

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO: NECESIDAD DE REGULACIÓN EQUILIBRADA

JUAN JOSÉ MARTÍNEZ ORTIZ* **

Este artículo actualiza la exposición que el autor ofreció en el conversatorio sobre negociación colectiva en el sector público que fue organizado por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y la Organización Internacional del Trabajo en setiembre de 2019.***

El objeto del presente artículo es revisar la evolución normativa sobre la negociación colectiva en el Sector Público y su alcance constitucional según el Tribunal Constitucional. A continuación, se muestran los problemas existentes alrededor de dicha figura y se proponen medidas para alcanzar una regulación equilibrada.

Los antecedentes normativos en materia de negociación colectiva

Considero conveniente precisar que la comprensión que se tiene sobre la negociación colectiva en el Sector Público en el Perú, ha ido cambiando en el tiempo.

* Abogado PUCP, Magister en Derecho, NYU School of Law. Profesor de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

** Las expresiones contenidas en el presente artículo constituyen la visión y opinión personal del autor. De ninguna manera constituyen la opinión oficial de las entidades a las cual éste se pueda encontrar afiliado.

*** Reseña efectuada por los editores de *Laborem* 22.

Tradicionalmente, en el Perú ha existido una regulación diferenciada, especial, para los funcionarios y servidores públicos. Así, tenemos que la Constitución de 1979 establecía lo siguiente:

“Artículo 61.- Se reconocen los derechos de sindicalización y huelga de los servidores públicos. Esta disposición no es aplicable a los funcionarios del Estado con poder de decisión o que desempeñen cargos de confianza ni a los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales”.

Además, el artículo 60 de dicha Constitución había estipulado que: *“Un sistema único homologa las remuneraciones, bonificaciones y pensiones de los servidores del Estado. La más alta jerarquía corresponde al Presidente de la República. A continuación, a Senadores y Diputados, Ministros de Estado y Magistrados de la Corte Suprema”.*

Bajo ese marco legal se dictaron diferentes normas, que regularon la negociación colectiva en el Sector Público:

- En 1980 se ratificó el Convenio N° 151 de la OIT. Este convenio, aplicable específicamente a servidores del Sector Público, señala que los países deben establecer *“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”.*
- En 1982 se emitieron los Decretos Supremos N°s 003-82-PCM y 026-82-JUS, que regularon la constitución de organizaciones sindicales, por parte de los servidores públicos. En esta norma se estableció un procedimiento de consulta, negociación y arbitraje respecto de condiciones generales de trabajo. Para las condiciones económicas (vinculadas al Sistema Único de Remuneraciones), se estableció un procedimiento de consulta con las organizaciones sindicales de servidores públicos.
- En 1984 se aprueba el Decreto Legislativo N° 316, Ley de Presupuesto del año 1985. En esta norma se estableció que los incrementos de los servidores de gobiernos locales se regularían por negociaciones bilaterales y condicionados a sus asignaciones presupuestarias.
- En 1984 también se dicta el Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa. Luego, en 1990 se aprueba el Decreto Supremo N°

005-90-PCM, Reglamento de dicha norma. En este régimen se prohibió expresamente la negociación colectiva de remuneraciones, incrementos y beneficios económicos.

- En 1985 se dicta el Decreto Supremo N° 070-85-PCM, que permite la negociación bilateral para la determinación de remuneraciones y condiciones de trabajo, para los gobiernos locales. El costo de estos conceptos se financiaría con recursos propios de tales entidades. A finales de ese mismo año, se le dio fuerza de ley de dicho decreto supremo, por mandato del artículo 194 de la Ley N° 24422 (Ley de Presupuesto del Sector Público del año 1986).
- En 1992 se expide el Decreto Ley N° 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Esta norma, aún vigente, estableció que resultaba de aplicación a los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada *que prestan servicios para empleadores privados*. Además, estableció que los trabajadores de empresas pertenecientes al ámbito de la Actividad Empresarial del Estado, sujetos al régimen de la actividad privada, quedaban comprendidos en las normas del Decreto Ley en cuanto estas no se opusieran a normas específicas y especiales del Sector Público. En ese sentido, esta norma no resultaba aplicable a la generalidad de trabajadores del Sector Público y, en cualquier caso, sus disposiciones quedaban subordinadas a lo que las normas específicas y especiales de dicho sector establecieran.

Hasta donde conocemos, durante la vigencia de la Constitución de 1979, no existieron cuestionamientos a la constitucionalidad de las normas citadas. Durante la vigencia de la Constitución de 1979 primó la consideración que, si bien los servidores públicos tenían como derechos constitucionales la sindicalización y la huelga, la negociación colectiva no ostentaba esa misma jerarquía. Así, se consideró un derecho sujeto a definición legal.

La Constitución vigente (Constitución de 1993) sigue la misma línea establecida en la Constitución de 1979, estableciendo que los servidores públicos tienen derechos de sindicación (organización de sindicatos) y huelga (medidas de fuerza).

Ya bajo la actual Constitución se dictaron diversas normas, vinculadas a la negociación colectiva en el Sector Público:

- En 1995 se aprobó el Decreto Supremo N° 074-95-PCM. Dicha norma estableció que la negociación colectiva en los Gobiernos locales se efectuará bilateralmente, conforme a las normas legales presupuestales correspondientes.

- Durante toda la década de los años 90', las leyes anuales de presupuesto establecieron que las escalas remunerativas y los reajustes de las remuneraciones, bonificaciones, *beneficios de toda índole*, se aprobarían mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, siendo nula toda disposición contraria bajo responsabilidad.

Esas mismas leyes anuales de presupuesto señalaron que los reajustes de remuneraciones, bonificaciones, aguinaldos, refrigerio y movilidad de los trabajadores de los Gobiernos Locales, se atendían con cargo a los recursos directamente recaudados de cada Municipalidad y se fijaban mediante el procedimiento de negociación bilateral establecido por el Decreto Supremo N° 070-85-PCM. Para tal efecto, se tenía que garantizar el financiamiento con dichos recursos directamente recaudados, bajo sanción de nulidad.

- A finales de 1999 se dicta la Ley N° 27209, Ley de Gestión Presupuestaria del Estado, que regula de manera general el Sistema Administrativo de Presupuesto. Esta norma, consolida de manera permanente, aquello que había sido repetido todos los años en las leyes anuales de presupuesto público.
- En el año 2004 se aprueba la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto. Esta norma consolidó lo ya establecido. Las escalas remunerativas y los reajustes de las remuneraciones, bonificaciones, beneficios de toda índole, se aprobarían mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, siendo nula toda disposición contraria bajo responsabilidad.

Para el caso de las municipalidades, se estableció que los reajustes de remuneraciones, bonificaciones, aguinaldos, refrigerio y movilidad de sus trabajadores, se efectuaban de acuerdo al Decreto Supremo N° 070-85-PCM atendían con cargo a los recursos corrientes. Para tal efecto, se tenía que garantizar el financiamiento con dichos recursos directamente recaudados, bajo sanción de nulidad.

- En las leyes de presupuesto de todos los años se ha venido estableciendo la prohibición de reajuste o incremento de remuneraciones, así como la aprobación de las escalas remunerativas, bonificaciones, dietas, asignaciones, retribuciones y beneficios de toda índole *cualquiera sea su forma, modalidad, mecanismo, fuente de financiamiento*.

Como se puede apreciar, hasta bien entrado el siglo XXI, primó la posición restrictiva de la negociación colectiva y no era considerado como un derecho constitucional.¹

La evolución del pensamiento del tribunal constitucional

Acción de Cumplimiento por Convenios Colectivos a nivel municipal.

En el Expediente N° 1035-2001-AC/TC, resuelto el año 2002, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre una Acción de Cumplimiento, donde se había demandado que la Municipalidad Distrital de Breña, cumpliera unos convenios colectivos. En este caso, el TC analiza si los convenios colectivos habían cumplido con las condiciones establecidas para la negociación colectiva en las municipalidades, de acuerdo a lo establecidos en las leyes anuales de presupuesto de los años 90' y en los Decretos Supremos N°s 003-82-PCM y 070-85-PCM, dado que; de acuerdo a dichas normas, ello sí hubiera resultado posible en el ámbito municipal.

En este caso, el TC reafirma el principio de legalidad aplicable a la Administración Pública y la sujeción de la función pública a los límites presupuestales. Esos son sus parámetros para decidir esta acción de cumplimiento. En ninguna parte de este caso, el TC discute o plantea el nivel constitucional de la negociación colectiva en el Sector Público.

Acción de cumplimiento por convenios colectivos de un organismo público del Poder Ejecutivo.

En el Expediente N° 1663-2003-AC/TC, resuelto el año 2003, el Tribunal Constitucional se pronunció en una Acción de Cumplimiento, donde se había demandado que ESSALUD cumpliera unos convenios colectivos. En este caso, el TC señaló que -sus reiteradas decisiones- confirmaban que el Decreto Legislativo N° 276, prohibía expresamente a las entidades públicas negociar con sus servidores, ya sea directamente o a través de sus organizaciones sindicales, condiciones de trabajo o beneficios que impliquen incrementos remunerativos o que modifiquen el Sistema Único de Remuneraciones establecido; resultando nula toda estipulación en contrario. En ese contexto, el TC señaló que los convenios colectivos no

¹ MORALES, Pedro. "La Negociación Colectiva en las entidades del Sector Público". En: Estudios Jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez. Editorial Grijley. Lima 2008. Pag. 430.

resultaban amparables, dado que habían violado las restricciones legales establecidas.

Como en el caso anterior, el TC reafirma el principio de legalidad aplicable a la Administración Pública y la sujeción de la función pública a los límites presupuestales. En ninguna parte de este caso, discute o plantea el nivel constitucional de la negociación colectiva en el Sector Público.

Acción de Inconstitucionalidad contra la Ley N° 28175, Ley Marco de Empleo Público.

En este caso (Expediente N° 008-2005-PI/TC), resuelto el año 2005, el Tribunal Constitucional, por primera vez vincula la negociación colectiva, con el nivel constitucional. El TC señaló que la Constitución reconoce en su artículo 42 el derecho de sindicación de los servidores públicos y, consecuentemente, las organizaciones sindicales de los servidores públicos serán titulares del derecho a la negociación colectiva, con las excepciones que establece ese mismo artículo (los funcionarios con poder de decisión, los de confianza o de dirección y los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional).

A continuación, el TC precisó que una adecuada interpretación del ejercicio del derecho a la negociación colectiva de los servidores, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, debía tener presente el Convenio N° 151 de la OIT relativo a la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones del empleo en la administración pública. Dicho Convenio resulta la norma específica de la OIT para regular a los servidores públicos. Sobre este punto es pertinente señalar que el Convenio N° 151 de la OIT no establece a la negociación colectiva como el mecanismo específico, único o exclusivo.²

2 “Estudio General relativo a las relaciones laborales y la negociación colectiva en la Administración Pública”. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_205520.pdf

En dicho documento se establece que existen diversos mecanismos para hacer efectivos “los 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” tal como señala el artículo 7 del Convenio OIT 151.

Es más, el Estudio citado señala que el Convenio OIT 151 no establece un modelo único, un tipo específico de negociación, ni rangos normativos específicos ni resultados de un solo tipo que puedan considerarse como “acordes” al Convenio. Por el contrario, existen diversas modalidades y alternati-

A continuación, el TC señaló que el ejercicio del derecho de negociación colectiva no es absoluto y está sujeto a límites. Así, se considera que dentro de las condiciones nacionales a que hace referencia el Convenio N° 151 de la OIT, la Constitución establece determinadas normas relativas al presupuesto público. Añade que, si el empleador de los servidores públicos es el Estado, a través de sus diferentes dependencias; las limitaciones presupuestarias que se derivan de la Constitución deben ser cumplidas en todos los ámbitos del Estado.

Finalmente, el TC establece que las negociaciones colectivas de los servidores públicos deberán efectuarse considerando el límite constitucional que impone un presupuesto equilibrado y equitativo, cuya aprobación corresponde al Congreso de la República, ya que las condiciones de empleo en la administración pública se financian con recursos de los contribuyentes y de la Nación.

Acción de Amparo solicitando que se le ordene a una entidad pública someterse arbitraje, al no producirse acuerdo en trato directo.

En este caso (Expediente N° 02566-2012-PA/TC), resuelto el año 2013, el Tribunal Constitucional reitera que el derecho de negociación colectiva de los servidores públicos debe darse conforme al Convenio N° 151 de la OIT. También ratifica que, para el caso peruano, las condiciones nacionales a los que refiere dicho Convenio son las normas presupuestarias (que tienen base constitucional).

A continuación, el TC precisa que, en la tensión entre el derecho a la negociación colectiva en el sector público y el principio de legalidad presupuestaria (artículos 28 y 77 de la Constitución, respectivamente), corresponde asumir una decisión ponderada que satisfaga razonablemente y por igual, el contenido constitucionalmente protegido de ambos principios en un contexto de equidad y razonabilidad. En ese contexto, se cita al Comité de Libertad Sindical, que afirma que en la negociación colectiva de los funcionarios y empleados públicos “ha de aplicarse con cierto grado de flexibilidad, dadas las características particulares de la administración pública.

Luego, el Tribunal Constitucional hace referencia específica a las leyes de presupuesto, que han venido imponiendo algunas restricciones al poder de negociación colectiva en el sector público, al prohibir el incremento de remuneraciones,

vas que resultan compatibles con el Convenio. Por tanto, no se puede afirmar que el Convenio OTI 151 implique necesariamente a la negociación colectiva.

bonificaciones y beneficios de toda índole, cualquier sea su forma, modalidad, mecanismo y fuente de financiamiento, incluyendo los derivados de arbitrajes en materia laboral.³

En este contexto, el TC señala con contundencia que dichas restricciones presupuestarias (que prohibían incrementos, bonificaciones y beneficios de toda índole), traducen el principio de equilibrio presupuestario establecido en el artículo 77 de la Constitución. Por tanto, constituyen un límite legítimo a la negociación colectiva (y al arbitraje potestativo resultante de dicho procedimiento) entre organizaciones sindicales y entidades del Estado. En ese sentido, *dicha disposición normativa resulta plenamente constitucional y, por ende, vinculante para todos los poderes públicos y privados, en el marco de cualquier negociación colectiva que reúna estas características.*

Finalmente, el TC precisa que cualquier eventual incremento y/o beneficio económico resultante de una negociación colectiva llevada a cabo con entidades del Estado, debe ser cubierto con recursos provenientes de ingresos propios, previamente incluidos en el presupuesto de la entidad, y de ninguna manera financiados por ingresos que tengan como origen otras fuentes. Además, se señala que todo incremento deberá estar previsto oportunamente en el presupuesto de la entidad al momento de la negociación o, en defecto de ello; en el presupuesto del año subsiguiente.

La postura actual del tribunal constitucional

La posición actual del Tribunal se encuentra vertida en dos casos sustancialmente similares, resueltos a finales del año 2015 y comienzos del año 2016. El año 2015, el Tribunal Constitucional resuelve los Expedientes N°s 0003-2013-PI/TC, 0004-2013-PI/TC y 0023-2013-PI/TC; en donde se cuestionaron las normas presupuestarias que prohibían la negociación colectiva (Leyes Anuales de Presupuesto de 2012 y 2013). El año 2016, el TC resuelve los Expedientes N°s 0025-2013-PI/TC, 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC y 0017-2014-PI/TC; en donde se cuestionaban diversos aspectos de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil (entre otros temas, la prohibición de regular materias económicas en la negociación colectiva).

3 El Tribunal Constitucional señala que dichas restricciones vienen desde la Ley Anual de Presupuesto Público del 2008. Sin embargo, como hemos podido ver, dichas restricciones se han establecido de manera continua, desde la década de 1980.

Estos dos casos, el Tribunal Constitucional define de lleno los alcances constitucionales del derecho de negociación colectiva en el Sector Público y su vinculación con las normas de presupuesto.

El TC considera que la negociación colectiva es un derecho constitucional de los servidores del Sector Público. Se trata de un derecho que se encuentra implícito en el artículo 42 de la Constitución, que se refiere a los servidores públicos y que expresamente sólo menciona los derechos de sindicalización y huelga. El TC precisa que la garantía institucional de ambos derechos, requiere la existencia de la negociación colectiva.

El Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho es a negociar, a discutir. No existe el derecho a la obtención efectiva del convenio, del acuerdo (el producto de la negociación), ni a la obtención de beneficios como consecuencia necesaria, obligatoria o automática. En ese contexto, también se señala que ambas partes tienen la obligación de negociar de buena fe. Tienen la obligación de llevar a cabo, verdaderas negociaciones, en el marco de un proceso de diálogo.

Un punto importante en estas sentencias es la indicación de que la negociación colectiva está sujeta a las reglas del derecho constitucional presupuestario. Dado que el resultado de la negociación colectiva genera repercusiones directas en el presupuesto estatal, este proceso debe efectuarse cumpliendo los principios y reglas presupuestales, así como al proceso presupuestario y su lógica.

Además, el TC señala que en el ámbito público es usual que la vigencia de un convenio colectivo dependa de su presentación ante una autoridad legislativa o administrativa con el objeto de incorporarlo a un instrumento legal o normativo en general. Ello no es inconstitucional. El bien común y el hecho de que la negociación colectiva en materia de remuneraciones y otros beneficios tenga relación directa con el manejo del presupuesto del Estado genera que se establezcan parámetros de mayor exigencia o, si se quiere, de intervención del Estado.

También señala que, si bien existe la obligación constitucional de estimular y fomentar la negociación colectiva, ello no conlleva la anulación del papel del Estado en su rol de garante de derechos fundamentales y bienes o principios constitucionales. Existen principios y bienes jurídicos preferentes que pueden desplazar o reducir el alcance de la negociación colectiva.

Bajo ese marco, lo que el TC ha declarado inconstitucional es la restricción o prohibición absoluta y permanente, a la negociación de temas económicos en la negociación colectiva del sector público. El TC ha señalado que puede haber pro-

hibiciones absolutas pero temporales a la negociación colectiva, ante situaciones de crisis económica, por ejemplo. Esta restricción debe estar justificada y durar un tiempo razonable (se ponen 3 años, como referencia).

Si bien se reconoce la negociación colectiva como derecho constitucional, el TC ha establecido que su configuración, su ámbito, delimitación, las condiciones de su ejercicio, así como sus limitaciones y restricciones se establecen por ley. Es un derecho sujeto a configuración legal. Esto es, que se requiere una ley de desarrollo que precise sus alcances, formas y mecanismos.

En esa línea se ha señalado que la Constitución ha dejado al legislador un margen de discrecionalidad para delimitar o configurar su contenido, al mismo tiempo que establecer las condiciones de su ejercicio y las restricciones o limitaciones a las que este puede encontrarse sometido, las que en todos los casos han de ser idóneos, necesarios y proporcionales. Asimismo, se precisa que el legislador puede establecer un régimen jurídico diferenciado para la negociación colectiva en el Sector Público.

En las sentencias citadas, el TC establece lineamientos, para la futura ley de negociación colectiva:

- a) Se debe prever la disposición de información económica, financiera y presupuestaria, en favor de los trabajadores, para el proceso de negociación.
- b) En el proceso de negociación colectiva -que es inicialmente bilateral- puede participar una autoridad pública, cuando se discutan temas remunerativos o económicos.

El TC señala que la legislación debe definir cuáles serían estas instancias gubernamentales que participarían en estos procesos de negociación y los límites dentro de los cuales se pueden arribar a acuerdos.

En este contexto se debe mencionar que el TC no ha predefinido la existencia de arbitraje. No es un mecanismo constitucionalmente obligatorio, para el sector público.

- c) La legislación puede definir modelos de negociación centralizados, sectoriales o descentralizados. Inclusive, también puede establecer modelos mixtos, donde se combinen niveles de negociación.
- d) Dado que participa la Administración Pública, la autonomía de las partes no puede ser absoluta. Resulta admisible establecer reglas que contemplen el margen en que las partes pueden negociar cláusulas económicas.

- e) La legislación necesariamente debe poner salvaguardas que tutelen los principios presupuestarios de equilibrio presupuestal, asignación equitativa, eficiencia y satisfacción de necesidades básicas.
- f) Cualquiera que fuese el modelo adoptado por el legislador, la aprobación final de condiciones económicas requiere de la aprobación parlamentaria. De esta manera se asegura que dichos montos sean compatibles con el presupuesto general de la República.

En relación a las competencias de los árbitros y tribunales arbitrales en el contexto de la negociación colectiva, el TC ha señalado que deben sujetarse al marco jurídico vigente. El TC señala expresamente que dicho marco jurídico incluye a la Constitución, sus interpretaciones vinculantes y, además; el respeto a las disposiciones presupuestarias que tienen sede constitucional.⁴

El TC señala que las remuneraciones y beneficios económicos deben ser un mecanismo para atraer y retener personal idóneo en el Servicio Civil Peruano. En ese sentido, el ajuste de condiciones económicas no es privativa del proceso de negociación colectiva. El Estado –como empleador– debe evaluar las retribuciones que se otorgan a los servidores, de acuerdo al contexto económico - social. Esto, con la finalidad de asegurar –por un lado– una remuneración equitativa y suficiente y –por otro– la contribución a la eficacia y la efectividad de los servicios que dicho Estado tiene a su cargo.

Un aspecto particular de estas sentencias, es que el Tribunal Constitucional declara su “*vacatio sententiae*”, es decir, la aplicación diferida de sus efectos (la declaración de inconstitucionalidad). Estas sentencias recién producirían efectos, a partir del año de la primera legislatura del período legislativo 2016 – 2017 (es decir, a finales de diciembre 2017).

⁴ Esta posición ya venía definida por el Tribunal Constitucional. Así, en el expediente N° 6167-2005-PH/TC, el TC ha señalado que el control constitucional jurisdiccional no queda excluido, sino que se desenvuelve a posteriori cuando se vulnera el derecho a la tutela procesal efectiva *o se advierte un incumplimiento, por parte de los propios árbitros, de la aplicación de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria*, los mismos que los vinculan en atención a los artículos VI in fine y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente (fundamento 18, énfasis nuestro).

El derecho de negociación colectiva, como derecho de constitucional de configuración legal

Como hemos visto líneas arriba, el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho de negociación colectiva en el Sector Público tiene nivel constitucional, siendo uno de configuración legal.

¿Qué significa que un derecho constitucional sea de configuración legal? Esto lo explica el propio Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional, siguiendo lo señalado por la doctrina constitucional, ha establecido que los derechos constitucionales tienen distinta eficacia (Fundamento 11 del Expediente N° 1417-2005-AA/TC). Así, el TC señala que existen disposiciones constitucionales de dos tipos: las normas regla y las normas principio.

Sobre las primeras (normas regla), se señala que son mandatos concretos de carácter autoaplicativo y son, consecuentemente, judicializables. Las segundas (normas principio) constituyen mandatos de optimización, normas abiertas, de eficacia diferida, que requieren de la intermediación de una norma legal (norma de nivel primario), para alcanzar plena concreción y ser susceptibles de judicialización. Esto es, para ser exigibles.

En ese contexto tenemos los derechos constitucionales de “configuración legal”. El TC señala que existen derechos de este tipo, porque así lo ha previsto la propia Constitución (por ejemplo, el artículo 27 de la Constitución en relación con el derecho a la estabilidad laboral. Fundamento 11 y siguientes, del Expediente N° 0976-2001-AA) o en razón de su propia naturaleza (por ejemplo, los derechos sociales, económicos y culturales).

Estos derechos constitucionales de configuración legal requieren de una ley, como requisito *sine qua non*; para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental. En estos derechos, su reconocimiento constitucional no es suficiente para dotarlos de eficacia plena, pues su vinculación jurídica sólo queda configurada a partir de su regulación legal (a partir de la dación de una ley), la que los convierte en exigibles.

Sobre esta categoría, Fernández Delpuech por ejemplo, señala que en estos derechos, el contenido y perfiles quedan encomendados a la ley, siendo la inter-

vención legislativa más intensa que en otros derechos, ya que los conforma en su contenido.⁵

Esta autora cita a Pérez Tremps, quien ha señalado que los derechos constitucionales de configuración legal son “derechos que la propia Constitución reconoce y garantiza en función de su concreción por el legislador” (es decir, el Congreso, a través de una ley). También cita a Díez Picazo, quien considera que estos derechos “no son susceptibles de ejercicio en ausencia de un adecuado desarrollo por parte del legislador”. Esa es la categoría que el TC le ha asignado al derecho de negociación colectiva en el Sector Público.

La negociación colectiva en el sector público. La evidencia de los datos

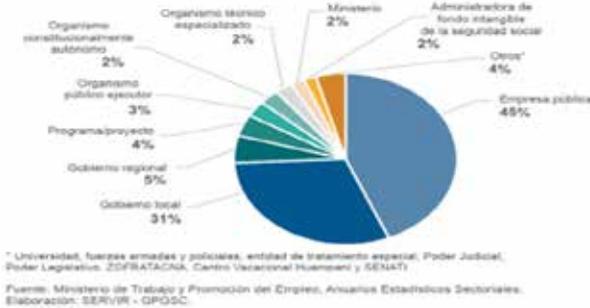
La Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR, en el documento “Negociación Colectiva en el sector público, 2017”,⁶ identifica para el período 2006 – 2016, entidades del Sector Público vienen suscribiendo acuerdos con organizaciones sindicales; en los cuales se otorga incrementos remunerativos y beneficios económicos. En ese mismo período también se identifican laudos arbitrales, sobre esos mismos temas.

Los gráficos a continuación muestran los tipos de entidades estatales que han venido acordando convenios colectivos (o laudos arbitrales) y los temas económicos que han sido regulados.

5 FERNÁNDEZ DELPUECH, Lucía. Una reconstrucción de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público. Agencia estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid 2015. Página 66.

6 Documento disponible en: <https://storage.servir.gob.pe//publicaciones-sc/negociacion-colectiva-sector-publico-2017.pdf>

Convenios colectivos registrados según tipo de entidad, 2006 - 2017



Convenios colectivos registrados según materia acordada, 2006 - 2017

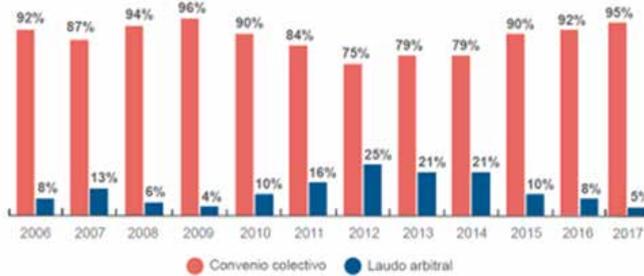


En el informe citado, SERVIR muestra una tendencia creciente en la solución mediante arbitraje, entre los años 2009 y 2014. En ese período, su participación se quintuplicó, pasando de de 4% a 21%. En ese contexto, las entidades públicas con mayor incidencia de negociaciones colectivas solucionadas vía laudos arbitrales continúan son las universidades, los organismos técnicos especializados, gobiernos regionales, organismos constitucionalmente autónomos y empresas públicas.

Para SERVIR esto se explicaría, al menos en parte, por el establecimiento del arbitraje potestativo para el régimen de la actividad privada en el año 2011. La otra hipótesis de SERVIR es que el arbitraje se estaría utilizando mecanismo para eludir la prohibición de acordar incrementos remunerativos vía negociación

colectiva, establecida legalmente (leyes de presupuesto y Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil).

Convenios colectivos registrados según tipo, 2006 - 2017



Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, Anuarios Estadísticos Sectoriales.
Elaboración: SERVIR - GPGSC.

Sector Público: Incidencia de laudos arbitrales registrados según tipo de entidad, 2006 - 2016



*ZOFRATACNA, Centro Vacacional Huampani y SENATI.

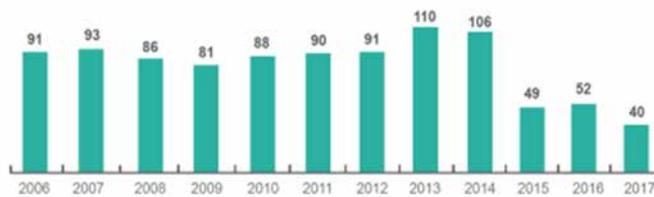
Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, Anuarios Estadísticos Sectoriales.
Elaboración: SERVIR - GPGSC.

SERVIR también llama la atención sobre una caída en el registro de convenios y laudos arbitrales y señala un problema de subregistro, esto es; que dichos instrumentos no vienen siendo registrados, comunicados y hechos públicos. Esto concuerda con la verificación que ha venido realizando el Ministerio de Economía y Finanzas, respecto de beneficios otorgados mediante procedimientos de negociación colectiva, que no han sido registrado en los sistemas oficiales, obligatorios;

para las entidades públicas o, que se registran en partidas y utilizando mecanismos difíciles de identificar por parte de los entes rectores⁷.

Una hipótesis que se puede plantear en este punto es la falta de transparencia, con el objetivo de eludir las prohibiciones de incrementos remunerativos, como SERVIR lo ha señalado.

Convenios colectivos registrados, 2006 - 2017



Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, Anuarios Estadísticos Sectoriales.
Elaboración: SERVIR - GPGSC.

Problemas actuales de la negociación colectiva

Primero. Endeble marco jurídico de sustento.

Como hemos visto, en la práctica existen entidades que han venido desarrollando procesos de negociación colectiva, que han terminado en convenios colectivos o en laudos arbitrales. Sin embargo, el fundamento jurídico no es sólido y estaría sujeto a cuestionamiento.⁸

Esto, porque tanto a nivel normativo como a nivel de la jurisprudencia constitucional, el nivel y alcance de la negociación colectiva ha sufrido claramente una evolución. Por décadas y hasta comienzos del siglo XXI, fue considerado un derecho legal y restringido a lo que establecían las normas. Luego, a partir del año

7 La Ley de Presupuesto de 2019 ha creado el concepto de “partidas restringidas”, de modo que si un pago de remuneraciones o pensiones no está debidamente sustentado y registrado, ese importe se congela y no puede ser utilizado por la entidad estatal afectada, hasta que no cumpla con esos procedimientos. Sorprendentemente, tal como revelan los reportes periodísticos, se han restringido 1,600 millones de soles en entidades del Gobierno Nacional (incluyendo Organismos Constitucionalmente Autónomos) y Gobiernos Regionales.

8 El profesor Pedro Morales ha escrito en este sentido. MORALES, Pedro. Ob. cit., página 439.

2005 se empieza a considerar como un derecho de nivel constitucional, pero sujeto fuertemente a las restricciones presupuestarias. En el contexto reciente, habiéndose ratificado la negociación colectiva como derecho constitucional, se afirma también que es un derecho de configuración legal.

Cuáles son los parámetros jurídicos de las negociaciones colectivas, convenios y laudos emitidos, cuando existían prohibiciones, restricciones consideradas válidas por el Tribunal Constitucional. O como el caso actual, cuál sería el parámetro jurídico para establecer negociaciones, convenios y laudos válidos, cuando no existe la norma legal que configure cabalmente el derecho de negociación colectiva en el sector público. El hecho de que el Tribunal Constitucional haya señalado que es un derecho de configuración legal y que exista un margen de discrecionalidad para el diseño de la legislación, no es gratuito. Tiene un sentido y un efecto que no puede ser ignorado.

En ese contexto, es necesario que se dicte la legislación que cabalmente configure el derecho de negociación colectiva en el sector público. Esto, para seguridad de los propios servidores públicos, de los funcionarios y de la ciudadanía en general.

Segundo. Negociación colectiva poco transparente.

Siguiendo la hipótesis de SERVIR y los hallazgos del Ministerio de Economía y Finanzas, relativo a las “partidas restringidas”, existe fuerte evidencia de que la negociación colectiva, los convenios colectivos y laudos, se han estado realizando de manera poco transparente. Inclusive, ocultando la información correspondiente en partidas que no correspondía a recursos humanos y, sin reportar esa información a los entes rectores del Estado.

Esto es grave, porque: i) afecta las decisiones de política remunerativa general que se deben tomar en el sector público y agudiza diferencias entre entidades, ii) genera desconfianza sobre la integridad de los funcionarios y servidores públicos, quienes sabiendo sujetos al principio de legalidad en la Administración Pública, incumplen con reglas sustantivas y procedimentales de sistemas administrativos y, iii) genera riesgos en los niveles de presupuesto y sostenibilidad fiscal del Estado (porque finalmente, no se sabe cuanto se está gastando en el rubro de personal).

En ese sentido, la regulación de negociación colectiva en el sector público requiere transparencia total, para conocimiento de la ciudadanía. En primer lugar,

todos los pagos y beneficios económicos de los servidores públicos sean revelados, así como el pliego de reclamos, las propuestas, contrapropuestas, la situación económica financiera de las entidades y del Estado en general, las proyecciones a futuro y, finalmente, los convenios colectivos y los laudos. Hoy, con la tecnología existente, esa información debería incluirse en los portales de transparencia y además, ser reportada a los entes rectores del Estado, en materia de recursos humanos.

Los temas de la negociación colectiva no son de interés únicamente para los servidores y su entidad. Dado que estamos hablando de recursos financieros, recursos humanos, desempeño y objetivos del Estado, todos estos temas son de interés ciudadano. Por ello deben ser transparentes, públicos y debidamente sustentados.

Por ello, las reglas de transparencia deberían tener un nivel de refuerzo. Ser obligatorias. El inicio del procedimiento de negociación, así como la eficacia de sus productos (convenio o laudos) debería sujetarse al cumplimiento de las reglas de transparencia que se establezcan.

Tercero. Negociación colectiva que agudiza diferencias salariales en el sector público

Actualmente, la negociación colectiva es ejercida por servidores públicos de entidades que tienen, en la mayoría de los casos, las mejores remuneraciones en el sector público (OTEs, empresas estatales). Al otorgárseles mayores beneficios, se generan mayores distorsiones en el sistema general de remuneraciones en el sector público, a contrasentido de las reformas en el Empleo Público, que nuestro país pretende desarrollar desde algún tiempo.

La legislación sobre negociación colectiva debería considerar este objetivo, estableciendo, por ejemplo, la negociación centralizada nacional y algunas excepciones sectoriales (como por ejemplo, para los servidores de salud o los docentes).

Los beneficios no deberían depender, como factor específico, del presupuesto o de los ingresos propios de las entidades estatales. Por esa razón, personalmente no considero deseable un sistema de negociación de beneficios en cascada (donde se repitan, dupliquen o aumenten, beneficios en varios niveles de negociación).

Cuarto. Negociación colectiva que no mira a los resultados producidos por las entidades, ni a la ciudadanía

Como ha señalado el Tribunal Constitucional, el derecho de negociación colectiva es un proceso de diálogo. El derecho es a la negociación, no al producto o resultado. Esto último no es obligatorio ni necesario. En nuestro país, muchos parecen considerar lo contrario, que necesariamente se tiene que producir el producto (el convenio o el laudo) y el aumento o beneficio correspondiente. Además, pareciera considerarse que la negociación colectiva sólo debería considerar el interés sindical.

Sin embargo, dado que este es un proceso de negociación, debe tenerse claro que hay varios intereses en juego y, a diferencia de una negociación en una empresa privada, en el sector público, siempre hay tres (3) intereses en juego: el de los servidores y sus organizaciones sindicales, el de la entidad (como organización) y el de la ciudadanía.

Si vemos la negociación colectiva desde esta perspectiva, esta podría constituirse en un sistema que genere los incentivos adecuados para todos los involucrados. En primer lugar, el interés de los servidores públicos y sus organizaciones sindicales, de obtener mayores ingresos y beneficios, luego, el de las entidades estatales, que deberían promover el logro de los objetivos institucionales y finalmente, el interés de la ciudadanía; de recibir mejores servicios, regulación, supervisión, a cargo de tales entidades.

En ese sentido, mi opinión personal, los convenios colectivos solamente deberían contar con cláusulas temporales. Las cláusulas permanentes reducen incentivos. Como se constituyen en conceptos ya ganados. Ya no importa el desempeño. Los beneficios otorgados en la negociación colectiva deberían utilizarse como mecanismo para impulsar mejoras en la gestión y el desempeño de las entidades. Generaría interés por la mejora continua y en la orientación a resultados, en favor de la ciudadanía.

Quinto. Falta de respeto al proceso presupuestario y al bloque de constitucionalidad presupuestaria

Como ha señalado SERVIR, actualmente las negociaciones colectivas y sus productos (convenios colectivos y laudos arbitrales) ignoran los procesos y restricciones presupuestarias. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, en la

negociación colectiva del sector público es inevitable considerar las normas presupuestarias. En ese sentido, la legislación sobre negociación colectiva debería considerar lo siguiente:

- a) Evaluar ex – ante, la situación económica del Sector Público, así como del sector o entidades involucradas. A diferencia de lo que pudiera ocurrir en el sector privado, en el Sector Público no existen ahorros, recursos acumulados o utilidades retenidas. Tampoco existen recursos de libre disponibilidad. Como todas las acciones de la Administración Pública, esta se rige por el principio de legalidad, inclusive para la ejecución del presupuesto asignado.

En ese sentido, considero imprescindible que la legislación establezca la obligatoriedad de contar con un informe económico financiero elaborado por la autoridad Hacendaria/Financiera y, que este tenga carácter vinculante. En este informe debería indicarse la situación económica financiera, así como el margen de negociación. Ambos (informe económico financiero y margen presupuestarios) son elementos previstos y propuestos por el Tribunal Constitucional.

- b) Articulación del proceso de negociación colectiva con el proceso presupuestario. Así, la legislación debería estar etapas, plazos y fechas, para permitir dicha articulación.

En ese mismo sentido, el plazo de vigencia de los productos negociales debería ser de 2 ó 3 años. Esto reforzaría el proceso de programación multianual del presupuesto (que es trianual) y haría más previsible, los márgenes de negociación.

- c) Concordancia presupuestal de los productos negociales.

Considerando la importancia y vinculación de las normas presupuestarias, deberían establecerse mecanismos específicos que aseguren que los productos negociales respeten dichos parámetros, sea que nos estemos refiriendo a convenios o laudos (en caso de establecerse algún sistema arbitral).

Comentario final

Considero que la negociación en el sector público puede constituirse en un instrumento poderoso para mejorar el clima laboral en ese sector, y alinear los tres intereses existentes en las entidades estatales.

La negociación colectiva podría impulsar la mejora en los servicios brindados por las entidades a la ciudadanía, promoviendo una mejora en el desempeño de los trabajadores, un mejor uso de los recursos públicos y mayores beneficios para los servidores públicos. Necesitamos que la legislación se apruebe en ese sentido.

Lima, setiembre 2019.
Juan Jose Martinez Ortiz