

**COMENTARIOS A LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE
LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY
DEL SERVICIO CIVIL
Una sentencia histórica**

ADOLFO CIUDAD REYNAUD⁽¹⁾

La sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de abril de 2016 tiene un significado histórico en las relaciones laborales en Perú, pues tiende hacia la consolidación del diálogo social entre el Gobierno y las organizaciones de trabajadores del sector estatal, y contribuye así al afianzamiento de la democracia y de un sistema de relaciones de trabajo basado en la cooperación y en la solución pacífica de los conflictos laborales.

Esta sentencia tiene una enorme importancia, pues afecta a más de 600 mil trabajadores activos en la Administración Pública, e implica un cambio trascendental en el país, ya que hasta ahora el derecho de negociación colectiva siempre le fue negado a este importante sector de trabajadores, con algunas excepciones que se dieron por la presión social en algunas entidades estatales.

Debemos recordar que para el conjunto de los trabajadores de la Administración Pública primó siempre, en nuestro país, una política de imposición vertical y autoritaria, en donde el Estado unilateralmente establecía las escalas salariales, la valorización de puestos, las condiciones de trabajo y demás derechos y beneficios, sobre los que no se podía discutir ni negociar colectivamente. La voz de

(1) Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado y consultor independiente. Se desempeñó como Especialista Principal en Legislación Laboral, y Administración del Trabajo de la OIT. adolfo.ciudad.reynaud@gmail.com

los trabajadores de la Administración Pública fue históricamente ignorada, como parte de nuestra débil democracia afectada por sucesivos gobiernos dictatoriales, e incluso durante gobiernos de origen democrático que tampoco entendieron la necesidad del establecimiento de un sistema de relaciones de trabajo basado en el diálogo social y la concertación.

Si lo que necesita el país es afianzar la democracia, el diálogo y el mutuo entendimiento, debemos remover los obstáculos a la sindicación y a la negociación colectiva. Como dijo Bobbio: “hasta que los dos grandes bloques de poder que existen en lo más alto de las sociedades avanzadas, la empresa y el aparato administrativo, no sean afectados por el proceso de democratización (...) (este) no podrá considerarse realizado plenamente”⁽²⁾.

Lo dicho queda corroborado si hacemos un breve recuento de la normativa sobre el particular. Así, el Decreto Ley N° 11377, del 29 de mayo de 1950, Estatuto y Escalafón del Servicio Civil, dictado por la Junta de Gobierno que presidió Manuel Odría, estableció un Cuadro de Categorías para los denominados servidores civiles que determinaban sus remuneraciones sobre el que no era posible negociación alguna, y además, prohibió expresamente el derecho de sindicalización y de huelga (art. 49).

El Decreto Legislativo N° 276, del 24 de marzo de 1984, dictado ya no por un gobierno de facto sino por el gobierno de Fernando Belaúnde, de origen democrático, prohibió también a las entidades públicas negociar con sus servidores, directamente o a través de sus organizaciones sindicales, las condiciones de trabajo o beneficios que impliquen incrementos remunerativos o que modifiquen el Sistema Único de Remuneraciones (art. 44). Durante esta administración gubernamental, no obstante, se dictaron –en un clima de presión social– una serie de disposiciones legales que establecieron procedimientos especiales para la negociación colectiva en el ámbito municipal y local, que dieron origen a una sólida tradición negocial hasta que en el 2014 fueron derogadas en el gobierno de Ollanta Humala.

De otra parte, las Leyes del Presupuesto del Sector Público de los años, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016, establecieron prohibiciones a todas las entidades del Gobierno nacional, gobiernos regionales y locales, que afectaron a la negociación colectiva, pues se prohibió el reajuste o incremento de remuneraciones, bonificaciones y asignaciones de toda índole, cualquiera sea su forma, modalidad, periodicidad, mecanismo y fuente de financiamiento. También se prohibió la aprobación de nuevas bonificaciones, asignaciones,

(2) BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*. Fondo de Cultura Económica, México. 1996, p. 18.

compensaciones económicas y beneficios de toda índole. Para que no quede duda, se dispuso también que los arbitrajes en materia laboral se debían sujetar a dichas limitaciones legales, lo que implicó que a falta de acuerdo entre las partes, los tribunales arbitrales debían emitir sus laudos de acuerdo con esas directrices, atendiendo contra la independencia de la jurisdicción arbitral.

En el gobierno de Humala se dictó la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, promulgada el 3 de julio de 2013, que restringió con carácter general la negociación colectiva solo a condiciones de trabajo, y prohibió al igual que los anteriores gobiernos, que a través de ese instrumento de diálogo social se negocien sueldos, compensaciones económicas, aguinaldos, la valorización de los puestos, entre otros. Esta ley que fue dictada sin un proceso de consulta, negociación o búsqueda de consenso con las organizaciones de trabajadores del Sector Público, lesionó el derecho de negociación colectiva en diversos artículos.

I. ARTÍCULOS DECLARADOS INCONSTITUCIONALES

El 12 de diciembre de 2013 las principales centrales sindicales de trabajadores⁽³⁾ interpusieron una demanda de inconstitucionalidad, en mérito a la cual se emitió la sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de abril de 2016 que declaró inconstitucionales los siguientes artículos:

- 1) El artículo 31.2, que disponía que las compensaciones económicas no son materia de negociación.
- 2) El artículo 40, que establecía que ninguna negociación colectiva puede alterar la valorización de puestos de las entidades.
- 3) El artículo 42, que solo permitía a los trabajadores públicos solicitar la mejora de sus compensaciones no económicas.
- 4) El artículo 44 b), que disponía que las propuestas de la entidad estatal relativas a compensaciones económicas son nulas de pleno derecho, y que también son nulos los acuerdos adoptados en violación de dicho artículo.

(3) Fueron firmantes de esta demanda la Confederación General de Trabajadores del Perú – CGTP, la Confederación Intersectorial de Trabajadores Estatales – CITE, la Unión Nacional de Sindicatos del Sector Estatal – Unasse y la Confederación Nacional de Trabajadores Estatales del Perú; que sustentaron la demanda en la firma de 14,512 ciudadanos comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. El autor de estas líneas tuvo el honor de actuar como abogado defensor de los demandantes.

Respecto al artículo 43 e), que señala que el pliego que da inicio a la negociación colectiva solo puede contener peticiones respecto a condiciones de trabajo, si bien el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda respecto de este extremo, ha dispuesto que debe interpretarse “que la expresión ‘condiciones de trabajo o condiciones de empleo’ **incluye también la materia remunerativa** y otras materias con incidencia económica” (punto 2 de la parte resolutive).

Adicionalmente, ha declarado inconstitucionales por conexión, los siguientes artículos del Reglamento General de la Ley N° 30057:

- 5) **Artículo 66 Reglamento:** que en concordancia con los artículos 40 y 44 de la Ley reafirmaba la nulidad de propuestas de la entidades estatales sobre compensaciones económicas y que ninguna negociación puede alterar la valorización de puestos.
- 6) **Artículo 72 Reglamento:** que establecía que la Dirección General de Gestión de Recursos humanos del Ministerio de Economía y Finanzas podía opinar respecto de si alguna de las peticiones contenidas en el pliego que da inicio al proceso implicaban una contravención al artículo 40 de la Ley (si pliego de reclamos incluye valorización de los puestos de una entidad).
- 7) **Artículo 78 Reglamento:** que prohibía también la negociación colectiva de la valorización de puesto de las entidades.
- 8) **Artículo 68 Reglamento:** que en la definición de convenio colectivo no consideraba a las compensaciones económicas, limitándola solo a la regulación de condiciones de trabajo.

El Tribunal Constitucional ha tenido en consideración que el artículo 28 de la Constitución Política, que reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, que está ubicado dentro del Título I, “De la persona y de la sociedad”, es aplicable a todos los ciudadanos peruanos que trabajan, incluyendo a los trabajadores al servicio del Estado; y que además, el referido artículo no solo garantiza la negociación colectiva sino que impone la obligación al Estado de fomentarla como parte de la promoción de formas de solución pacífica de los conflictos laborales.

1. Negociación colectiva es derecho de todos los ciudadanos

De esta forma, el Tribunal ha hecho prevalecer el criterio que la Constitución reconoce el derecho de negociación colectiva en forma completa e integral

para todos los ciudadanos sin excepción (salvo la Policía y las Fuerzas Armadas), y que la Ley N° 30057 solo reconoce una parte de la negociación colectiva (para condiciones de trabajo), mientras que prohíbe la otra parte más sustancial de la misma (las condiciones económicas). Con ello, se restringe, limita y vacía de contenido a este importante derecho fundamental en el trabajo.

De esta manera el Tribunal ha reafirmado (fundamento 147) que la negociación colectiva es un derecho fundamental por el que permite a los empleadores y a los trabajadores “realizar un proceso de diálogo encaminado a lograr un acuerdo, contrato o convenio colectivo, con el objeto de mejorar, reglamentar o fijar las condiciones de trabajo y de empleo” (...) incluyendo la materia remunerativa y otras materias con incidencia económica, como se indicó antes.

En esa misma línea, el Tribunal deslindó con aquella discusión sobre el aparente doble estándar que establecían los artículos 28 y 42 constitucionales, decantándose por realizar una interpretación sistemática de los mismos de la que “se puede obtener el sentido interpretativo de que los empleados o servidores públicos tienen derecho a la negociación colectiva, toda vez que el primero de los artículos mencionados reconoce de manera expresa dicho derecho a todos los trabajadores, entre los que se encuentran los trabajadores públicos, mientras que el segundo no los excluye expresa o implícitamente a este grupo de trabajadores”.

Asimismo, el Tribunal hace referencia a que la negociación colectiva es uno de los mecanismos básicos para la armonización de intereses contradictorios y que es por ello que los convenios 98 y 151 de la OIT imponen la obligación de adoptar medidas para estimularla y fomentarla, así como para que los convenios colectivos aprobados por las partes tengan fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado (art. 28.2 de la Constitución) (fundamento 148).

2. Negociación colectiva y libertad sindical

De otra parte, el Tribunal hace muy bien en vincular el derecho de negociación colectiva con el derecho de libertad sindical y el derecho a la huelga (fundamentos 143 al 146), destacando que la negociación colectiva es una de las principales actividades de las organizaciones sindicales de trabajadores y que la huelga es un derecho fundamental para satisfacer sus intereses colectivos.

Con ello se reafirma a la negociación colectiva como contenido esencial de la libertad sindical, lo que ha sido reconocido expresamente por los órganos de aplicación y control de la OIT. En tal sentido, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que “(...) el derecho de la libre negociación colectiva para todos los trabajadores (...) 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. (...)”.

Es por ello que 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 esta sea efectivamente autónoma y libre de imposiciones de terceros y en especial del propio Estado.

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

3. Objeto de la negociación colectiva

El Tribunal se basa en el artículo 4 del Convenio 98 y en el artículo 7 del Convenio 151 de la OIT que establecen la obligación de los Estados de adoptar las medidas adecuadas para estimular y fomentar el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con el objeto de reglamentar por medio de contratos colectivos, las “condiciones de empleo”. A este respecto el Tribunal Constitucional ha señalado que el concepto “condiciones de trabajo o condiciones de empleo es uno de amplio alcance que rebasa o trasciende a los permisos, licencias, capacitación, uniformes, ambiente de trabajo u otras facilidades para el desarrollo de la actividad laboral y comprende también cuestiones como las contraprestaciones dinerarias directas, estímulos, ascensos, periodos de descanso, prácticas laborales y en general toda medida que facilite la actividad del servidor público en el cumplimiento de sus funciones” (fundamento 154).

Además, se basa en lo afirmado por la Comisión de Expertos de la OIT en el sentido de que “el concepto condiciones de trabajo o condiciones de empleo” puede abarcar temas como la jornada laboral, horas extras, periodos de descanso, ascensos, traslados, supresión de puestos, e incluso salarios y otras materias con incidencia económica” (párrafos 314 y 320 del Informe de la CEACR, 2013). Esta postura incluso ha sido reiterada al precisarse que cuando el artículo 7 del Convenio 151 de la OIT se refiere “a la negociación o participación de las organizaciones de empleados públicos en la determinación de las condiciones de empleo, incluye los aspectos económicos de estas últimas” (Informe de la CEACR, 2015, p.136). De igual forma se cita la decisión del Comité de Libertad Sindical que señala que los salarios, prestaciones y subsidios, entre otros, pueden ser objeto de

la negociación colectiva (párrafo 450 del Caso 2326 – Australia, Informe N° 338) (fundamento 155).

Asimismo, el Tribunal acude al criterio *pro homine* utilizado en la aplicación de disposiciones fundamentales, con relación al Convenio 151 de la OIT que establece que las condiciones de trabajo o de empleo en la Administración Pública pueden ser objeto de métodos distintos de la negociación colectiva, para señalar que esta última es el mecanismo adecuado y privilegiado para discutir las condiciones de trabajo o empleo en el contexto de una relación laboral. En ese mismo sentido hace también referencia al criterio adoptado por el Comité de Libertad Sindical que ha establecido que “las autoridades deberían privilegiar en la mayor medida posible la negociación colectiva como mecanismo para determinar las condiciones de empleo de los funcionarios” (párrafo 1257 del Caso 2934-Perú, Informe N° 365) (fundamento 158).

No obstante, somos de la opinión que esta opción acogida por el Tribunal Constitucional tiene otro sustento más claro y específico en materia laboral relativo a que ningún convenio internacional del trabajo de la OIT puede menoscabar condiciones más favorables existentes en el país, que está prescrito en el artículo 19, párrafo 8, de la Constitución de la OIT.

Para referirse a este asunto hay que tener en cuenta que el voto singular sobre la sentencia del 26 de abril de 2016 del magistrado Urviola Hani, se pronuncia en minoría señalando que la obligación del Estado peruano respecto del Convenio 151 es la de adoptar “métodos que permitan a los representantes de los trabajadores estatales participar en la determinación de las condiciones de empleo, siendo la negociación colectiva un método más y no el único capaz de conseguir este resultado”. Este criterio ya había sido señalado por este magistrado en su voto emitido el 21 de mayo de 2014 con los entonces magistrados Eto Cruz y Álvarez Miranda recaído en el Expediente N° 18-2013-PI/TC.

A este respecto debemos precisar que artículo 7 del Convenio 151 de la OIT, Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, adoptado en 1978, y ratificado por Perú el 27 de octubre de 1980, dispone lo siguiente:

“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”.

La interpretación del magistrado Urviola Hani implica que a pesar de que la Constitución reconoce y fomenta el derecho de negociación colectiva, en la medida que el artículo 7 del Convenio 151 no la menciona expresamente sino que se refiere a “cualesquiera otros métodos” que permitan participar en la determinación de las condiciones de empleo, entonces eso significa que los trabajadores públicos no tienen el derecho de negociación colectiva en forma plena, o que pueden tener menor negociación colectiva que lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución Política.

No obstante, como se han señalado en los fundamentos 140 y siguientes de la sentencia que comentamos, en Perú el derecho de negociación colectiva de los trabajadores públicos se sustenta principalmente en la Constitución (art. 28), y subsidiariamente, en el Convenio 151. En nuestro caso el Convenio 151 solo puede complementar, ampliar, pero no puede restringir ni menoscabar. Esto es así en virtud de que el artículo 19, párrafo 8, de la Constitución de la OIT dice, textualmente:

“8. En **ningún** caso podrá considerarse que la **adopción** de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la **ratificación** de un convenio por un Miembro, **menoscabará** cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores interesados **condiciones más favorables** que las que figuren en el convenio o en la recomendación”.

Como señala Nicolás Válticos, el objeto de los convenios es mejorar la condición de los trabajadores y que estos tienen el carácter de normas mínimas. Por esta razón señala que:

“Si un país que ratifica un convenio posee ya una legislación y una práctica **más favorable a los trabajadores** que el contenido del convenio, esta ratificación no le obliga en absoluto a reducir el nivel de su legislación y de su práctica hasta los límites del convenio. **Este no podría invocarse en ningún caso para apoyar la reducción de la protección** existente en virtud de la legislación anterior”⁽⁴⁾.

En otras palabras, si ya la Constitución reconoció y garantizó la negociación colectiva de los empleados públicos, por aplicación del Convenio 151 no se la puede menoscabar substituyéndola por otras formas de participación que tal norma internacional ha establecido para países de menor desarrollo legal, pues en

(4) VÁLTICOS, Nicolás. *Derecho Internacional del Trabajo*. Editorial Tecnos, Madrid, 1977, p. 478.

nuestro caso el artículo 28.2. de la Constitución peruana ya reconoció con carácter general el derecho de negociación colectiva para todos los trabajadores peruanos. Finalmente señalar que coincidimos con el criterio del Tribunal Constitucional que “nada impide que las partes, por iniciativa propia o por razones de conveniencia, puedan voluntariamente hacer uso de procedimientos distintos de la negociación colectiva, como lo sería la consulta con los resultados que ella proporciona, la que sin embargo, en ningún caso puede excluir el uso de la negociación colectiva” (fundamento 160).

4. El principio de equilibrio presupuestal

La negociación colectiva en el Sector Público debe tener en cuenta el principio de equilibrio presupuestal, establecido en el artículo 77 de la Constitución, que señala que el presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos. Eso la diferencia de la negociación colectiva en el Sector Privado, pues las condiciones de trabajo y empleo que se otorgan a los empleados públicos se financian con recursos de los contribuyentes y de la Nación. En consecuencia, concluye acertadamente el Tribunal, en que el principio de equilibrio presupuestal constituye un límite a la negociación colectiva.

No obstante, el Tribunal señala que la existencia del límite presupuestario “no puede llevar al extremo de considerar la negociación colectiva en la administración pública como derecho vacío o ineficaz, puesto que una interpretación en ese sentido sería contraria a la concepción de la Constitución como norma jurídica” (fundamento 164).

A pesar de estas limitaciones el Tribunal Constitucional concluye muy bien señalando que “una interpretación adecuada y razonable de los artículos 28.2, 42, 77 y 78 del texto constitucional y los Convenios 98 y 151 de la OIT, referidos al mecanismo de la negociación colectiva en el ámbito de la Administración Pública es aquella que permite o faculta a los trabajadores o servidores públicos la posibilidad de discutir o plantear el incremento de las remuneraciones y otros aspectos de naturaleza económica a través del mecanismo de la negociación colectiva, siempre que sea respetuosa del principio de equilibrio presupuestal”. Y a continuación añade el Tribunal que la expresión “condiciones de trabajo o condiciones de empleo” incluye también los aspectos económicos de toda relación laboral (fundamentos 165 y 166), criterio que ya fue adelantado en forma sucinta por la sentencia recaída en el caso de inconstitucionalidad de la Ley de Presupuesto (STC Exp. N° 3-2013 y otros, fundamento 62).

5. La ausencia de regulación integral de la negociación colectiva

Finalmente, el Tribunal señala que existe una carencia normativa integral y que mientras el Decreto Legislativo N° 276 se limitó a prohibir la negociación con sus servidores, la Ley de Relaciones Colectivas del Sector Privado se aplica a los trabajadores estatales únicamente del régimen de la actividad privada, en tanto que la Ley N° 30057, del Servicio Civil, formula algunas disposiciones sobre negociación colectiva, sin que se haya dispuesto una regulación integral de la negociación colectiva en el Sector Público.

Así, se señalan temas importantes que una ley de esa naturaleza debiera de cubrir:

- a) Acceso a la información;
- b) Intervención de autoridades públicas que tengan atribuidas responsabilidades financieras;
- c) Instancias gubernamentales competentes para participar en los procesos de negociación;
- d) Niveles negociales: central, sectorial, e instancias específicas de las instituciones públicas individualmente consideradas (modelos centralizados, descentralizados y mixtos);
- e) Principio de autonomía de las partes en el proceso negocial y marco legal que garantice el reajuste salarial de los trabajadores;
- f) Previsiones y salvaguardas que se derivan del principio de equilibrio presupuestal; y,
- g) Limitaciones excepcionales a la negociación colectiva.

Finalmente, el Tribunal deja expresado que el reajuste de las remuneraciones o compensaciones económicas de los servidores civiles no deba llevarse en forma exclusiva a través de la negociación colectiva, sino que el Estado como empleador puede adecuar los salarios al contexto económico-social del país, sin que sea contrario al principio de equilibrio presupuestal (fundamento 193). Este es un criterio muy importante pues destaca la iniciativa que puede tener el Estado para efectuar reajustes de remuneraciones teniendo en cuenta la realidad nacional, sin que se vea imposibilitado por la existencia del derecho de negociación colectiva.

6. La *vacatio sententiae*

Con base en la omisión legislativa en materia de negociación colectiva en el sector público destacada ya con ocasión de la sentencia del 3 de setiembre de 2015, sobre la inconstitucionalidad de la Ley de Presupuesto, el Tribunal reitera la exhortación al Congreso de la República para que en el plazo que no podrá exceder de un año que empezará a contarse desde la primera legislatura ordinaria del periodo 2016-2017, emita la legislación pertinente conforme a lo que estableció en la sentencia. A tal efecto, reiteró el establecimiento de un tiempo de *vacatio sententiae*, lo que es reiterado en el punto 4 de la parte resolutive, señalando que durante el plazo de un año se decreta esa *vacatio* del punto resolutive 1.b a. 1.i y el punto resolutive 2 de la sentencia (que interpreta que la expresión “condiciones de trabajo o condiciones de empleo” incluye también la materia remunerativa y otras materias con incidencia económica).

Consideramos que este es un aspecto criticable de la sentencia pues el Tribunal Constitucional no puede suspender el derecho de negociación colectiva de los trabajadores del Sector Público hasta que el Congreso de la República, en el plazo de un año contado a partir del 27 de julio de 2016, expida la ley que regule la negociación pública para dicho sector. La libertad sindical y la negociación colectiva son derechos fundamentales que están incluidos en la Constitución de la OIT y que deben ser respetados y cumplidos aún en los países que no han ratificado los Convenios 87 y 98. La Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de la OIT comprende a la libertad sindical y a la negociación colectiva, y en consecuencia, se trata de normas que están por encima del alcance de otras normas jurídicas positivas y no pueden ser suspendidas por ninguna autoridad en ejercicio de sus funciones, ni siquiera por un Tribunal Constitucional.

Los derechos fundamentales son una serie de valores mínimos aplicables y exigibles con independencia del nivel de desarrollo del país. Esta necesidad general implica la idea de armonización en el reconocimiento (al mismo nivel) de dichos principios de forma que se conviertan en derechos “mundializados”.

Por esto, la Declaración de la OIT antes indicada consideró que el crecimiento económico debe ir acompañado de un mínimo de reglas de funcionamiento social fundadas en valores comunes, en virtud de las cuales los propios interesados tengan la posibilidad de reivindicar una participación justa en las riquezas que han contribuido a crear.

Así, la OIT asumió el reto de intentar conciliar la preocupación por estimular los esfuerzos que todos los países dedican a lograr que el progreso social vaya

a la par con el progreso de la economía, por una parte, con la de respetar la diversidad de situaciones, las posibilidades y las preferencias de cada país, por la otra.

En tal virtud, la Declaración de la OIT especifica cuatro categorías de principios y derechos fundamentales:

- a) La libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;
- b) La eliminación del trabajo forzoso u obligatorio;
- c) La abolición efectiva del trabajo infantil; y,
- d) La eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación.

En la medida en que tales principios responden a la idea de valores esenciales, ocho convenios de la OIT han sido calificados por su Consejo de Administración, como fundamentales para garantizar los derechos de quienes trabajan, independientemente del nivel de desarrollo de cada Estado Miembro. No obstante, ello no implica que todos los demás instrumentos no contribuyan en mayor o menor medida al fomento y a la defensa de los derechos humanos. Fue así que la OIT declaró como fundamentales el Convenio sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87) y el Convenio sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva, 1949 (núm. 98).

Hay que tener presente que son principios aplicables sin necesidad de ratificación o adhesión. En efecto, aunque no hayan ratificado los Convenios calificados como fundamentales, todos los miembros de la OIT tienen la obligación ante sí mismos y ante los compromisos adquiridos en tanto Estados Miembros de poner en práctica los principios generales que originan estos derechos, en la medida en que estos son la expresión de unos valores que fueron aceptados al adherirse libremente a la Constitución de la OIT. Este es el mandato específico que fue especialmente confirmado en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998 de la OIT.

A diferencia de los Convenios, que una vez ratificados originan obligaciones jurídicas específicas, la Declaración, por expresar normas del *ius cogens* internacional, no está sujeta a ratificación en la medida en que reafirma principios generales de aceptación universal.

En definitiva, en nuestra opinión, se trata de reglas del “*ius cogens*” internacional, pues son principios que salvaguardan valores de importancia vital para la

humanidad y que corresponden a principios morales fundamentales⁽⁵⁾. En efecto, los principios y derechos fundamentales en el trabajo reúnen los caracteres esenciales del *ius cogens*:

- a) Son normas aceptadas y reconocidas por la comunidad de Estados en su conjunto;
- b) Son normas imperativas, es decir, no admiten pacto en contrario;
- c) Solo puede ser modificada por otra norma de la misma jerarquía y fuerza vinculante;
- d) Es una norma que pertenece al Derecho Internacional general, en tanto es aplicable a todos los Estados que componen la comunidad internacional; y,
- e) Su violación por un Estado afecta a todos los demás. Las disposiciones contrarias al *ius cogens* son nulas o terminan.

Con respecto a la primera característica, debe tenerse en cuenta que para la formulación e identificación de una norma del *ius cogens*, resulta decisiva la percepción que se aprecia en función de un juicio de valor ampliamente compartido por los miembros de la sociedad internacional, aunque no necesariamente unánime.

Con respecto a la segunda característica, si bien las reglas del Derecho Internacional son obligatorias, lo que significa que su violación constituiría un acto ilícito, las normas del *ius cogens* contienen un tipo específico de obligatoriedad, un plus respecto de la obligatoriedad normal de las reglas internacionales. Este consiste en el carácter ineluctable, en el cumplimiento irrefragable en cuanto los interesados y las partes tienen que ajustarse a esas normas y no pueden renunciar a su aplicación ni pactar excepciones. Por consiguiente, esas normas están por encima de las voluntades de los sujetos de Derecho Internacional.

La prohibición de derogar, suspender o condicionar una norma del *ius cogens* encuentra su fundamento en que aquí no estamos simplemente ante una renuncia individual de parte de un Estado a sus propios derechos, de los que puede disponer según sus propios intereses; sino que nos encontramos ante una norma que protege intereses colectivos de orden superior, comunes a todos los miembros de la comunidad internacional.

(5) Cfr. NOVAK TALAVERA, Fabián y GARCÍA-CORROCHANO MOYANO, Luis. *Derecho Internacional Público*. Tomo I, Pontificia Universidad Católica del Perú, Instituto de Estudios Internacionales, Fondo Editorial, Lima, 2000, p. 419 y ss.

En el mismo sentido se expresa Sanguinetti cuando señala que estamos en una etapa en que los derechos fundamentales del trabajo se encuentran ya reconocidos por la mayor parte de declaraciones internacionales de Derechos Humanos y por las constituciones nacionales, “por lo que es posible entender que forman parte del *ius cogens* internacional⁽⁶⁾.”

Según Remiro Brotóns, la existencia de normas de *ius cogens* en el Derecho Internacional resulta fundamental para la seguridad y estabilidad del Sistema Internacional, en tanto constituyen la base constitucional de todo el ordenamiento internacional⁽⁷⁾.

En consecuencia, se trata de normas que están por encima del alcance de otras normas jurídicas positivas (incluso transnacionales como los tratados o las convenciones internacionales), vinculantes por ser esenciales y que no necesitan de la adhesión o ratificación de cualquier institución nacional, en cuanto son válidas por sí mismas.

De otra parte, desde el punto de vista semántico, fundamental es todo aquello manifiesto, claro; que no se cuestiona. Por esto existen con carácter general y con independencia del grado de desarrollo de cada país. Así está entendido en el artículo 1 de la Declaración de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena (1993):

“La comunidad internacional debe tratar los derechos fundamentales en general de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo énfasis. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, pero **los Estados tienen el deber**, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de **promover y proteger todos los derechos humanos y libertades fundamentales**”.

En consecuencia, desde nuestro punto de vista el Tribunal Constitucional podrá decretar la *vacatio sententiae* de sus sentencias en tanto no afecten derechos fundamentales en el trabajo, como la libertad sindical y la negociación colectiva.

En efecto, la ausencia de legislación sobre la materia no es un óbice para que se negocie y convenga cuando haya acuerdo directo entre las partes. El artículo 28 de la Constitución es de carácter auto ejecutivo, no requiere de una legislación de

(6) SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. “Globalización, derechos fundamentales del trabajo y ciudadanía social”, multigrafiado, conferencia pronunciada el 21 de agosto del 2003, en el marco del Seminario “Constitución y derechos sociales”, organizada por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, p. 9.

(7) NOVAK TALAVERA, Fabián y GARCÍA-CORROCHANO MOYANO, Luis. Ob. cit., p. 429.

desarrollo para su validez allí donde haya acuerdo. Es más la negociación colectiva ha estado vigente en diversos países aún sin que exista una legislación que la autorice y regule. Allí donde exista voluntad de negociar y de llegar a un acuerdo no se puede impedir a las partes que celebren los convenios colectivos que estén dispuestos a celebrar.

Además, de conformidad con el artículo 204 de la Constitución vigente la sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial y “Al día siguiente dicha norma queda sin efecto”. El citado artículo dice lo siguiente:

“Artículo 204.- Sentencia del Tribunal Constitucional

La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto”.

(...)

La *vacatio* dispuesta por el Tribunal implicaría continuar dando vigencia a las distintas partes de la Ley N° 30057 que prohibió la negociación de remuneraciones y otras condiciones económicas, lo que por el artículo 204 no es posible por haber quedado sin efecto. Ya fueron expulsadas del ordenamiento jurídico nacional.

7. Alcance general del régimen del Servicio Civil y sus excepciones

La sentencia del Tribunal ha declarado inconstitucional el primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30057 en el extremo que dispone la exclusión de la misma de diversas entidades estatales como el Banco Central de Reserva del Perú, el Congreso de la República, la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, entre otras. Así como también el tercer párrafo que excluyó a los obreros de los gobiernos regionales y gobiernos locales.

Ha fundado la sentencia a este respecto en el sentido de que el objeto de la Ley N° 30057 es establecer un régimen único y exclusivo para las personas que prestan servicio en las entidades públicas del Estado (art. I de su Título Preliminar), y por tanto, toda exclusión debe estar razonablemente fundada en la especial naturaleza o la particularidad de la prestación del servicio. El Tribunal ha señalado que con excepción de los trabajadores de las empresas del Estado y los servidores sujetos a carreras especiales, no tiene la especial naturaleza o la particularidad requerida en relación con la prestación de servicios de los demás servidores civiles, de manera tal que sea indispensable o necesaria la regulación de

un tratamiento especial. Para el Tribunal la función de los servidores públicos a que se refiere la citada Disposición no son especiales como lo sería la prestación de servicios de los docentes de la carrera magisterial, los docentes universitarios, etc., ni tienen alguna particularidad como la tendrían la prestación de servicios de los profesionales de la salud, el personal de la Policía Nacional, etc., por lo que dicha exclusión resulta arbitraria e irrazonable, y por lo mismo, el precepto legal impugnado deviene en inconstitucional.

Este criterio que está en armonía con el derecho a la igualdad y a la no discriminación no debería preocupar a ningún colectivo laboral en la medida en que, por una parte, todos los trabajadores de la Administración Pública cuentan ahora con un amplio e irrestricto derecho de negociar colectivamente sus remuneraciones y condiciones de trabajo, en vista de lo resuelto por el máximo intérprete de la Constitución Política. Y de otra parte, los colectivos de trabajadores que no deseen acogerse al régimen del servicio civil tienen la libertad de no hacerlo, o de negociar a través de la negociación colectiva la forma en que podrían trasladarse.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional no ha declarado la inconstitucionalidad por conexión del artículo 44, e) que establece que los acuerdos suscritos en el proceso de negociación colectiva tienen un plazo de vigencia no menor de dos años. Este artículo es también inconstitucional, pues la duración de los convenios colectivos o el plazo de vigencia de los mismos es un asunto de suma importancia en toda negociación colectiva y de acuerdo con el Convenio 98 de la OIT y de la doctrina establecida en su aplicación por sus órganos de control, es una materia que corresponde en primer término a las partes concernidas. Es la aplicación del principio de voluntariedad que debe primar en toda negociación colectiva entre empleadores y trabajadores. Una ley no tiene por qué imponer un plazo de vigencia, sino que ello debe ser regulado por las partes. Además, esa es la tradición negocial en aquellos sectores de la Administración Pública que sí han negociado, como el sector municipal y regional, así como diversas entidades estatales y empresas estatales que en un clima de armonía y cooperación han venido negociando colectivamente sus condiciones remunerativas y condiciones de trabajo.

Lima, mayo de 2015