

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL RÉGIMEN LABORAL PÚBLICO

Lima, 11 de mayo de 2015

MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ

Muy buenos días a todos ustedes. Les saludo muy cordialmente a todos y cada uno, a todas y cada una. Deseo expresar mi satisfacción por estar presente en este relatorio sobre un tema de mucho interés sobre todo aquí, en este país. Vaya, pues, por delante mi gratitud a Adolfo Ciudad, flamante Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, a los compañeros de la Junta Directiva de la nueva dirección de la Sociedad, por haber pensado en mí para iniciar estos relatorios. Y también mi gratitud a la Directiva saliente con Jaime Zavala a la cabeza, que promovió hace no mucho tiempo mi condición como Socio Honorario de la Sociedad. Muy satisfecho, por tanto, de asistir a un acto de relevancia en el momento de transición de una Junta Directiva saliente integrada por muy buenos amigos y la entrante, con no menos queridos amigos también, con Adolfo Ciudad a la cabeza, como mis amigos y compañeros de la mesa aquí presentes y el público, muy queridos amigos. A los posteriores oradores y a todos ustedes les prometo que no estaré mucho tiempo en el uso de la palabra.

Me propongo abordar este tema, la Negociación Colectiva en el Régimen Laboral Público, en términos generales. Naturalmente no pretenderé yo abordar la problemática de esta cuestión en el ordenamiento jurídico o en la realidad peruana, sería una osadía por mi parte, ni tampoco les voy a contar una situación en el sistema jurídico español o de otro país europeo, en absoluto. Me voy a abocar, entonces, a abordar tal como yo veo esta cuestión y compartir con ustedes las conclusiones a las que llego tras el análisis de este tema. Entonces, que quede claro el punto de vista que, metodológicamente, voy a tocar.

Las relaciones entre negociación colectiva, procedimientos de diálogo y de negociación colectiva en torno a las condiciones de trabajo y empleo público son una cuestión esencialmente problemática. Lo ha sido siempre y si se contemplan estas procelosas relaciones entre ambas realidades, negociación colectiva y función pública; o empleo público y determinación de las condiciones de trabajo de los trabajadores públicos a través de la negociación colectiva. Si se contempla –en términos generales y desde una perspectiva contemporánea– qué es lo que ha ocurrido y cómo está la cuestión en general, yo creo que podríamos hablar de tres grandes etapas institucionales, algo así como un balance técnico de las relaciones entre ambas categorías.

En un primer momento, de rechazo; el ordenamiento jurídico no aceptaba la negociación colectiva de los empleados públicos. Se le consideraba un cuerpo extraño y por tanto el organismo –ordenamiento jurídico– se comporta como cualquiera ante los cuerpos extraños: lo rechaza inmediatamente. Que el empleador –o el conjunto de empleadores en un sector determinado– tenga que pactar colectivamente las condiciones de trabajo ha costado mucho. El reconocimiento normativo de la negociación colectiva como derecho proclamado en general y todavía más en los textos constitucionales ha sido –entre todas las instituciones de carácter colectivo del Derecho Laboral– particularmente problemático porque es realmente una institución central del sistema jurídico laboral y de lo que llamaríamos un modelo democrático de ordenación jurídica de las relaciones de trabajo. No hay duda alguna de lo costosa de la penetración de esta institución en el Sector Público, tanto es así que, en términos generales, todavía no está consolidada de forma terminante.

La primera etapa es de desconocimiento; el ordenamiento jurídico laboral se ha negado, en esta primera etapa, en todos los ordenamientos jurídicos, al reconocimiento de la negociación colectiva como instrumento de determinación de condiciones de trabajo para los empleados públicos. Las razones de esa objeción son políticas y el ordenamiento jurídico –que funciona en estos casos como el exponente institucional del rechazo político– formuló normas prohibitivas que fueron la traducción, al plano jurídico, del rechazo político. En el debate de ideas o en el debate de intereses, el ordenamiento jurídico traslada a la normativa y a la imperatividad una determinada posición, una determinada voluntad reguladora y una determinada opción de política legislativa que es el rechazo a la penetración.

Claro, en el debate puramente jurídico –que es el que a nosotros nos interesa– las razones que han justificado tradicionalmente este rechazo, son de dos tipos: la primera es la alusión a la singular posición de la Administración Pública, “que no es cualquier empleador”, “que es un empleador que a través de su

actuación general se ocupa de la satisfacción de las necesidades generales, de la tutela de los derechos”, que “tiene una posición muy singular que la separa de un empleador privado”, que “es la Administración Pública”, “una pieza del Estado”, e incluso que “es un instrumento jurídico público de funcionamiento del sistema”.

En general, se atribuye al Estado empleador ciertas y algunas características singulares que presentan determinadas dificultades a la hora de aceptar sin más la penetración de un procedimiento de negociación, como es la negociación colectiva, a la hora de determinar las condiciones de trabajo de los empleados públicos: el principio de la legalidad, el principio de sometimiento presupuestario de la Administración Pública, la prohibición de transacción, que no tiene un empleador privado, entre otras, son ingredientes –ciertos, realmente– que justifican o pretenden justificar esta posición unilateral de la determinación de las condiciones de trabajo por parte de este singularísimo empleador (que es nada menos que el Estado o una pieza central del Estado que es la Administración Pública).

Junto a este tipo de consideraciones hay otras de no menor entidad: son las de aquellos sistemas jurídicos en que el empleo público presenta una bipartición esencial. Hay en general muchos sistemas jurídicos de dos tipos de empleados públicos, es decir, dos tipos de personas que prestan servicios retribuidos para las administraciones públicas: los empleados públicos sometidos a un régimen jurídico privado a los que se aplica el ordenamiento jurídico general común –igual que si se tratase de trabajadores privados que prestaran servicios para un empleador privado, en cuyo ámbito la penetración de la negociación colectiva no ha sido tan compleja ni dificultosa como en el otro al que me referiré a continuación– y el segundo colectivo, conformado por aquellos empleados públicos cuya vinculación jurídica con la Administración Pública no es contractual, como el caso de los trabajadores para las empresas privadas, sino a través de una relación jurídica estatutaria o funcionarial regulada por la propia Administración Pública, es decir, un régimen de función pública en sentido estricto; son empleados públicos cuya vinculación jurídica con la Administración Pública no está regulada por el Derecho del Trabajo (ni la cobertura es contractual, como en el primer caso), sino que es estatutaria. Es la propia Administración –como acabo de decir– quien fija, establece la regulación de estas relaciones desde el Derecho Administrativo y no desde el Derecho del Trabajo.

En este ámbito de la función pública, que es una realidad muy importante en los sistemas europeos, esta bipartición, en donde los funcionarios públicos representan –digamos– el núcleo central de satisfacción de necesidades públicas, el funcionamiento de la administración básicamente se apoya en la función pública mayoritariamente, en tanto que las relaciones de los empleados públicos sometidos

al régimen jurídico privado representan porcentajes menores comparativamente. En este ámbito de los funcionarios públicos la penetración de la negociación colectiva ha sido hartamente dificultosa.

Sin embargo, esto se ha ido corrigiendo. Se pasó, por tanto, a una segunda etapa, en la que diversas construcciones han ido abriendo trabajosamente el camino para el reconocimiento de la negociación colectiva. Una primera construcción es la “laboralización de la función pública”. ¿Qué se entiende por esta expresión? Pues que determinados derechos laborales de los trabajadores, históricamente recogidos en los respectivos ordenamientos jurídicos, han ampliado su titularidad subjetiva y se han ido aplicando paulatinamente, por reconocimientos normativos correspondientes, también a los funcionarios públicos. De tal manera que aquella bipartición en el empleo público entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Administrativo, no es que se haya corregido, pues todavía goza de buena salud, pero sí se ha visto que se han ido ampliando los ámbitos subjetivos de determinados derechos laborales, determinados derechos de los trabajadores, fundamentalmente en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, en beneficio de los funcionarios públicos. De tal manera que el procedimiento ha consistido en que las leyes laborales que regulan estos derechos (por ejemplo las leyes de libertad sindical o las leyes que regulan el derecho de huelga) han atribuido la titularidad del derecho no solo a los trabajadores, claro, sino también a los funcionarios públicos, con algunas peculiaridades o sin ellas: en el caso de la libertad sindical, sin ninguna peculiaridad; en el caso del derecho de huelga, sin ninguna peculiaridad; en el caso del derecho de representación colectiva, de los derechos de los trabajadores y también de los funcionarios públicos (con alguna peculiaridad).

Bien pues, la negociación colectiva para el empleo público y concretamente para la función pública, se ha beneficiado de este proceso histórico de laboralización de los derechos de los funcionarios públicos. Son derechos laborales de los que se benefician también los funcionarios públicos. Son derechos que se han construido históricamente para los trabajadores pero que en su reconocimiento constitucional y de desarrollo legislativo ordinario también se extienden, por tanto, a los funcionarios públicos. Han ido ampliando su activo de derechos los funcionarios públicos, además de los derechos que derivan de la regulación jurídica estatutaria o funcionarial con determinados derechos laborales, muy importantes, que proceden del ámbito del Derecho del Trabajo. Curioso fenómeno este de la laboralización de la función pública, pues, a pesar de todo, al día de hoy, no ha arribado con la bipartición clásica.

Hay que recordar que la mencionada bipartición es, fundamentalmente, de origen continental europeo (específicamente de la Revolución Francesa). Ese es el arranque de este principio cultural, que está más o menos extendido en determinados ámbitos, incluso en algunos países está sometida a determinado cuestionamiento; sin embargo, ahí está todavía en plena vigencia, pero con algunos correctivos como este cualificado (de la laboralización de la función pública). O también a las construcciones derivadas de reconocimientos constitucionales que, por ejemplo, atribuyen a los funcionarios públicos, a los empleados públicos en general y a los funcionarios públicos (en particular) determinados derechos laborales (por ejemplo el derecho a la libertad sindical) y guardan silencio sobre el tema de la negociación colectiva.

Al guardar silencio sobre si la negociación colectiva para la función pública está reconocida o no está reconocida, se da margen a un razonamiento: la negociación colectiva es una pieza central de la libertad sindical; y no es posible entender el carácter de la libertad sindical como derecho matriz identificativo de un determinado modelo democrático de ordenación jurídica de las relaciones laborales sin pensar en los instrumentos de acción propios de la libertad sindical. La libertad sindical no es un simple derecho instrumental que permite a sus titulares organizar, constituir organizaciones de defensa de intereses –claro, esa es una dimensión inicial de carácter organizativo que de no estar ahí no tendría sentido este asunto– pues la libertad sindical también comprende los medios de acción indispensables para llevar a cabo a estas organizaciones (cuya creación se permite libremente). ¿Y cuáles son estos instrumentos? Pues básicamente son los derechos de conflicto y los derechos de negociación; las organizaciones sindicales (así como las organizaciones empresariales) llevan a cabo su acción a través de relaciones de negociación y de relaciones de conflicto, indistintamente.

¿Qué reconocimiento constitucional de la libertad sindical sería ese que impidiera a una parte importante de los empleados, de los trabajadores –en este caso los trabajadores o funcionarios públicos– la existencia o utilización de instrumentos de negociación colectiva o de conflicto colectivo? No tendría sentido. Y se construye, incluso constitucionalmente, el concepto de contenido complejo del Derecho, entendiendo así a la libertad sindical, no porque sea difícil de entender, sino porque en su interior hay una pluralidad de componentes, entre ellos, la negociación colectiva.

La negociación colectiva, se concluye, es el proceso de reflexión institucional. Integra el contenido esencial de la libertad sindical. Construcciones paralelas de los Tribunales o Cortes Constitucionales sostienen que el contenido esencial de un derecho es aquel que lo identifica como tal y no como otro. Si faltase

alguna de las facultades que lo hacen reconocible como tal, estaríamos hablando de un derecho distinto y no de ese. Así, por ejemplo, si un ordenamiento jurídico eliminara el derecho de enajenación de la propiedad, entonces ahí entraría a tallar lo mencionado sobre la construcción del **contenido esencial** y las Cortes Constitucionales negarían esa locura del legislador. La declararían inconstitucional porque está alterando el contenido esencial del derecho, el conjunto de facultades que lo hacen reconocible como tal (el *nome juris*).

Bueno, pues, por ahí ha venido penetrando esta construcción de tal manera que se ha llegado a la conclusión, por ahorrar tiempo en esta exposición que estoy haciendo –y no cansarles más de lo debido– que la negociación colectiva forma parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical. Ergo, si la Constitución proclama el derecho de libertad sindical y también el derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos, implícitamente está contenida la negociación colectiva de los funcionarios públicos. Esta idea se abre camino: estamos en la segunda etapa mencionada, pues incluso sin un reconocimiento constitucional expreso de la negociación colectiva de los funcionarios públicos, sí existen reconocimientos normativos de las leyes del Estado.

Aquí incide un argumento coadyuvante central, que es la aportación de la Organización Internacional del Trabajo; fundamentalmente la importación a los derechos internos de los Convenios de la OIT 151, adoptado por la Organización en 1979 sobre protección del derecho de sindicación y procedimientos de determinación de condiciones para los empleados públicos que reconoce, redactado en términos tan amplios como son los propios de este tipo de instrumentos normativos lógicamente, porque la Organización Internacional del Trabajo mira a realidades institucionales muy diversas de los países miembros al respecto, será el Estado miembro que ratifique el Convenio, quien tendrá que adaptar su ordenamiento jurídico a este reconocimiento; pero este paso fue trascendental, este Convenio 151, y también el 154 del año 1981, sobre fomento de la negociación colectiva, contiene algunas referencias a los procedimientos de determinación de condiciones de trabajo en la Administración Pública para los empleados públicos.

Bien, en este caso es un elemento normativo de carácter internacional que se integra en los ordenamientos de los Estados miembros; construcciones internas con argumentaciones constitucionales tal; lo que pasa es que en esta segunda etapa los operadores jurídicos tienen miedo a los términos. Como veníamos hablando, Alfredo Villavicencio y yo, sobre el tema del lenguaje; él sostenía que se ha recuperado el debate también en ese plano. Bueno, el lenguaje no se ha perdido nunca, es un espacio muy importante para el debate, para la transmisión del conflicto a partir del conflicto. Curiosamente, la negociación colectiva, sin nombrarla,

“la innombrable”, podríamos decir, se abrió camino a través de esquemas terminológicos y de nomenclaturas sospechosas: “procedimientos de consulta”, “de participación”, “procesos de diálogo social”, en fin. La negociación colectiva es algo muy concreto: es un proceso de determinación conjunto de condiciones y los procedimientos de negociación de condiciones de trabajo se abren camino a través de estas terminologías.

En la experiencia del ordenamiento jurídico español –les prometía al principio que no haría ninguna referencia a ordenamientos jurídicos concretos, pero esta es una excepción que confirma la regla– la negociación colectiva de condiciones de trabajo a las instituciones públicas penetra de la mano de una legislación que huye de la terminología. Esto abrió un debate paralelo en el ordenamiento español. Sin reconocer la expresión, existía cobertura internacional, había debate constitucional coadyuvante, pero tuvieron que pasar varios años para que esa misma ley, en una modificación importante, de base a la negociación colectiva de los funcionarios públicos (con cambios apenas en los términos y no tanto en los contenidos).

Bien, pues ya no hay ninguna dificultad para entender que está plenamente aceptada la negociación colectiva. Nos encontramos en la tercera fase, donde los ordenamientos jurídicos reconocen el derecho de los funcionarios públicos también a participar en la negociación colectiva sus condiciones de trabajo entre la Administración Pública y la representación de los intereses de los funcionarios públicos. Se articulan y alumbran auténticos procedimientos de negociación colectiva, aunque con peculiaridades institucionales. No hay un reconocimiento en plano de igualdad con la negociación colectiva laboral del personal laboral que preste servicios para el empresario privado o para la Administración Pública, pero en régimen laboral contractual: no la hay. En ninguno de los países donde he mirado este asunto, no la hay. Hay sí un reconocimiento no ya de procedimientos de consulta sino de negociación colectiva de los funcionarios públicos, pero con importantes peculiaridades. ¿Cuáles serían estas peculiaridades, en términos de resumen?

Primera: se regula en marcos normativos diferenciales, no es la ley común de negociación colectiva, como sí es en materia de libertad sindical. La ley común de libertad sindical es para todos e incluye a los funcionarios públicos; pero en la negociación colectiva no existe lo mismo, pues se tiene una norma, una ley especial para la negociación colectiva de los funcionarios públicos, en una ley especial monográfica o en una parte de una ley para los funcionarios públicos.

Segundo: un régimen jurídico de negociación específico, peculiar, muy formalizado por la legislación del Estado, donde se identifican no solo naturalmente

el régimen común los sujetos negociadores –quienes están legitimados para negociar– sino el procedimiento negociador. Se atribuye la negociación en términos generales a los sindicatos, no a los órganos unitarios; es decir, en estos países a los que me estoy refiriendo hay dos vías de representación de intereses de los trabajadores, los órganos unitarios y los órganos sindicales y se atribuye en términos generales a los órganos sindicales la negociación.

Se excluyen, en tercer lugar, determinadas materias de la negociación; se tiene a la negociación como un procedimiento de determinación de condiciones de trabajo, pero cuando las condiciones de trabajo tienen que ver con determinadas materias, no puedo penetrar la negociación colectiva; ¿cuáles son estas materias?, pues varían cada una de elemento en elemento, pero son fundamentalmente el ejercicio de las potestades administrativas, lo que afecte a los derechos de los ciudadanos y de los usuarios de los servicios públicos, lo que afecte a los procedimientos de determinación de los actos administrativos, determinados colectivos de funcionarios públicos quedan excluidos, fundamentalmente el personal directivo, etc., son restricciones importantes que tienen una justificación jurídico política importante.

Y finalmente la última “peculiaridad” (entre comillas, porque puede ser más que peculiaridad) es que se diversifican los tipos de acuerdo. En lugar de hablar del convenio colectivo como resultado del proceso de negociación, se hace una tipología de acuerdos, se llaman acuerdos, pactos (depende de la terminología de los ordenamientos jurídicos), pero la característica fundamental es que determinados pactos requieren autorización administrativa. Es incompatible con un modelo de negociación colectiva una autorización administrativa del convenio. Está claro que si hay autorización administrativa de convenio no hay negociación colectiva, pues el control es judicial. Si el convenio colectivo se extralimita y pacta contra ley, pues serán los tribunales los que determinen. En este caso, un número determinado de pactos operan automáticamente pero otros, los que tienen que ver en términos generales con el ejercicio de las competencias, por parte del órgano administrativo que pacta las condiciones de trabajo, requieren autorización administrativa que en caso de otorgarse tiene plena vigencia (y en caso de no otorgarse, el pacto no puede entrar en vigencia).

En conclusión, de esta tercera etapa de reconocimiento legislativo de la negociación colectiva de los funcionarios públicos se desprende el alumbramiento de un régimen especial con determinadas limitaciones. No hay una equiparación institucional con la negociación colectiva común, con la negociación colectiva

de los trabajadores y también de los empleados públicos no sometidos al régimen de función.

Queridas amigas, queridos amigos, querido Presidente electo, esto es como veo yo este asunto, me he permitido presentar una construcción evolutiva de esta realidad y desde luego sigue siendo un tema problemático este de las relaciones entre negociación colectiva y, más que empleados públicos, función pública, funcionarios públicos en el caso de que el ordenamiento jurídico distinga esta bipartición del empleo. Ha sido un placer. Muchas gracias.