uno, en una operación llamada ponderación. Este sería el caso, por ejemplo, de la huelga en los servicios esenciales, en la que se satisfacen los intereses de los usuarios y de los trabajadores mediante la determinación de un servicio mínimo. En nuestro concepto, en el caso de la negociación colectiva sobre remuneraciones

de los trabajadores del Estado, estamos claramente ante un conflicto del segundo tipo.

Nos parece que las exclusiones a la autonomía colectiva dispuestas por ley pueden clasificarse en parciales –de mínimos o de máximos– y totales. La exclusión parcial permite un margen de desenvolvimiento a la autonomía colectiva, aunque orientado en una única dirección: La de mínimos admite convenios colectivos de mejora de los pisos establecidos legalmente (derecho necesario relativo), y la de máximos los admite siempre que no excedan de un techo impuesto legalmente (máximo de derecho necesario). La exclusión total veda la presencia de la autonomía colectiva en cualquier dirección (derecho necesario absoluto). Mientras la primera encuentra su fundamento en la desventaja material del trabajador frente al empleador y es un instrumento de compensación jurídica de aquella –y, por tanto, guarda estrecha coherencia con la lógica protectora del Derecho del Trabajo–, las últimas tutelan otros intereses públicos o sociales con los que la autonomía colectiva pudiera eventualmente entrar en conflicto. Tienen, pues, un carácter excepcional.

En la experiencia nacional y comparada, las exclusiones parciales de máximos y las totales se han producido en el marco de la ejecución de programas de estabilización dirigidos a frenar los efectos inflacionarios de una crisis económica. Aquí podrían entrar en colisión valores diversos, todos constitucionalmente consagrados: La calidad de vida de la población, de un lado, y la autonomía colectiva, del otro. No podría, por tanto, uno de ellos imponerse absolutamente sobre el otro.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical, en su importante jurisprudencia sobre esta cuestión, aceptan las restricciones, pero sujetas a severas condiciones. Los criterios centrales –tomados de la Recopilación de Decisiones y Principios de este último órgano– son los siguientes:

- a) No cabe la imposición por el Estado de restricciones a los convenios colectivos ya celebrados, los que deben ejecutarse conforme a sus términos,

⁸ Para mayor referencia, entre nosotros se ha ocupado de esta cuestión Edgardo Balbín. Ver: BALBÍN, Edgardo. "Unilateralismo y negociación colectiva en la Administración Pública". Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2005.

- salvo acuerdo de las partes en sentido diferente (Párrafos 1001, 1007 a 1011, 1033, 1034 y 1045);
- b) En lo que se refiere a las futuras negociaciones colectivas, medidas de esta naturaleza no deben resultar de la imposición por el Estado sino de la concertación entre las partes y aquel (Párrafo 999); y,
- c) Las medidas restrictivas deben ser excepcionales, limitadas a lo necesario, no exceder de un período razonable e ir acompañadas de garantías adecuadas para proteger el nivel de vida de los trabajadores (Párrafos 1007, 1024, 1029 y 1030).

Estas, por cierto, no son las características que han acompañado la intervención estatal sobre la autonomía colectiva en la práctica peruana. Por ello, han merecido la condena de los mencionados órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo.

VI. LA POSICIÓN DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

En lo específicamente referido a los límites fijados a la negociación colectiva por las leyes de presupuesto en el Perú, el Comité de Libertad Sindical ha señalado en el caso 2690 que: “Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria [en adelante, Sunat] se niega a someter la controversia a un proceso arbitral, invocando la imposibilidad de negociar cláusulas de carácter económico toda vez que las leyes presupuestales se lo prohíben”, y recuerda que dicho órgano “es consciente de que la negociación colectiva en el sector público exige la verificación de recursos disponibles en los distintos organismos o empresas públicas, de que tales recursos están condicionados por los presupuestos del Estado y de que el período de vigencia de los contratos colectivos en el sector público no siempre coincide con la vigencia de la Ley de Presupuestos del Estado, lo cual puede plantear dificultades”⁹.

Centrando bien el problema, sostiene que “debería encontrarse un compromiso equitativo y

razonable entre, por una parte, la necesidad de preservar hasta donde sea posible la autonomía de las partes en la negociación y, por otra, el deber que incumbe a los gobiernos de adoptar las medidas necesarias para superar sus dificultades presupuestarias”¹⁰. Concluye diciendo que “el Comité subraya que la imposibilidad de negociar aumentos salariales de manera permanente es contraria al principio de negociación libre y voluntaria consagrado en el CIT 98”.

En cuanto a la Ley del Servicio Civil, el gobierno solicitó la opinión de la Organización Internacional del Trabajo sobre el proyecto correspondiente, que la emitió a través del Departamento de Gobernanza y Tripartismo. Los comentarios de este sobre la negociación colectiva de los trabajadores públicos se efectuaron, básicamente, mediante los pronunciamientos de los órganos de control que estamos recogiendo en este artículo.

Del análisis de los Convenios Internacionales del Trabajo y de la jurisprudencia emitida por los órganos de control sobre ellos, nos surgen dos interrogantes: ¿Es necesaria la negociación colectiva sobre remuneraciones para cumplir el mandato del CIT 151, o basta la consulta a las organizaciones sindicales? ¿El concepto de condiciones de empleo comprende las remuneraciones?

Debemos recordar que el Perú ha ratificado el CIT 151 y no el CIT 154, aunque el Tribunal Constitucional ha sostenido que este integra el bloque de constitucionalidad: “Teniendo presente que los Convenios 98, 151 y 154 [de la Organización Internacional del Trabajo] desarrollan y complementan el derecho de negociación colectiva para que su ejercicio sea real y efectivo, este Tribunal considera que dichos convenios forman parte del bloque de constitucionalidad del artículo 28 de la Constitución, razón por la cual pueden ser entendidos como normas interpuestas al momento de evaluar los supuestos vicios de inconstitucionalidad de una ley sometida a control concreto o abstracto”¹¹.

Resulta, a nuestro juicio, discutible que un tratado de Derechos Humanos no ratificado por

⁹ Párrafo 944 de las leyes de presupuesto en el Perú.

¹⁰ Párrafo 945 de las leyes de presupuesto en el Perú.

¹¹ Fundamento 18 de la sentencia recaída en el Expediente 3561-2009-PA/TC. Argumento reiterado en el fundamento 8 de la sentencia recaída en el Expediente 2566-2012-PA/TC.

nuestro país pueda integrar dicho bloque. El Tribunal Constitucional español, ante un caso semejante, ha tenido un pensamiento distinto. Ha afirmado que “el artículo 4 del Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos [...], aunque no ha sido ratificado por España –pero sí firmado–, reconoce este derecho con un contenido similar”, por lo que “lo dispuesto en él constituye un adecuado marco de referencia en cuanto expresivo de un modelo jurídico-constitucional común en nuestro entorno”¹². Quizá nuestro Tribunal Constitucional ha asumido el mismo criterio, aunque no lo haya hecho explícito. Desde esta perspectiva vamos a absolver las interrogantes planteadas, puesto que se trata del reiterado parecer del supremo intérprete.

El Comité de Libertad Sindical absuelve la primera pregunta realizando dos diferenciaciones. La primera, “entre los funcionarios que ejercen actividades propias de la administración del Estado [...] y los funcionarios que actúan en calidad de auxiliares de los precedentes”. La segunda, entre aquellos y los empleados públicos¹³. Mientras los funcionarios públicos del primer tipo podrían ser excluidos del derecho de negociación colectiva (párrafo 887), para los funcionarios del segundo tipo y todos los empleados públicos cabe “la posibilidad de recurrir a otros métodos distintos a la negociación colectiva” porque esta es “una de las modalidades posibles” (añade la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones).

Todo ello desde la perspectiva del CIT 98 y del CIT 151. El artículo 7 del CIT 151 señala que deberán adoptarse “medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación [...] o de cualesquiera otros métodos”. No obstante, “debería darse prioridad a la negociación colectiva”¹⁴. El enfoque cambia si se toma en cuenta el CIT 154, porque “la mera consulta a los sindicatos interesados –que sería admisible únicamente en el marco del CIT 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 para dar cumplimiento a las exigencias que establece el CIT 154 sobre el particular”¹⁵. En los CIT 98 y 151, las condiciones de empleo abarcan las remuneraciones, porque, de lo contrario, el contenido negocial quedaría vaciado de su principal componente.

Sobre la segunda pregunta, notamos que se emplean dos conceptos diferentes en los CIT 98 y 151 –“condiciones de empleo”– y el CIT 154 –“condiciones de trabajo y empleo”. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha definido ambos conceptos, en el marco del CIT 151, y ha señalado que las condiciones de trabajo no se limitan a los temas tradicionales (jornada laboral, horas extraordinarias, períodos de descanso, salarios, etc.), sino que “cubre también otras cuestiones (por ejemplo, materias que normalmente pertenecen a la esfera de las condiciones de empleo, como los ascensos, los traslados o las supresiones de puestos sin aviso previo)”¹⁶.

Parece haber entre dichos términos una relación de género-especies: Condiciones de trabajo a condiciones de empleo. Las condiciones de trabajo abarcan las remuneraciones; las de empleo no. A la luz de esta terminología, la Ley del Servicio Civil entra en contradicción en su artículo 42, el cual autoriza a negociar colectivamente las condiciones no económicas, que incluyen las “condiciones de trabajo o las condiciones de empleo”. Es decir, permite y prohíbe, simultáneamente, la negociación colectiva sobre remuneraciones. Si el CIT 154 pertenece al bloque de constitucionalidad, y dado “que abarca el conjunto de las condiciones de trabajo, los funcionarios de la administración deben poder negociar colectivamente las remuneraciones”¹⁷. Con mayor razón, los funcionarios auxiliares y los empleados públicos.

VII. LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Se han interpuesto sendas acciones de inconstitucionalidad contra, de un lado, la Ley de Presupuesto de 2013 y, del otro, la Ley del

¹² Inciso d) del fundamento 3 de la sentencia 2/2003. También se dice en la sentencia 169/2004.

¹³ Párrafos 886 y 887 de la Recopilación de Decisiones y Principios de dicho órgano de control.

¹⁴ Párrafo 886 del Convenio Internacional de Trabajo.

¹⁵ Párrafo 324 del Convenio Internacional de Trabajo.

¹⁶ Estudio general relativo a las relaciones laborales y la negociación colectiva en la Administración Pública.

¹⁷ Párrafo 324 del Convenio Internacional de Trabajo.

Servicio Civil, en ambos casos por violación del derecho fundamental a la negociación colectiva, configurada al sustraerle de su contenido las remuneraciones. A la fecha de elaboración de este artículo no habían sido resueltas. Sin embargo, tenemos importantes antecedentes, en un sentido y en otro, que podrían ilustrarnos sobre la posición del Tribunal Constitucional. El primero es el proceso de amparo seguido por el Sindicato Nacional de Unidad de Trabajadores de la Sunat y esta entidad (expediente 2566-2012-PA/TC).

La sentencia no llegó a generar un precedente vinculante, porque ese propósito sólo lo suscribieron tres magistrados. Sostuvo el Tribunal Constitucional que “en la tensión entre el derecho a la negociación colectiva en el sector público y el principio de legalidad presupuestaria [...] corresponde asumir una decisión ponderada”¹⁸, tras lo cual afirmó, sorprendentemente, que “la mencionada previsión normativa traduce, en el ámbito legal, el principio de equilibrio presupuestario [...] en su condición de límite legítimo a la negociación colectiva (y al arbitraje potestativo)”, por lo que “resulta plenamente constitucional”¹⁹. Es decir, se enfoca acertadamente el problema: Un conflicto por divergencia, que debía ser resuelto con un balance entre los bienes. Empero, se le brinda una solución equivocada, como si se tratara de un conflicto por contradicción, en el que un bien debe ceder enteramente ante el otro.

El segundo antecedente se produjo en un proceso por inconstitucionalidad en el que el Tribunal Constitucional afirmó que, “conforme al criterio uniforme de este Colegiado, ningún derecho fundamental tiene la condición de absoluto, pues podría restringirse: (i) Cuando no se afecte su contenido esencial, esto es, en la medida en que la limitación no haga perder al derecho toda su funcionalidad en el esquema de valores constitucionales; y, (ii) cuando la limitación del elemento “no esencial” del derecho fundamental tenga por propósito la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, sea idónea y necesaria para conseguir tal objetivo (principio de proporcionalidad)”²⁰. No parece ofrecer mayor

complejidad el determinar que las remuneraciones forman parte del contenido esencial de la negociación colectiva.

En los procesos por inconstitucionalidad en curso, el Tribunal Constitucional debería aplicar el test de razonabilidad (o proporcionalidad), que comprende el análisis de idoneidad, necesidad y proporcionalidad²¹. Según la idoneidad “toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo”. En cuanto a la necesidad, “para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado”. Finalmente, conforme a la proporcionalidad, “para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de esta debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación al derecho fundamental”.

Recordemos que la medida consiste en impedir que la negociación colectiva de los trabajadores públicos abarque las remuneraciones, así como limitar la independencia arbitral, y que tiene como objetivo salvaguardar el equilibrio presupuestario y garantizar la meritocracia. ¿Es idónea? Sí: El objetivo es constitucionalmente legítimo. ¿Es necesaria? No: Hay otras opciones menos onerosas para el derecho fundamental afectado, como la mencionada antes. ¿Es proporcional? No: El derecho fundamental queda desnaturalizado al privarlo de un aspecto central de su contenido esencial, así como la independencia arbitral se ve severamente restringida. Por tanto, las limitaciones resultan inconstitucionales.

VIII. LA POSICIÓN DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

La Defensoría del Pueblo se ha pronunciado sobre las limitaciones al contenido negocial impuestas por las Leyes de Presupuesto de 2013 y del Servicio Civil, mediante los Informes de Adjuntía 002-2013-DP/AAC y 001-2014-DP/AAE, respectivamente.

¹⁸ Fundamento 25 del Expediente 2566-2012-PA/TC.

¹⁹ Fundamento 27 del Expediente 2566-2012-PA/TC.

²⁰ Fundamento 7 de la sentencia recaída en el Expediente 4-2004-PI/TC.

²¹ Fundamento 109 de la sentencia recaída en el Expediente 050 y 051-2004-AI/TC, y 004, 007 y 009-2005-AI/TC.

En el primer informe, se destaca que debe tenerse en cuenta “que la negociación colectiva constituye una herramienta elemental que busca lograr el bienestar y la justicia social en las relaciones que surgen entre los empleadores y los trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social”. Aludiendo expresamente a su contenido, se dice que en “el marco normativo nacional e internacional, así como en la doctrina especializada, se reconoce a **la negociación colectiva como un derecho que otorga a los empleadores y a los trabajadores la facultad de negociar cualquier tipo de componente que incida en la relación laboral, incluyendo el aspecto remunerativo**”. Se admite que “el principio de **legalidad presupuestaria**” constituye un límite, ya que “en los procesos de negociación colectiva que se realicen en el sector público es necesario que se verifique la existencia de recursos disponibles con los cuales sea posible cubrir los incrementos salariales o beneficios que se propongan” [El énfasis es nuestro].

Otro límite es **la signación equitativa de los recursos**, de la “que resulta comprensible que determinadas soluciones económicas y sociales excepcionales puedan justificar una restricción temporal del aumento de salarios en el sector público”. Añade “que la existencia de dificultades económicas no exime al Estado de garantizar el derecho fundamental a la negociación colectiva”. En cuanto a la prohibición de negociar colectivamente las remuneraciones, contenida en la Ley de Presupuesto de 2013, precisa que la “remuneración constituye una de las materias más importantes que los trabajadores pretenden regular a través de la negociación colectiva”. Asimismo, opina que “los organismos encargados de proponer y aprobar la Ley de Presupuesto [...] no han ofrecido razones objetivas y suficientes para conocer en qué medida la prohibición de incrementos salariales en el sector público obedece a una situación extraordinaria que ponga en peligro el normal funcionamiento del aparato estatal”. De todo ello, concluye que “la Ley de Presupuesto impide que se cumpla con los fines constitucionales del derecho a la negociación colectiva”.

En el segundo informe se recuerda que la negociación colectiva busca mejorar “las condiciones de vida del trabajador y su familia”, y que “la re-

muneración constituye el medio más idóneo y directo” para ello, por lo que integra el contenido de este derecho fundamental. Reitera que “la aplicación del principio de legalidad presupuestaria y la asignación equitativa de los recursos públicos” no debe ser entendida “como una prohibición absoluta para el ejercicio del derecho a la negociación colectiva de los trabajadores del sector público”. Opina que la Ley del Servicio Civil provoca “que los servidores públicos no tienen derecho a solicitar la mejora de sus compensaciones económicas (aun cuando pudieran existir posibilidades presupuestarias)”. Estamos, pues, ante “una restricción absoluta y con carácter de permanencia”. Concluye que “los artículos 42, 43 y 44 de la Ley 30057, Ley del Servicio Civil vulneran el derecho fundamental a la negociación colectiva, pues establecen restricciones que no son excepcionales, ni se limitan a lo estrictamente necesario, ni se han establecido para un período razonable”.

IX. LA AFECTACIÓN DE LA INDEPENDENCIA ARBITRAL

La Constitución, en los numerales 1 y 2 de su artículo 139, reconoce a la justicia arbitral como jurisdicción y proclama la independencia de toda función jurisdiccional. Resulta evidente que, al impedirles a los árbitros pronunciarse sobre las remuneraciones en los laudos producidos en la negociación colectiva de los trabajadores públicos, así como amenazarlos con la inhabilitación si desobedecieran la prohibición²², se está generando una grave interferencia en la independencia de la función arbitral.

El Informe de Adjuntía 002-2013-DP/AAC, que hemos citado antes, también se pronuncia sobre las restricciones a la independencia arbitral que conlleva la Ley de Presupuesto de 2013. Sostiene la Defensoría del Pueblo que para la “vigencia de los derechos fundamentales” es “necesario [...] que exista una institucionalidad que garantice su ejercicio efectivo”, de la que forma parte el arbitraje. Añade que “toda interferencia en el ejercicio de la jurisdicción arbitral vulnera la garantía de su independencia”. Precisa que cuando la Ley de Presupuesto de 2013 “impide que los árbitros se pronuncien sobre incrementos de remuneraciones [...] evidencia una grave interferencia [...] en la función jurisdiccional de los árbitros”.

²² Artículo 6 y Quincuagésima Octava de las Disposiciones Complementarias y Finales de la Ley 30114, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014.

X. EL EJERCICIO DEL CONTROL DIFUSO POR LOS TRIBUNALES ARBITRALES

El Tribunal Constitucional ha afirmado que, “siendo el arbitraje una jurisdicción independiente [...] y debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional [...] es consecuencia necesaria de ello que la garantía del control difuso de constitucionalidad pueda también ser ejercida por los árbitros en la jurisdicción arbitral”²³. No hay duda, entonces, de que los árbitros tienen el poder-deber previsto en el artículo 138 de la Constitución. Si se les extendió a los tribunales administrativos y a los órganos colegiados²⁴, con mayor razón la poseen los árbitros. Al cierre de este artículo, el Tribunal Constitucional había revocado aquella facultad a las entidades administrativas²⁵.

El Informe de Adjuntía 002-2013-DP/AAC valida la utilización del control difuso por los árbitros, en estas palabras “si los árbitros encuentran incompatibilidad entre la Constitución y la disposición de la Ley de Presupuesto que impide que los árbitros se pronuncien sobre aspectos que son propios de su competencia –como pronunciarse sobre aspectos remunerativos que se deriven de la negociación colectiva–, podrán inaplicar dicha disposición”.

El debate respecto de este punto se centra en determinar si los árbitros que operan en los procesos por conflictos económicos tienen las mismas atribuciones que los que actúan en conflictos jurídicos. Recordemos que en los primeros se crea una norma, mientras en los segundos se aplica la misma. La negociación colectiva pertenece claramente al primer tipo. ¿La facultad de utilizar el control difuso la tienen también los primeros? Habría, en mi concepto, argumentos en contra y a favor. En contra: No estamos estrictamente ante una actividad jurisdiccional en la que se aplica el derecho y los árbitros pueden ser profesionales de cualquier área –incluso no profesionales–, y no necesariamente abogados.

A favor: Las sentencias del Tribunal Constitucional que le atribuyen la facultad de ejercer el control difuso a los árbitros no distinguen

–hasta ahora– entre uno y otro tipo de conflicto e, incluso, al interior de los conflictos jurídicos, entre los arbitrajes de derecho y los de equidad. También en el arbitraje regulado por la Ley de Arbitraje, D.L. 1071, que es supletoria de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, deben ser necesariamente abogados los que actúan en arbitrajes de Derecho, no los que lo hacen en arbitrajes de equidad (artículo 25). El Tribunal Fiscal, por ejemplo, cuyos miembros pueden ser abogados o contadores, posee la atribución de ejercer la inaplicación de los reglamentos ilegales (artículo 102 del Código Tributario), incluso antes de que el Tribunal Constitucional la concediera ampliada –también pueden inaplicarse las leyes inconstitucionales– a los tribunales administrativos y a los órganos colegiados (recientemente retirada, como dijimos antes). Nos inclinamos por la lectura a favor por las razones expuestas.

XI. BREVE REFLEXIÓN FINAL

La prohibición de negociar colectivamente las remuneraciones, impuesta de manera absoluta y permanente a los trabajadores del sector público, resulta inconstitucional. Asimismo, la intervención estatal sobre la independencia arbitral no es válida; más aún si no estamos ante un periodo de crisis económica, sino, por el contrario, en una prolongada etapa de crecimiento significativo. Empero, ¿será, siquiera, eficaz? ¿Lo fueron la serie de restricciones impuestas desde el Decreto Ley 11377 hasta las leyes de presupuesto?

Toda restricción extrema y absurda es comúnmente desbordada por la realidad, en medio de graves conflictos. ¿No se transitó así, en la historia sindical, de la fase de la prohibición a la del reconocimiento? ¿Pretende nuestro legislador regresarnos a una prohibición, o a un reconocimiento parcial? ¿No sería más inteligente –y no sólo acorde con el modelo constitucional– buscar soluciones de consenso? ¿Es mucho pedirlo? ¿Dejarán los árbitros de utilizar el control difuso porque se les amenaza con inhabilitarlos? ¿O eso generará más demandas de amparo ante el Poder Judicial?

²³ Fundamento 24 de la sentencia recaída en el Expediente 00142-2011-PA/TC.

²⁴ Fundamento 7 de la sentencia recaída en el Expediente 3741-2004-PA/TC, sujeto a las condiciones que precisa la Aclaración.

²⁵ Fundamento 35 de la sentencia recaída en el Expediente 0493-2012-PA/TC.