

# LA INFLUENCIA DE LA NORMATIVA DE LA OIT EN EL DESARROLLO DEL DERECHO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS TRABAJADORES DEL SECTOR PÚBLICO PERUANO

ADOLFO CIUDAD REYNAUD\*  
ANDREA SÁNCHEZ MATOS\*\*

**RESÚMEN:** El presente artículo da cuenta de la influencia que los convenios 98, 151 y 154 de la OIT han tenido en el desarrollo del derecho de negociación colectiva de los trabajadores del sector público peruano. Estas normas internacionales han constituido el fundamento de diversas sentencias referidas a varias instituciones del derecho colectivo del trabajo. Se hace un breve recuento de la etapa prohibicionista de la negociación colectiva en el sector público hasta la actualidad y se analiza los aspectos principales de la Ley del Servicio Civil que regula la negociación colectiva de los trabajadores del estado. Así mismo, se analizan los aspectos centrales de las históricas sentencias del Tribunal Constitucional del 3 de setiembre de 2015 y del 26 de abril de 2016, que tuvieron como sustento los citados convenios internacionales de la OIT. Finalmente, se realiza un análisis de los dos proyectos que estuvieron en trámite antes de la disolución del Congreso de la República el 30 de setiembre de 2019. Uno fue promovido por las centrales de trabajadores estatales, que aprobó el Poder Legislativo en noviembre de 2018, pero que fue observado por el Poder Ejecutivo; y otro, aprobado por la Comisión de Descentralización del Congreso, elaborado en base a un proyecto presentado por el Poder

141

\* Magister en Investigación Jurídica, por la Pontificia Universidad Católica del Perú, profesor de pregrado y postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y PUCP. Ex Especialista Principal de la OIT en Legislación Laboral y Administración del Trabajo. Ha recibido la Orden del Trabajo en el 2011. Correo: [adolfo.ciudad.reynaud@gmail.com](mailto:adolfo.ciudad.reynaud@gmail.com)

\*\* Abogada graduada en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con estudios de Maestría en Derecho del Trabajo en la Universidad Nacional de Educación a Distancia de Costa Rica. Correo: [asanchezmatos@gmail.com](mailto:asanchezmatos@gmail.com)

Ejecutivo. Mientras el primero está conforme con la Constitución y los Convenios de la OIT, el segundo, continúa con la política prohibicionista e intervencionista, que no está acorde con la Constitución Política ni con los estándares internacionales, ni cumple con el deber de promover la negociación colectiva.

**PALABRAS CLAVE:** Negociación colectiva. Sector público. Convenios OIT. Constitución Política. Niveles de negociación colectiva. Arbitraje laboral.

**SUMMARY:** The following article refers to the influence that International Labor Organization 98, 151 and 154 Conventions have had on the development of the right to collective bargaining of Peruvian workers who belong to the public sector. The mentioned international standards have been the foundation of many judgments referring to a variety of institutions of collective Labor Law. Furthermore, a brief account from the Prohibitionist Stage to the present day of the right to collective bargaining in the public sector is presented in the article. The study also analyzes the main aspects of the Civil Service Law that regulates the right to collective bargaining of state workers. Likewise, it analyzes the central aspects of the historical judgments of the Constitutional Court of September 3rd, 2015 and April 26th, 2016, based on the aforementioned international Conventions of the International Labor Organization. Finally, an analysis of two projects that were pending before the dissolution of the Congress of the Republic on September 30th, 2019 is carried out. One of them was promoted by the state workers' centrals, which was approved in November 2018 by the Legislative Power and observed by the Executive Power. The other one was prepared based on a project presented by the Executive Power and approved by the Decentralization Commission of the Congress. While the first one follows the Constitution and ILO Convention standards, the second one does not since it continues a policy of prohibitionism and interventionism. Therefore, it does not fulfill the duty to promote the right to collective bargaining.

**KEYWORDS:** Collective bargaining. Public sector. ILO conventions. Political constitution. Levels of collective bargaining. Labor arbitration.

**SUMARIO:** Introducción. **I.** Etapa prohibicionista de la negociación colectiva en el sector público. **II.** La normativa de la Ley del Servicio Civil. **III.** Los Convenios de la OIT como sustento de las sentencias del 2015 y 2016. La *vacatio sententiae*. **IV.** Análisis de los proyectos en trámite en el Congreso de la República sobre negociación colectiva en el sector público. 1. *Materias comprendidas en la negociación*. 2. *Reglamentación excesiva de los niveles de negociación*. 3. *El informe económico financiero del MEF*. 4. *Plazo mínimo de duración del convenio colectivo e inicio de vigencia*. 5. *Conformación del tribunal arbitral*. 6. *Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas*. 7. *Ejecución del laudo arbitral*.

## Introducción

Los convenios 98, 151 y 154 de la Organización Internacional del Trabajo vienen teniendo una gran trascendencia en la recomposición del modelo de relaciones de trabajo peruano, sobre todo a través diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional. En materia laboral, la influencia del Tribunal Constitucional peruano ha sido decisiva para modernizar nuestra legislación y ponerla en mayor conformidad con la normativa internacional.

El Tribunal se ha pronunciado sobre los siguientes temas relativos a la negociación colectiva: (i) contenido constitucional de la negociación colectiva (Exp. 05539-2009-PA/TC, fundamento jurídico 11); (ii) el deber del Estado de promover la negociación colectiva (Exp. 0785-2004-AA/T, fundamento jurídico 5); (iii) naturaleza del convenio colectivo (Exp. 08-2005-PI/TC, fundamento jurídico 29); (iv) características del convenio colectivo (Exp. 08-2005-PI/TC, fundamento jurídico 31); y, (v) fuerza vinculante del convenio colectivo (Exp. 08-2005-PI/TC, fundamento jurídico 33).

Sin embargo, en materia de negociación colectiva en el sector público, han sido dos sentencias las que han cambiado por completo la naturaleza jurídica de este importante derecho fundamental en el país. Por una parte, la sentencia del 3 de setiembre de 2015, Caso Ley de Presupuesto Público<sup>1</sup>, que declaró inconstitucionales las leyes de presupuesto que prohibían la negociación colectiva de incrementos salariales de los trabajadores de la administración pública, “[...] en la medida en que no se puede prohibir de modo absoluto el ejercicio el derecho fundamental a la negociación colectiva en la administración pública que implique acuerdos relativos a incremento remunerativos [...]. En tal virtud, declaró inconstitucional el artículo 6 de la Ley 29951, de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, y por conexión, por reflejar una situación de hecho constitucional, la misma prohibición de negociación colectiva de incrementos salariales de las leyes de presupuesto de los años 2014 y 2015.

Por otra parte, completó este cambio trascendental, la sentencia del 26 de abril de 2016, Caso Ley del Servicio Civil<sup>2</sup>, que declaró inconstitucionales diversos artículos de la Ley 30057, Ley del Servicio Civil, y de su Reglamento General (Decreto Supremo N° 040-2014-PCM), que prohibían la negociación colectiva de remuneraciones.

1 Los abogados que patrocinaron esta causa fueron Javier Neves Mujica y Elmer Arce.

2 El abogado que patrocinó esta causa fue Adolfo Ciudad Reynaud.

Ello significó un cambio histórico en nuestro país e implicó el establecimiento de una línea de frontera entre una etapa prohibicionista de la negociación colectiva en el sector público, y otra etapa que la admite, aunque hasta la fecha el Poder Ejecutivo se resiste a cumplir las referidas sentencias.

## I. Etapa prohibicionista de la negociación colectiva en el sector público

Esta etapa, en la que sistemáticamente se prohibió la negociación colectiva a los trabajadores del sector público, terminó gracias a la aplicación de los Convenios 98 y 151 de la OIT, por las dos sentencias del Tribunal Constitucional antes citadas.

La negativa a reconocer la negociación colectiva en la administración pública fue por decisión de la clase política que siempre prohibió la negociación colectiva a estos trabajadores. A pesar de ello, por canales informales se admitieron algunas formas de la misma como en el caso de los maestros de la educación pública, trabajadores del sector salud y municipales, como resultado del ejercicio del derecho de huelga. Sin embargo, estos mecanismos fueron excepcionales y dependió mucho del poder de negociación de las organizaciones sindicales.

144

En efecto, para el conjunto de los trabajadores de la administración pública primó siempre en nuestro país una política laboral 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 los trabajadores de la administración pública fue históricamente ignorada, como parte de nuestra débil democracia afectada por sucesivos gobiernos dictatoriales. Esta situación persistió 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.

Lo dicho queda corroborado si hacemos un breve recuento de la normativa sobre el particular. Así, el Decreto Ley 11377, de 29 de mayo de 1950, Estatuto y Escalafón del Servicio Civil, dictado por el gobierno de facto de Manuel Odría, a través de la Junta de Gobierno, 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. 49º), a pesar de la adopción de los Convenios 87 y 98 en el año 1948 y 1949, respectivamente.

El Decreto Legislativo N° 276, de 24 de marzo de 1984, dictado ya no por un gobierno de facto sino por el gobierno de Fernando Belaúnde Terry, 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 implicaban incrementos remunerativos o que modificasen el Sistema Único de Remuneraciones (art. 44º). Durante esta administración gubernamental, no obstante, se dictaron –en un clima de presión social por ejercicio de la huelga- 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.

De otra parte, las Leyes del Presupuesto del Sector Público de los años 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019, dictados en los gobiernos de Alan García Pérez y Ollanta Humala, y el presente gobierno, establecieron prohibiciones a todas las entidades del Gobierno Nacional, gobiernos regionales y locales, que afectaron a la negociación colectiva. En efecto, 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, compensaciones económicas y beneficios de cualquier 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 limitaciones, atentando contra la independencia de la jurisdicción arbitral.

Adicionalmente, 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 sólo 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 valoración 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, lo que lesionó el derecho de negociación colectiva en diversos artículos.

## II. La normativa de la ley del servicio civil

La Ley del Servicio Civil del 2013 mantuvo la prohibición de la negociación colectiva de incrementos salariales y beneficios de naturaleza económica, a pesar que el art. 28° de la Constitución reconoce que todos los trabajadores tienen derecho de sindicación, negociación colectiva y huelga.

*“El Estado reconoce los derechos de sindicalización, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: 1) Garantiza la libertad sindical, 2) Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado; 3) Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones.”*

Por su parte el art. 42° del mismo cuerpo normativo reconoce que los servidores públicos gozan de los derechos de sindicación y huelga.

En la actualidad la interpretación aislada y restrictiva de estos dispositivos, que podría inducir a señalar que los servidores civiles no tendrían derecho a la negociación colectiva está superada. El Tribunal Constitucional ha señalado que una interpretación sistemática de los arts. 28° y 42° de la Constitución se puede obtener el sentido interpretativo de que los empleados o servidores públicos tienen derecho a la negociación colectiva, toda vez que el primer 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 excluye expresa o implícitamente a este grupo de trabajadores.<sup>3</sup>

Este mismo criterio ha sido sancionado por el Tribunal Constitucional en los siguientes términos: “Al respecto, este Colegiado anteriormente ha señalado que (...) el derecho constitucional a la negociación colectiva se expresa en el deber del Estado de fomentar y estimular la negociación colectiva entre los empleadores y trabajadores, conforme a las condiciones nacionales, de modo que la convención colectiva que se deriva de la negociación colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado” (Caso COSAPI S.A., Exp. N° 0785-2004-AA/TC, fundamento 5).<sup>4</sup>

3 Tribunal Constitucional, caso Ley de Servicio Civil, de fecha 26 de abril de 2016, párr. 141.

4 Tribunal Constitucional, caso COSAPI, Expediente N° 0485-2004-AA/TC, párr. 51

La Ley de Servicio Civil, en su art. 40° reconoce los derechos colectivos que son los previstos en el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo y en los artículos de la función pública establecidos en la Constitución Política del Perú. Sin embargo, también estableció una inconstitucional restricción relativa a negociar condiciones de naturaleza económica. En efecto, en el último párrafo del artículo 40° de la Ley de Servicio Civil señaló que “Ninguna negociación colectiva puede alterar la valorización de los puestos que resulten de la aplicación de la presente ley.”

En tal virtud, nuestro supremo intérprete de la Constitución Política ha destacado el papel fundamental que cumple la negociación colectiva en nuestra sociedad, de lograr el bienestar y la justicia social, y por lo tanto, constituye un medio primordial de acción de la organización sindical para la defensa y promoción de los derechos económicos y sociales que les son propios.

Así mismo, ha reconocido expresamente que la negociación colectiva debe también incluir la posibilidad de negociar las remuneraciones, porque es parte de su contenido esencial.

Sin embargo, dado el tiempo transcurrido desde la emisión de dicha Sentencia, y al haberse vencido el plazo que dio el Tribunal Constitucional al Congreso para que legisle sobre la negociación colectiva respetando su contenido esencial, existe renuencia del Poder Ejecutivo a cumplir con dicha sentencia, lo que es inadmisibles en un estado de derecho. Esto es así en la medida que el proyecto de ley presentado al Congreso por el Poder Ejecutivo en febrero de 2019 continúa restringiendo la negociación colectiva por debajo de los estándares internacionales establecidos por la OIT, conforme veremos en el apartado IV.

### **III. Los convenios de la OIT como sustento de las sentencias del 2015 y 2016**

El Tribunal Constitucional, mediante sentencia del 26 de abril de 2016, declaró inconstitucionales una serie de artículos que prohibían la negociación colectiva de condiciones económicas. Por ello 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.

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).

Así mismo 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.

De igual forma, 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).

La sentencia antes citada del Tribunal Constitucional expedida en el año 2015 tiene como fundamento las normas internacionales de trabajo y establece en forma indubitable que “(...) las limitaciones indefinidas o que impidan que en el futuro puedan negociar sus condiciones laborales, más allá del período previsto por la Ley restrictiva, son, en sí mismas inconstitucionales.” (Fundamento 83 de la sentencia del 3 de setiembre de 2015). Y por otra parte, en la sentencia del año 2016, se expresa que “(...) no puede ser interpretado en el sentido de que se excluya la materia económica del ámbito de la negociación colectiva puesto que la expresión “condiciones de trabajo y empleo” incluyen también los aspectos económicos de toda relación laboral” (Fundamento 166 de la sentencia del 26 de abril de 2016).

### 1. *La vacatio sententiae*

De otra parte, ambas sentencias del Tribunal Constitucional antes citadas hacen referencia a la institución constitucional de la *vacatio sententiae*, por lo que aparentemente el derecho de negociación colectiva de los trabajadores de la administración público todavía no estaría vigente.

No obstante, tanto el derecho de negociación colectiva en general, como su contenido esencial, la negociación en materia de remuneraciones, no pueden ser suspendidos o dejados sin efecto por ser derechos fundamentales que están reconocidos en la Constitución y en las normas internacionales de trabajo ratificadas por el Perú, que forman parte del bloque de constitucionalidad. Por tanto, se trata de normas que están en un nivel jerárquico superior que otras normas jurídicas positivas y no pueden ser suspendidas por ninguna autoridad en ejercicio de sus

funciones, ni siquiera por el Tribunal Constitucional, por tratarse de derechos fundamentales.

En consecuencia, la *vacatio* dispuesta concede un plazo para que el Congreso de la República promulgue una nueva ley sobre la materia, sin embargo, el derecho de negociación colectiva se mantiene incólume y con plena vigencia. En efecto, en dichas sentencias se señala que es “potestad de los Tribunales o Cortes Constitucionales diferir los efectos de sus sentencias con el objeto de evitar los efectos destructivos que podría generar la eficacia inmediata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley tendiéndose a aplazar o suspender los efectos de ésta.” Pero ello no implica que se haya suspendido el derecho a la negociación colectiva hasta que se promulgue la futura ley sobre la materia.

Por tanto, los efectos de la *vacatio sententiae* consisten sólo el diferir los efectos de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley, lo que no significa que, entre tanto, esta ley se convierte en constitucional, sino que la declaración de inconstitucional se ha diferido en el tiempo, que venció al finalizar la primera legislatura del año 2017 (esto es julio de 2017).

Por tanto, nos encontramos en las mismas condiciones que antes de la expedición de las dos sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional (la del 3 de setiembre de 2015 y 26 de abril de 2016), en las que el Congreso de la República al promulgar nuevas leyes deben aplicar el artículo 28 de la Constitución como toda la normativa supraconstitucional. Sin embargo, con una diferencia fundamental: ahora existe certeza de la inconstitucionalidad de las leyes que restringen la negociación colectiva de los trabajadores de la administración pública, lo que antes de la expedición de dichas sentencias todavía se discutía.

De otra parte, son las mismas condiciones anteriores en la que los Tribunales Arbitrales estaban en facultad de aplicar, vía control difuso, el artículo 28 de la Constitución y el bloque de constitucionalidad (especialmente los Convenios 87, 98 y 151 de la OIT), e inaplicar las disposiciones inconstitucionales de la Ley N° 30057 y las normas de las leyes de presupuesto de años anteriores, como la contenida en el artículo 6° de la Ley N° 30879, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2019, ejercitando el control difuso, que establece la Constitución, como poder-deber para hacer prevalecer el principio de supremacía constitucional. La *vacatio sententiae* implica diferir los efectos de las sentencias del Tribunal antes indicadas, pero no prohíbe que los entes jurisdiccionales ni el Congreso de la República dejen de hacer uso de las facultades previstas o establecidas también en la Constitución Política. Además, debe tenerse presente que de con-

formidad con el artículo 204º de la Constitución vigente la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial y “al día siguiente dicha norma queda sin efecto”.

De este mismo razonamiento es la Corte Suprema de Justicia que ha resuelto, de manera uniforme, las apelaciones de recursos que solicitaban nulidad de laudos arbitrales por otorgar aumento de remuneraciones. Conforme al razonamiento de la Corte Suprema, desarrollado observando el principio deber de motivación de las sentencias, es que como existe pronunciamientos donde el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la prohibición el derecho fundamental a la negociación colectiva, procede la confirmatoria de la apelada que se pronunció por amparar el derecho de negociación colectiva, y por lo tanto, confirmaron el Laudo Arbitral y los aumentos de remuneraciones dispuestos por los Tribunales Arbitrales haciendo uso de la facultad del control difuso (sentencias recaídas en los Expedientes 2987-2015, 2871-2015, 2840-2015, entre otros).

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional ha señalado que:

“No obstante lo expuesto, este Tribunal recuerda, como lo ha expresado en casos anteriores, que si vence el plazo de la exhortación sin que el legislador haya regulado el aspecto omitido que diera lugar al pronunciamiento, los efectos de la sentencia se hacen efectivos a partir de ese momento.” (fundamento 89 de la STC 0023-2003-PI/TC y fundamento 184 de la STC 0004-2006-PI/TC, entre otras).

Por todo lo anterior consideramos que en la próxima Ley de Presupuesto para el año fiscal 2020 no podría incluirse el mismo artículo 6 de leyes de presupuesto anteriores que prohibieron el incremento de remuneraciones de los trabajadores de la administración pública, al estar vigentes el mismo marco constitucional y la misma normativa internacional que dieron sustento a las sentencias del Tribunal Constitucional del año 2015 y 2016. Ello implicaría expedir nuevamente una ley inconstitucional en contravención al estado de derecho y al principio de supremacía constitucional.

#### **IV. Análisis de los proyectos en trámite en el congreso de la república sobre negociación colectiva en el sector público**

Hay dos proyectos en debate. La autógrafa de la Ley de negociación colectiva aprobada por el Congreso de la República en noviembre de 2018, y observada

por el Poder Ejecutivo, que impidió su promulgación como ley. Y de otro lado, el proyecto de ley de negociación colectiva del sector público adoptado por la Comisión de Descentralización en junio de 2019 (que ha sido promovido por el Poder Ejecutivo (específicamente por el Ministerio de Economía y Finanzas y la Autoridad Nacional del Servicio Civil). En nuestra opinión, éste último proyecto adopta un modelo abiertamente intervencionista y reglamentarista, que no está conforme con nuestra Constitución ni con los Convenios 98 y 151 de la OIT. Veamos algunos temas importantes de estos dos proyectos.

## 1. Materias comprendidas en la negociación

En primer término, hay que señalar que proyecto de la Comisión de Descentralización, es muy restrictivo en cuanto a las materias comprendidas en la negociación colectiva. Sólo señala: (i) la determinación de condiciones de empleo (condiciones económicas y no económicas) y, (ii) la relación entre empleadores y servidores públicos (art. 5). Adicionalmente, excluye expresamente, entre otros, “la recategorización de los cargos, puestos o plazas.” (art. 6, inciso d).

Al respecto, convendría ampliar los contenidos de la negociación colectiva para que no se limite esencialmente a cuestiones salariales, como sucede con frecuencia.

La noción de condiciones de trabajo utilizada por los órganos de control de la OIT es mucho más amplia. En efecto:

“no se limita 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). Esta orientación concuerda con la tendencia actual de los países de reconocer a menudo la negociación colectiva “gestional”, que se ocupa de los procedimientos para resolver problemas como las reestructuraciones, las reducciones de personal, los cambios de horario, el traslado de establecimientos y otras cuestiones que rebasan el marco estricto de las condiciones de trabajo.”<sup>5</sup>

5 OIT, **La negociación colectiva en la administración pública, un camino a seguir**, Estudio General relativo a las relaciones laborales y la negociación colectiva en la administración pública, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Ginebra, 2013, pág., pág. 122.

A este respecto, la redacción del proyecto de la autógrafa de noviembre de 2018 es un poco más amplia pues se refiere a “todo aspecto relativo a las relaciones entre empleadores y trabajadores, y las relaciones entre las organizaciones de empleadores y de trabajadores.” (art. 4).

No obstante, otras legislaciones, como la de *Uruguay*, incluyen como materia negociable: la estructura de la carrera funcional, el sistema de reforma de la gestión del Estado, criterios de eficiencia, eficacia, calidad y profesionalismo.<sup>6</sup> En tanto que en *Costa Rica* se incluye como materia objeto de negociación lo siguiente:<sup>7</sup>

“La fiscalización de la administración de los regímenes de ingreso, promoción y carrera profesional [...]”,

“la elaboración de manuales descriptivos de puestos y la aplicación de procedimientos internos de asignación, reasignación, recalificación y reestructuración de puestos [...]”,

“medidas de seguridad e higiene y de salud ocupacional [...]”, entre otros.

Un ejemplo de una legislación bastante amplia en materias de negociación es la Ley núm. 7 de 2007 de *España*, Estatuto Básico del Empleado Público, en cuyo artículo 37 señala, entre otras materias, que son objeto de negociación, lo siguiente:

c) Las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistema de clasificación de puestos de trabajo, y planes que planificación de recursos humanos,

d) las normas que fijan los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño,

e) los planes de previsión social complementaria,

[...]

m) las referidas a calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica, así como los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos.”

6 Ley núm. 18508, art. 4, incisos c) y d).

7 Reglamento para la negociación de convenciones colectivas en el Sector Público (Costa Rica), art. 3, incisos d), e) y f).

Convendría ampliar las materias de la negociación colectiva para que ésta se convierta en un instrumento más moderno, que permita al Estado y a las organizaciones sindicales de trabajadores de sector estatal, contar con un mejor instrumento de diálogo social para la solución de sus problemas.

## 2. Reglamentación excesiva de los niveles de negociación

En el capítulo III del proyecto de la Comisión de Descentralización se hace una minuciosa determinación de niveles (centralizado, centralizado especial y descentralizado), y se asigna entidades estatales específicas a cada uno de los niveles, así como señala la posibilidad de establecer, adicionalmente, mesas especiales de negociación colectiva a través del reglamento que dictará el Poder Ejecutivo (art. 7 y 8).

Las entidades que se mencionan en el art. 2 del proyecto podrían ser las apropiadas, pero ¿por qué establecerlas por ley?, ¿por qué no se deja un espacio para que sean las propias partes que conversen y acuerden en definitiva los niveles? Debe tenerse presente que cualquier modificación de las entidades estatales asignada o ajuste de los niveles de negociación no sería posible sin emitir una nueva ley.

No se ha tenido en cuenta la Recomendación sobre negociación colectiva, 1981 (núm. 163) de la OIT que señala que:

“En caso necesario, se deberían adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales para que la negociación colectiva pueda desarrollarse en cualquier nivel, y en particular a nivel del establecimiento, de la empresa, de la rama de actividad, de la industria y a nivel regional o nacional.”

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha señalado que en el marco de la administración pública la negociación colectiva puede tener lugar a nivel central para condiciones generales de empleo. Así mismo ha señalado que en caso de desacuerdo sobre el nivel de negociación, las partes podrían recurrir a los procedimientos de solución de conflictos, como los mencionados en el artículo 8 del convenio 151, por ejemplo, sometiendo su problema a un órgano independiente que goce de su confianza. En caso de persistir las diferencias, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que es mejor establecer un sistema de común acuerdo entre partes en vez de solicitar una decisión judicial para determinar un nivel de negociación determinado.<sup>8</sup>

8 OIT. Op. Cit., pág. 142, párrafo 351.

Debe recordarse que el Comité de Libertad Sindical, se ha pronunciado sobre este mismo tema en relación a Perú en el caso núm. 2375, en el que ha pedido al Gobierno:

“que adopte las medidas necesarias a fin de garantizar que la determinación del nivel de negociación dependa de la voluntad de las partes y que no sea impuesto en virtud de la legislación, de una decisión de la autoridad administrativa y de la jurisprudencia de la autoridad administrativa.”<sup>9</sup>

La autógrafa de la Ley de negociación colectiva aprobada por el Congreso de la República en noviembre de 2018, observada por el Poder Ejecutivo, si bien establece niveles (centralizado y descentralizado), deja en libertad a las partes para decidir a qué nivel se negocia (art. 5). Además, establece criterios para la articulación de las materias negociables a distintos niveles, señalándose como regla general que a nivel descentralizado se excluyen las materias pactadas a nivel centralizado (art. 6).

Al respecto, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones ha señalado:

“la importancia que para la economía reviste una coordinación óptima entre los convenios colectivos establecidos en los distintos niveles. La Comisión acepta tanto los sistemas en que los convenios colectivos determinan su propia coordinación (ésta es la mejor solución) como los que se caracterizan por la existencia de disposiciones legales que distribuyen ciertos temas entre convenios de diferentes niveles.”<sup>10</sup>

Esto es lo que hace la autógrafa aprobada por el Congreso en el artículo 6, cuando señala que a nivel centralizado se puede negociar la modificación de la estructura remunerativa, así como el tipo, cuantía o características de las remuneraciones y otras condiciones de trabajo con incidencia económica. Así como cualquier otra materia, siempre que se apliquen a todos los trabajadores de las entidades públicas.

En tanto que a nivel descentralizado se negocian las condiciones de empleo o condiciones de trabajo, que incluyen remuneraciones y otras condiciones de trabajo con incidencia económica que resulten de aplicación a los trabajadores

9 Comité de Libertad Sindical, 338º Informe, caso núm. 2375 (Perú), párr. 1226 y 338.

10 OIT, Op. Cit, pág. 143, párrafo 353.

comprendidos dentro del respectivo ámbito, con exclusión de las materias pactadas a nivel centralizado, salvo acuerdo en contrario.

En consecuencia, la excesiva reglamentación de los niveles a través de la ley, es contraria a los convenios de la OIT.

### 3. El Informe Económico Financiero del MEF

En el proyecto de la Comisión de Descentralización, el Ministerio de Economía y Finanzas determina unilateralmente el resultado de la negociación colectiva, sean convenios o laudos arbitrales, a través del Informe Económico Financiero, que se establece “con carácter vinculante”, esto es, obligatorio, para ambas partes (art. 17.1) y que, además, determina “el piso máximo negociable sobre condiciones económicas en cada negociación colectiva” (art. 17.5).

Se dispone que es nulo el laudo arbitral, y por cierto también los convenios colectivos, que se expidan “sin respetar la información o conclusiones contenidas en el Informe Económico Financiero”, que es vinculante (art. 25). Para que no quepa ninguna duda, se establece en forma expresa que “Es causal de nulidad la contravención de la información contenida en el Informe Económico Financiero...” (art. 29, inciso a).

Se concede tanta importancia al Informe del MEF que, en el Capítulo V, sobre el procedimiento de la negociación colectiva, se ha dispuesto que el trato directo entre las partes sólo puede iniciarse luego de recibido dicho informe (art. 16), como si no se pudiera avanzar la negociación respecto de condiciones de trabajo o de relaciones laborales antes de la recepción del informe.

El mensaje es claro y contundente: es el MEF quien determina el contenido de la negociación a través del referido informe, sin que quepa negociación o discusión sobre su información o conclusiones. Y a través del señalamiento de que su inobservancia es causal de anulación, se pretende que lo decidido por un ente administrativo adquiera la calidad de cosa juzgada en el ámbito judicial. Así, la negociación colectiva en el sector público queda en manos del MEF, esto es, de una de las partes. No se puede ser “juez y parte” a la misma vez.

En nuestra opinión, estas disposiciones no cumplen con el mandato del Tribunal Constitucional. En efecto, nuestro máximo intérprete constitucional, en dos históricas sentencias, del 3 de setiembre de 2015 y del 26 de abril de 2016, hicieron prevalecer las normas de la OIT para interpretar el contenido del artículo

28 de la Constitución, por lo que declararon inconstitucionales ciertos artículos de las leyes de presupuesto y de la Ley del Servicio Civil. En la referida sentencia del 26 de abril de 2016 el Tribunal señaló en forma concluyente: “La negociación colectiva es un derecho fundamental que reconoce un haz de facultades para regular conjuntamente sus intereses en el marco de una relación laboral. En ese sentido, el empleador y las organizaciones... están facultados para realizar un proceso de diálogo encaminado a lograr un acuerdo, contrato o convenio colectivo, con el objeto de mejorar, reglamentar o fijar condiciones de trabajo y de empleo.” (fundamento 147).

Con disposiciones como las antes señaladas del proyecto de la comisión de descentralización se elimina la posibilidad de diálogo entre las partes en la medida en que para ambas es vinculante u obligatorio el Informe del MEF que obliga a respetar sus conclusiones. Así, se mantiene la apariencia de la institución de la negociación colectiva, pero se elimina la esencia de la misma, que según el Tribunal Constitucional es un proceso de diálogo encaminado a lograr un acuerdo. Lo que ordena este proyecto es que las partes suscriban como convenio colectivo lo que dispone unilateralmente una autoridad administrativa. Con toda seguridad, disposiciones como éstas, no superarán el control de constitucionalidad y de convencionalidad.

156

Por el contrario, la autógrafa aprobada por el Congreso de la República en noviembre de 2018, establece el derecho de información, que implica la obligación de la parte empleadora de proporcionar en forma previa y con transparencia, la información necesaria que permita negociar con conocimiento de causa (art. 14). En todo caso, podría haber un informe del MEF para ayudar a las partes a negociar, pero no para imponer una solución sin formar parte de las negociaciones.

Sobre este particular, debe tenerse en cuenta los criterios establecidos por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT que señala:

“También son compatibles las disposiciones que confieren a las autoridades públicas que tengan atribuidas responsabilidades financieras el derecho de participar en las negociaciones colectivas junto con el empleador directo, en la medida que dejen un espacio significativo a la negociación colectiva.”<sup>11</sup>

11 OIT, Op. Cit., pág.131.

Así, ambas partes podrán participar en la negociación disponiendo de todas las informaciones financieras, presupuestarias o de otra naturaleza, que haga más productiva la negociación, pero no a través de emitir un informe de carácter obligatorio.

#### 4. Plazo mínimo de duración del convenio colectivo e inicio de vigencia

El proyecto de la Comisión de Descentralización establece que “el plazo mínimo de vigencia de los convenios colectivos es de dos años. En caso de no contener acuerdo sobre el plazo de vigencia esta será de dos (2) años (art. 20.3), lo que concuerda con el art. 14.1 que prescribe que los pliegos de reclamos se presentan cada dos años. De igual forma, se dispone que “la negociación colectiva en el sector público no puede iniciarse en el año anterior a elecciones generales, regionales y municipales.” (art. 14.2). Ello puede implicar que sólo se puede negociar en una sola oportunidad en un período de cinco años, pues en ese lapso siempre hay dos elecciones (una general y otra regional y municipal), y además, si que se tiene en cuenta lo señalado en el párrafo siguiente sobre inicio de vigencia en el 1 de enero del año subsiguiente a la suscripción del convenio.

En efecto, adicionalmente el proyecto dispone que las partes determinan la fecha de inicio de vigencia, salvo que sus cláusulas tengan incidencia presupuestaria, en cuyo caso rigen desde el 1 de enero del año subsiguiente a su suscripción, y además agrega, “siempre que hayan sido presupuestadas.” (art. 20.2). Esto implica que una negociación colectiva iniciada, por ejemplo, en enero de 2019, no iniciaría su vigencia el 1 de enero de 2020, sino en enero de 2021.

Por el contrario, la autógrafa del Congreso observada por el Poder Ejecutivo establece que el convenio colectivo “tendrá la vigencia que las partes acuerden, que en ningún caso es menor de un (1) año”. Respecto del inicio de vigencia, la autógrafa ha dispuesto que “rige desde el día en que las partes lo determinen, con excepción de las disposiciones con incidencia presupuestaria, que necesariamente rigen desde el 1 de enero del año siguiente a su suscripción [...]” (art. 17.2).

Consideramos que el proyecto de la Comisión de Descentralización, en lo que respecta al plazo mínimo de duración del convenio colectivo, como en el inicio de su vigencia, no está conforme con el principio de negociación libre y voluntaria que debe aplicarse también a la duración e inicio de vigencia de los convenios colectivos, que en primer término debe corresponder a las partes, tal como lo ha señalado el Comité de Libertad Sindical de la OIT, en los siguientes términos:

“1047. La duración de los convenios es una materia que en primer término corresponde a las partes concernidas, pero si el Gobierno considera una acción sobre este tema, toda modificación legislativa debería reflejar un acuerdo tripartito.” (Véase 320ª Informe, caso núm. 2047, párrafo 361).<sup>12</sup>

Adicionalmente debe tenerse en cuenta que el Comité de Libertad Sindical de la OIT también ha señalado que la duración de los convenios por dos años constituye una violación al derecho a la negociación colectiva cuando las partes no lo han establecido de mutuo acuerdo. Así lo señala, *contrario sensu*, el párrafo 1049 del mismo informe antes citado cuando indica:

“1049. Una disposición obligatoria en la que se establece que un convenio colectivo debe estar en vigor durante dos años cuando las partes no han aprobado por mutuo acuerdo un plazo diferente no constituye una violación del derecho a la negociación colectiva.

(Véase 320ª Informe, caso núm. 2229, párrafo 956)”<sup>13</sup>

Debe señalarse que los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT constituyen la interpretación oficial respecto de la forma como deben ser entendidos los convenios de ese organismo internacional. Además, la Disposición Complementaria Décima de la Ley Procesal de Trabajo, Ley 29497, señala que según lo dispone la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política, los derechos fundamentales deben interpretarse conforme a los Convenios Internacionales, para lo cual deberá consultarse los pronunciamientos de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo.

## 5. Conformación del Tribunal Arbitral

El proyecto de la Comisión de Descentralización establece que en caso de no llegarse a un acuerdo luego de concluido el trato directo, cualquiera de las partes puede requerir el inicio de un proceso arbitral protestativo, en cualquiera de los tres niveles que propone: centralizado, centralizado especial y descentralizado (arts. 16.3, f y 16.4).

12 OIT, La libertad sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, quinta edición revisada, Ginebra, pág. 223, párrafo 1047.

13 *Ibidem*, pág. 224, párrafo 1049.

La autógrafa aprobada por el Congreso sólo reconoce la posibilidad de someter las negociaciones descentralizadas sin consignarlo como medio de solución en la negociación centralizada. Sin embargo, señala expresamente que “cualquiera de las partes podrá requerir el inicio de un proceso arbitral potestativo, que debe concluir el 30 de junio salvo que los trabajadores decidan optar por la huelga.” (art. 13.2,d)

En el proyecto de la Comisión de Descentralización no se otorga la opción de huelga como alternativa al arbitraje y la única mención a la huelga en el proyecto es para catalogarla como actos de mala fe. Así, “la realización de paralización o huelga durante el procedimiento es un acto de mala fe que impide a la parte sindical iniciar el proceso de arbitraje.” (art. 19, g).

Como es en la actualidad, en ambos proyectos, si el empleador no cumple con designar su árbitro una vez que es requerido para el arbitraje, la designación se efectúa por sorteo. No obstante, llama la atención que el proyecto de la Comisión de Descentralización disponga que, si los árbitros no se ponen de acuerdo en la designación del presidente del tribunal, será el propio Estado a través de la Autoridad Nacional de Servicio Civil el que lleva a cabo la designación. Esto es, en un arbitraje en que interviene el Estado como parte, el propio Estado es el encargado de designar al presidente del tribunal, con lo que asegura dos votos de tres. (art. 23.4). En tanto que la autógrafa del Congreso señala que, en tal caso, como es usual, el presidente es designado por sorteo conforme a las normas del régimen privado.

Adicionalmente, el proyecto de la Comisión de Descentralización continúa requiriendo que los árbitros estén inscritos en el Registro a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. No obstante, establece que la Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR podrá designar como árbitros o proponer presidentes de tribunal arbitral a profesionales que considere de reconocido prestigio, facultad que no tienen las organizaciones sindicales sino cuentan con la autorización de SERVIR, lo que es muy inequitativo (Segunda Disposición Complementaria Transitoria).

Lo mejor sería dejar a las partes para que nombren sus árbitros libremente entre profesionales que ellos consideren como de reconocido prestigio. Es muy desproporcionado que SERVIR sí lo pueda hacer en función de los intereses de la parte empleadora, y que las propias partes no lo puedan hacer a su entera libertad.

## 6. Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas

El proyecto de la Comisión de Descentralización crea un registro de árbitros distinto del vigente actualmente a cargo del Ministerio de Trabajo. Se trata del denominado Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas, esta vez, a cargo de la Autoridad Nacional de Servicio Civil, cuyo reglamento será aprobado por el Poder Ejecutivo, y establecerá la forma de ingreso, permanencia y exclusión del registro (art. 21). El reglamento del nuevo registro establecerá las causas de recusación o remoción de los árbitros del proceso arbitral. Por su parte, la autografía del Congreso no entra a regular este tema, por lo que se conservaría el actual registro ante la autoridad administrativa de trabajo.

Se evidencia el autoritarismo y verticalismo del proyecto de la comisión de descentralización al invadir la independencia y autonomía de la deben gozar los profesionales que desempeñan la función arbitral, cuando se señala que “Los árbitros se sujetan a las disposiciones legales vigentes, bajo sanción de ser excluido del registro en caso de incumplimiento, a cargo de la Autoridad Nacional del Servicio Civil.” (art. 21, tercer párrafo). A pesar de ello, en forma contradictoria el artículo siguiente señala que “Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje, independiente e imparcial.” (art. 22).

Se trata de una advertencia muy seria en contra del desempeño profesional de los árbitros, sobre todo si se tiene en cuenta que es un consenso que la función arbitral puede ejercer el control difuso frente a normas que no cumplan con los preceptos constitucionales, conforme lo faculta y obliga la propia Constitución y según lo expresado en reiteradas ocasiones por el Tribunal Constitucional. Sobre todo, respecto de la continuación de prohibición de incrementos remunerativos que las leyes de presupuesto continúan estableciendo anualmente desde el año 2006.

El Tribunal Constitucional a través de diversas sentencias ha subrayado que el control difuso es un instrumento que tiene por finalidad reafirmar el principio de supremacía constitucional y el de jerarquía de las normas (Artículo 51° y 138° de la Constitución Política), por lo que no procede debilitar la función arbitral a través de la amenaza de exclusión del registro de árbitros, sobre todo si el artículo 28 de la Constitución, inciso 2, “Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales”.

En efecto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el control difuso de la siguiente manera:

“Que el control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez al que el artículo 138° de la Constitución habilita en cuanto mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de las normas, enunciados en el artículo 51° de nuestra norma fundamental. Este control es el poder-deber consubstancial a la función jurisdiccional.”<sup>14</sup>

La preservación del principio de supremacía constitucional y el principio de jerarquía de las normas implica preferir las normas constitucionales a las legales. No se puede por ley maniar a los árbitros en sus decisiones que deben mantenerse independientes e imparciales.

## 7. Ejecución del laudo arbitral

En materia de ejecución del laudo arbitral existe una divergencia muy marcada entre los dos proyectos. La autógrafa aprobada por el Congreso en noviembre de 2018 reafirma al laudo arbitral como instrumento de solución definitiva del conflicto a través de disponer que:

- (i) su no ejecución oportuna acarrea responsabilidad administrativa de los funcionarios a quienes corresponde su cumplimiento (art. 19.2);
- (ii) los laudos se ejecutan obligatoriamente, dentro del plazo indicado en los mismos (art. 19.3);
- (iii) el incumplimiento en la ejecución del laudo inhabilita al empleador a impugnar un laudo o a continuar con el procedimiento iniciado si durante el proceso se verifica tal hecho (art. 19.4);
- (iv) el acta de constatación del incumplimiento es mérito suficiente para que se declare la improcedencia de la demanda (art. 19.5); y,
- (v) los laudos que se expidan para resolver conflictos económicos derivados de negociaciones colectivas en el sector público tienen mérito de título ejecutivo y se tramitan en proceso de ejecución previsto en el artículo 57 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley 29497 (art. 19.6).

El proyecto de la Comisión de Descentralización, por el contrario, va en una línea diametralmente opuesta, en el sentido de debilitar la función arbitral, no

14 Sentencia recaída en el expediente N° 0145-99-AA/TC.

sólo a través de la ya indicada posibilidad de exclusión del registro por no sujetarse a las disposiciones legales, sino porque se dispone que “La sola presentación del recurso de impugnación suspende automáticamente la ejecución del laudo arbitral hasta la notificación de la decisión de fondo del órgano jurisdiccional en primera instancia; salvo medida cautelar en contrario.” (art. 30).

En síntesis, consideramos que la autógrafa aprobada por el Congreso de la República en noviembre de 2018 cumple con la Constitución y los estándares internacionales en materia de negociación colectiva. Por el contrario, el proyecto de la Comisión descentralización, promovido por el Poder Ejecutivo, no cumple con la Constitución ni con los Convenios de la OIT y que recurre a diferentes mecanismos para imposibilitar la negociación colectiva en el sector público, a pesar el mandato claro del Tribunal Constitucional. Es de esperar que esta situación se corrija en un futuro cercano respetando la Constitución y el bloque de constitucionalidad.