

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DEL SERVICIO CIVIL

Razones que sustentan su expulsión del ordenamiento jurídico

ADOLFO CIUDAD REYNAUD⁽¹⁾

Diversos artículos de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, son inconstitucionales por ser incompatibles con nuestra norma fundamental y por ser violatoria de diversos tratados internacionales ratificados por Perú. La inconstitucionalidad de esta norma afecta al derecho de negociación colectiva, al derecho de huelga, al derecho de igualdad y no discriminación, y a la garantía de carrera administrativa. Además, es inconstitucional por no haber sido aprobada como ley orgánica.

En este artículo nos referiremos a las razones que sustentan la inconstitucionalidad en cada caso.

I. RELACIÓN LIBERTAD SINDICAL Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA (DIÁLOGO SOCIAL) Y FORTALECIMIENTO DE LA DEMOCRACIA

Con relación a la negociación colectiva, un primer problema de la Ley del Servicio Civil es que al prohibirse la negociación de condiciones económicas, se afecta el diálogo social que es parte consustancial de la democracia. A través de una negociación colectiva plena se permite que, en el ámbito laboral, se acuerden las condiciones económicas y de trabajo en las que se prestará el trabajo humano,

(1) Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado y consultor independiente. Se desempeñó como Especialista Principal en Legislación Laboral, y Administración del Trabajo de la Oficina de la OIT. Para la elaboración de este ensayo se contó con la valiosa colaboración de Andrea Sánchez Matos. adolfo.ciudad.reynaud@gmail.com.

a través de la representación que ejercen el Estado como empleador, y las organizaciones de trabajadores. Al ponerse obstáculos para el ejercicio pleno de la negociación colectiva de los trabajadores públicos, se debilita entonces el diálogo social y la democracia.

Este es el enfoque que la Organización Internacional del Trabajo ha tenido desde su creación en 1919 que está claramente señalado en sus instrumentos fundacionales, como en documentos recientes referidos al continente americano, como el Informe del Director General de la OIT presentado a reunión regional americana de esta organización en el 2006 (la Agenda Hemisférica 2006-2015). En este documento se señala que se requiere promover la democracia, y fundamentalmente, el diálogo social a nivel general y, en particular, en el nivel del mercado de trabajo. Esto implicaría, de un lado, promover y fortalecer los mecanismos institucionales del diálogo social (Consejos Nacionales de Trabajo, Consejos Superiores de Trabajo, Consejos Económicos y Sociales, entre otros), esto es, el diálogo social en la cúpula; y de otro lado, promover, fortalecer y facilitar, el diálogo social en la base del mercado de trabajo a través de la negociación colectiva de empresa y, donde resulte apropiado, a nivel de industria o rama de actividad económica, en donde exista la suficiente entidad material para ello y el acuerdo de los interlocutores sociales⁽²⁾.

Como señala la aludida Agenda Hemisférica aprobada en forma tripartita por los delegados que concurrieron a la reunión regional americana de Brasilia del 2006, “no es posible promover la democracia si no se asocia el diálogo social a los procesos de participación ciudadana que la consolidan y la fortalecen”. Se subraya, que este tipo de participación abarca la apertura al diálogo, la transparencia y el fortalecimiento de la representatividad tanto en el Sector Público como en el Sector Privado: “Los procesos de participación deben alcanzar los ámbitos nacional y local y llegar hasta el propio lugar de trabajo. Esta participación ciudadana debe ir más allá del ejercicio del derecho a voto para la elección de las autoridades gubernamentales o los representantes en los órganos legislativos. Las sociedades democráticas requieren procesos de participación, y estos necesitan un diálogo abierto y el compromiso de la sociedad y de sus actores, quienes deben tener representatividad para opinar acerca de las decisiones que los afectan. El déficit de representación de mujeres en las instancias de diálogo social debe considerarse como un problema del ejercicio de la ciudadanía”⁽³⁾.

(2) OIT, Trabajo decente en las Américas: una agenda hemisférica, 2006-2015, Informe del Director General, Juan Somavia, XVI Reunión Regional Americana, Brasilia, Oficina Internacional del Trabajo, mayo de 2006, p. 21.

(3) Ídem.

Tal enfoque, continúa el informe, “permite definir la negociación colectiva como una forma de diálogo social, tal como se planteó en la Memoria para la 87ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (1999). En ella se hace referencia al diálogo social “en sus múltiples formas y niveles, desde la cooperación y las consultas tripartitas nacionales hasta la negociación colectiva en la propia empresa”. Se señala, asimismo, que con el diálogo social “los interlocutores sociales pueden fortalecer, además, una gobernación democrática, al crear unas instituciones del mercado de trabajo vigorosas y flexibles que contribuyan a una paz y una estabilidad social y económica duraderas”⁽⁴⁾.

Este enfoque concuerda con la “definición mínima de democracia”, de Norberto Bobbio, de acuerdo con la cual “se entiende por régimen democrático un conjunto de reglas procesales para la toma de decisiones colectivas en el que está prevista y propiciada la más amplia participación posible de los interesados”⁽⁵⁾. Este mismo autor añade que “cuando se desea conocer si se ha dado un desarrollo de la democracia en un determinado país, se debería investigar no si aumentó o no el número de quienes tienen derecho a participar en la decisiones que les atañen, sino los espacios en los que pueden ejercer ese derecho. Hasta que los dos grandes bloques de poder que existen en lo alto de las sociedades avanzadas, **la empresa y el aparato administrativo**, no sean afectados por el proceso de democratización (...), el proceso de democratización no podrá considerarse realizado plenamente”⁽⁶⁾.

Como puede verse, el fomento de la negociación colectiva y del diálogo social tiene una importancia política trascendental para el afianzamiento de la democracia y que sin regresar al anterior Estado productor y excesivamente intervencionista, avance en la construcción de un Estado normativo, promotor, regulador y generador de nuevos sistemas de solidaridad⁽⁷⁾. Un Estado que esté al servicio de todos sus ciudadanos tiene que respetar la existencia de una sociedad pluralista, “lo que solo puede fundarse en la construcción de consensos a través del diálogo social. Este diálogo deberá ser el canal de participación de las organizaciones representativas de los sectores sociales directa o indirectamente involucrados. Es decir, el diálogo social será el camino para procesar los diferentes

(4) Ídem.

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

(6) *Ibidem*, p. 35. El resaltado es nuestro.

(7) Cfr. OIT. *Trabajo decente en las Américas ...* Ob. cit., p. 14.

intereses y alcanzar consensos básicos sobre cómo construir el Estado que piden los ciudadanos”⁽⁸⁾.

Basado en esta mismas consideraciones, Baylos ha señalado también que el diálogo social es, antes que nada, expresión del principio de pluralismo social, y, en consecuencia, pieza fundante del sistema democrático⁽⁹⁾.

En efecto, en la medida que la democracia se sustenta en una visión pluralista de la sociedad, todos los intereses de los diferentes grupos sociales, tanto de empleadores como de trabajadores, deben estar representados en un Estado auténticamente democrático.

En tal virtud, el marco normativo de una sociedad pluralista debe suponer un compromiso, un pacto normativo de convivencia política entre los distintos sectores sociales. Así como se reconoce el derecho de propiedad privada y de libertad de empresa, deben de reconocerse también garantías y derechos en favor de los trabajadores, los ciudadanos que trabajan (que además son la mayoría en la sociedad), tanto de naturaleza individual como colectiva, destinadas a balancear y equilibrar el sistema nacional de relaciones de trabajo.

De esta forma, un gobierno que propugna o que tiende a la concertación nacional para todo el país, en el plano laboral debe traducirse en un gobierno de concertación social que propicie un clima de diálogo y paz que contribuya al desarrollo económico sustentable, a la lucha contra la pobreza y la paz social.

Así, la actitud de un gobierno pluralista se diferencia radicalmente de la actitud de gobiernos autoritarios y antidemocráticos que caracterizan su gestión laboral en mecanismos de imposición vertical y en la permanente ausencia de mecanismos de diálogo social.

No cabe duda de que un sistema de consenso y de negociación-concertación permite canalizar las demandas sociales e interpretar los requerimientos de los diferentes sectores mediante la articulación de acuerdos y alianzas. Este tipo de aproximación la consideramos indispensable, en la medida que ninguna unidad político-social puede existir sin un mínimo de integración, y por lo tanto, de un auténtico consenso.

El logro de tal consenso solo será posible si lo entendemos como un fenómeno dinámico, lo que significa que el consenso debe lograrse cada vez de nuevo,

(8) Ibidem, p. 14.

(9) BAYLOS GRAU, Antonio. *Diálogo social y autonomía colectiva*. Universidad de Castilla-La Mancha.

cuando nuevos grupos expresen sus demandas y cuando las relaciones dadas sufran cambios o alteraciones.

La concertación se convierte así, desde el terreno laboral, en el vehículo que permite afirmar la democracia, y a su vez, en instrumento por medio del cual se democratizan las estructuras, instituciones y procedimientos de las relaciones de trabajo.

La democracia, pues, para ser auténtica, debe llegar al mundo del trabajo, y viceversa, solo la democracia permite la plena vigencia de las libertades y derechos humanos fundamentales como la libertad sindical y la negociación colectiva.

No obstante esa importancia del diálogo social en países como el nuestro que está en pleno proceso de recuperación y consolidación de la democracia, esta ley se aprobó sin consulta ni consenso de los trabajadores del Sector Público. Esto a pesar que en materia laboral los Convenios de la OIT 122 (sobre políticas de empleo) y 144 (sobre consulta tripartita), ambos ratificados por Perú, obligan a los Estados a consultar con las organizaciones de empleadores y de trabajadores cualquier modificación de la legislación laboral.

Estamos de acuerdo que es de una imperiosa necesidad contar con una administración pública eficiente que garantice que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos y mejoren su calidad de vida. Es también esencial para un desarrollo económico y social sostenible, para lo que se necesita que se presten servicios de alta calidad. No obstante, estos desafíos solo pueden ser alcanzados a través de diferentes formas de diálogo social y, muy particularmente, de la negociación colectiva entre las organizaciones sindicales y la administración pública.

II. RESTRICCIÓN DEL DIÁLOGO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Esta inconstitucional ley no solo fue aprobada sin diálogo ni consulta previa, sino que ha afectado el diálogo social en forma permanente al restringir el derecho de negociación colectiva solo a condiciones de trabajo, vaciándola de contenido al prohibirse la negociación de condiciones económicas, con lo que se elimina el contenido salarial, en violación del artículo 28 de la Constitución que reconoce el derecho de negociación colectiva sin ninguna restricción. De igual forma se afecta el artículo 23 de la Constitución que asigna al Estado la responsabilidad de promover condiciones para el progreso social y económico y asegurar que ninguna relación laboral limite el ejercicio de los derechos constitucionales.

Los artículos de la Ley N° 30057 que lesionan el derecho de negociación colectiva son los siguientes:

- 1) El artículo 31.2, que dispone que las **compensaciones económicas no son materia de negociación**.
- 2) El artículo 40, que establece que **ninguna negociación colectiva puede alterar la valorización de puestos de la ley**.
- 3) El artículo 42, que **solo permite** a los trabajadores públicos **solicitar la mejora de sus compensaciones no económicas**.
- 4) El artículo 43, que señala que el pliego que da inicio a la negociación colectiva **solo** puede contener **peticiones respecto a condiciones de trabajo**; y,
- 5) El artículo 44, que dispone que las **propuestas** de la entidad estatal relativas a **compensaciones económicas son nulas** de pleno derecho, y que también son **nulos los acuerdos** adoptados en violación de dicho artículo.

Se ha legislado así trasgrediendo lo expresamente señalado en el artículo 28 de la Constitución que reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, que están ubicados dentro del Título I, “De la persona y de la sociedad”, aplicable a todos los ciudadanos peruanos que trabajan. El referido artículo no solo garantiza la negociación colectiva sino que impone la obligación al Estado de fomentarla como parte de la promoción de formas de solución pacífica de los conflictos laborales.

De esta forma, mientras la Constitución reconoce el derecho de negociación colectiva en forma completa e integral, la Ley N° 30057 solo reconoce una parte de la negociación colectiva (para condiciones de trabajo), mientras que prohíbe la otra parte sustancial de la negociación colectiva (las condiciones económicas). Con ello, se restringe, limita y vacía de contenido a este importante derecho fundamental en el trabajo.

En efecto, la negociación colectiva es uno de los cuatro principios y derechos fundamentales en el trabajo junto con la libertad sindical. En junio de 1998, la OIT adoptó por acuerdo tripartito de todos sus constituyentes (todos los gobiernos y representantes de empleadores y trabajadores del mundo), la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento. Estos principios, entre otros, incluyen el reconocimiento efectivo del derecho

de negociación colectiva, que deben ser respetados con independencia de la ratificación o no de los ocho convenios fundamentales.

El diálogo social entre los gobiernos y las organizaciones de trabajadores de la Administración Pública, son congruentes con los instrumentos fundacionales de la OIT, como la Declaración de Filadelfia de 1944, incorporada como parte integrante de la Constitución de la OIT, que establece que una de las principales misiones de la OIT es la de **promover la negociación colectiva en el mundo entero**, resaltando “la obligación solemne de la Organización Internacional del Trabajo de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan lograr (...) el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva”.

Nuestro Tribunal Constitucional así lo ha entendido también y enfatizado en diversas oportunidades, como en el Caso Cosapi S.A., Exp. N° 0785-2004-AA/TC, en cuyo fundamento 5 ha señalado que:

“(...) el derecho constitucional a la negociación colectiva se expresa principalmente 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”.

La titularidad del derecho a la negociación colectiva de los trabajadores públicos goza de amplia jurisprudencia consolidada en la doctrina del Tribunal Constitucional. Por ejemplo, en el Exp. N° 008-2005-PI/TC, demanda de inconstitucionalidad presentada contra diversos artículos de la Ley N° 28175, Marco del Empleo Público, en el fundamento 29 ha definido al convenio colectivo:

“como el acuerdo que permite crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones referidas a **remuneraciones**, condiciones de trabajo, productividad y demás aspectos concernientes a las relaciones laborales. (...)” (el resaltado es nuestro).

Agregando además que:

“La convención colectiva –y más precisamente, su producto, el convenio colectivo, que contiene normas jurídicas– constituye un instrumento idóneo para viabilizar la promoción de la armonía laboral”.

Igualmente, en el fundamento 52 de dicha sentencia se ha precisado que:

“(…) la Constitución reconoce en su artículo 42 el derecho de sindicación de los servidores públicos. Consecuentemente, las organizaciones sindicales de los servidores públicos **serán titulares del derecho a la negociación colectiva, con las excepciones que establece el mismo artículo 42**, a saber los funcionarios del Estado con poder de decisión, lo que desempeñan cargos de confianza o de dirección, y los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional”.

Por ello, en el quinto punto resolutivo de la sentencia emitida en el Exp. N° 008-2005-PI/TC, se resolvió:

“DECLARAR que, de acuerdo a lo dispuesto por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y a la reiterada jurisprudencia de este Tribunal, los derechos laborales de los trabajadores, como los de sindicación, negociación colectiva y huelga previstos en el artículo 28 de dicho texto, deberán interpretarse de conformidad con lo dispuesto por el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el artículo 8 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales o Culturales o Protocolo de San Salvador; el Convenio 87 de la OIT relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación; el artículo 6 del Convenio N° 98 de la OIT, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva; y el Convenio N° 151 de la OIT, relativo a la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública, entre otros tratados de derechos humanos”.

De otra parte, el Tribunal Constitucional ha interpretado los alcances del derecho a la negociación colectiva, señalando que cualquier limitación debe aplicarse en forma restrictiva y que su contenido esencial son las remuneraciones y condiciones de trabajo y empleo (Exp. N° 0261-2003-AA/TC, Negociación colectiva por rama de actividad, Capeco, f. j. 3).

Asimismo debe tenerse en cuenta que la negociación colectiva es también contenido esencial de la libertad sindical y ha sido reconocida así, expresamente, por los órganos de aplicación y control de la OIT; en tal sentido, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que “(…) el derecho de la libre negociación colectiva constituye un derecho sindical fundamental. (...) (y que) el derecho a negociar

libremente con los empleadores las condiciones de trabajo constituye un elemento esencial de la libertad sindical (...).”

Por esto el Estado debe abstenerse de realizar cualquier actividad, normativa o administrativa, que signifique un impedimento para que las organizaciones de empleadores y trabajadores puedan negociar libremente, celebrar un convenio colectivo que es su resultado y que este convenio colectivo sea ejecutado conforme la libre voluntad de ambas partes. En otras palabras, constituye una verdadera obligación por parte del Estado de respetar la facultad normativa de los sujetos sociales; de manera tal que esta sea efectivamente autónoma y libre de imposiciones de terceros y en especial del propio Estado.

En ese sentido, el artículo 4 del Convenio 98 de la OIT, Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, adoptado en 1949, y ratificado por Perú el 2 de marzo de 1960, se refiere a la obligación de las autoridades públicas de los países que lo han ratificado, no solo de respetar o garantizar el derecho de negociación colectiva, sino que impone la obligación de **estimular y fomentar** la misma.

Debe precisarse que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, en su Estudio General sobre el Convenio 151⁽¹⁰⁾, ha señalado que la negociación colectiva en la Administración Pública es la práctica común a nivel internacional:

“325. La negociación colectiva de las remuneraciones de los empleados públicos se practica actualmente en casi todos los países de Europa y de América, en un número considerable de países de África y en algunos países de Asia/Oceanía. Algunos estados no incluyen salarios en el ámbito de aplicación de la negociación colectiva en la Administración Pública⁽¹¹⁾, pero otros en cambio, como Kiribati⁽¹²⁾, la ex República Yugoslava de Macedonia⁽¹³⁾ y Mauricio, fueron felicitados recientemente por la Comisión por los progresos realizados a este respecto⁽¹⁴⁾.”

(10) OIT. *La negociación colectiva en la Administración Pública, un camino a seguir*. Conferencia Internacional del Trabajo, 102ª Reunión, Ginebra, 2013.

(11) Véanse, por ejemplo, Burundi - CEACR, observación, 2011; Filipinas - CEACR, observación, 2011, y Rumanía - CEACR, observación, 2011.

(12) Kiribati - CEACR, observación, 2011.

(13) Ex República Yugoslava de Macedonia, CEACR, solicitud directa, 2005.

(14) Mauricio - CEACR, observación, 2011.

Por otra parte, el artículo 7 del Convenio 151 de la OIT, Convenio sobre las relaciones de trabajo en la Administración Pública, adoptado en 1978, y ratificado por Perú el 27 de octubre de 1980, incluye disposiciones en la misma dirección de estímulo y fomento de la negociación colectiva. Así precisa lo siguiente:

“Artículo 7.- Deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones”.

Llegado a este punto debemos referirnos a la incorrecta línea de argumentación por la cual se sostiene que, a pesar de que la Constitución reconoce y fomenta el derecho de negociación colectiva, como el artículo 7 del Convenio 151 no la menciona expresamente sino que se refiere a “**cualesquiera otros métodos**” que permitan participar en la determinación de las condiciones de empleo, entonces eso implica que los trabajadores públicos no tienen el derecho de negociación colectiva en forma plena, o que pueden tener menos negociación colectiva que lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución Política.

En Perú el derecho de negociación colectiva de los trabajadores públicos se sustenta principalmente en la Constitución (art. 28), y subsidiariamente, en el Convenio 151. En nuestro caso el Convenio complementa, amplía, pero no puede restringir, no puede interpretarse *in peius*, no puede menoscabar. Esto es así en virtud de que el artículo 19, párrafo 8, de la Constitución de la OIT dice, textualmente:

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

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

“Si un país que ratifica un convenio posee ya una legislación y una práctica **más favorable** a los trabajadores que el contenido del convenio, esta ratificación **no le obliga en absoluto a reducir el nivel**

de su legislación y de su práctica hasta los límites del convenio.

Este no podría invocarse en ningún caso para apoyar la reducción de la protección existente en virtud de la legislación anterior”⁽¹⁵⁾ (el resaltado es nuestro).

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

Hay que tener en cuenta que los convenios de la OIT, como todos los tratados, están redactados realidades sociales y jurídicas muy diferentes.

Finalmente, debe indicarse que la Defensoría del Pueblo, mediante Informe N° 001-2014-DP/AAE, del 4 de febrero de 2014, ha emitido opinión sobre las restricciones a la negociación colectiva contenida en la Ley del Servicio Civil, que establecen que los artículos 42, 43 y 44 de la Ley N° 30057, señalando que “vulneran el derecho fundamental a la negociación colectiva, pues establecen restricciones que no son excepcionales ni se limitan a lo estrictamente necesario, ni se han establecido por un periodo razonable”.

III. NORMA CUESTIONADA EN MATERIA DE HUELGA

Con relación al derecho de huelga, el artículo 45.2 de la Ley del Servicio Civil permite a la entidad pública la contratación temporal del personal necesario para garantizar la prestación de servicios mínimos de los servicios esenciales y los mínimos de los servicios indispensables para el funcionamiento de la entidad, con lo que en la práctica se elimina el derecho de huelga en el Sector Público.

El problema consiste en que la ley no detalla qué actividades serán consideradas como servicios esenciales, lo cual implica que las limitaciones al derecho de huelga podrían extenderse más allá de los supuestos admitidos por los órganos de control de la OIT para la calificación de un servicio como “esencial”. Actos arbitrarios de la administración podrían hacer que el derecho de huelga, reconocido en la Constitución se vuelva inoperante en la práctica, tal como puede

(15) VÁLTICOS, Nicolás. *Derecho Internacional del Trabajo*. Tecnos, 1977, Madrid, p. 487.

ocurrir, con el vacío legal que tiene esta norma, que no se puede corregir con disposiciones reglamentarias de inferior jerarquía que pueden fácilmente cambiarse al gusto del gobernante de turno.

Tampoco se detalla cómo será el proceso de determinación de los servicios mínimos y del número de trabajadores que los garanticen. Ello genera inseguridad jurídica que puede prestarse a conductas arbitrarias de las autoridades públicas.

De otra parte, también se pone en peligro la efectividad del derecho al incluirse la noción de “servicios indispensables para el funcionamiento de la entidad” porque no señala qué actividades serán consideradas como tales, con lo que a través de ese concepto se podría extender injustificadamente las restricciones de este derecho.

Por lo tanto, este artículo 45.2 viola el derecho de huelga garantizado por los artículos 28 y 42 de la Constitución. El derecho de huelga forma parte indisoluble de derecho de libertad sindical, pues es uno de sus medios de acción.

IV. NORMA CUESTIONADA EN MATERIA DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

De otro lado, la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la Ley del Servicio Civil prohíbe cualquier forma de progresión para los funcionarios sujetos a los Decretos Legislativos N°s 276 y 728, lo que implica que no se les aplicará nunca más ninguna mejora, ascenso, ni incremento salarial. Esto implica que verán sus remuneraciones y condiciones de trabajo congeladas de por vida, a pesar de que tales regímenes establecen derechos a incrementos remunerativos, ascensos y mejoras de diversa índole. Esto equivale a la muerte civil por el hecho de no someterse a concurso para ingresar al nuevo régimen de la Ley de Servicio Civil. Con esta disposición se discrimina y se otorga un trato diferente no justificado respecto de aquellos que, estando en el mismo régimen y realizando las mismas labores, sí optan por acogerse a la Ley del Servicio Civil.

Pero esto no es así para todos, pues la Ley del Servicio Civil establece este régimen laboral para unos, pero su primera disposición complementaria y final excluye sin ninguna justificación a determinado grupo de trabajadores de sus alcances en materia de restricción del contenido salarial de la negociación colectiva: Banco Central de Reserva, Congreso de la República, Superintendencia Nacional

de Administración Tributaria - Sunat, Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, la Contraloría General de la República, entre otros.

Esto contraviene el artículo 26 de la Constitución que establece que en la relación laboral se respeta el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación, así como el Convenio 111 de la OIT que define la discriminación como cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en cualquier motivo que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades en el empleo o en la ocupación.

V. GARANTÍA DE CARRERA ADMINISTRATIVA

De otra parte, el artículo 40 de la Constitución establece la garantía de carrera administrativa que se traduce, entre otras cosas, en el principio de no injerencia política en el ejercicio de la función administrativa: tanto en el acceso al empleo público; al derecho de ascenso basado en el mérito y la capacidad; y en la restricción en la extinción del vínculo laboral frente a la libre remoción que rigen en el sistema de confianza política.

Pero la Ley del Servicio Civil ha establecido la supresión de puestos y la extinción de la entidad (incisos k y l, art. 49), como causales de término del servicio, lo que viola el principio de estabilidad laboral, que es uno de los principios orientadores de la carrera administrativa que tiene por finalidad excluir la discrecionalidad política para despedir a funcionarios de carrera.

El trabajador público tiene al Estado como empleador único. El Tribunal Constitucional ha señalado en su jurisprudencia que el Estado es único e indivisible, por lo que la extinción de un organismo público no debería originar en forma directa e inmediata la extinción de un vínculo laboral en carrera administrativa, sino una reubicación en otro puesto. Con estas prescripciones se afecta la garantía de carrera administrativa.

VI. TRATAMIENTO DE LEY ORDINARIA Y NO DE LEY ORGÁNICA

Finalmente, la Ley del Servicio Civil tiene un problema de forma muy importante. Se aprobó por ley ordinaria y no por ley orgánica. El artículo 106 de la Constitución establece que mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y

funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, para las que se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso. Las diversas leyes orgánicas de las instituciones establecidas en la Constitución tienen artículos de naturaleza laboral donde se determina el régimen laboral de sus trabajadores y determinadas condiciones de prestación del servicio. Por lo que si se modifica el régimen laboral de estos servidores previsto en una ley orgánica, debe hacerse a través de una ley orgánica y no de una ley ordinaria.

El artículo 75 del Código Procesal Constitucional establece que se puede denunciar la inconstitucionalidad, por contravenir el artículo 106 de la Constitución, cuando se hubiera regulado una materia reservada a ley orgánica o cuando una ley general o norma con rango de ley modifique o derogue una ley aprobada como tal.

Al respecto el Tribunal Constitucional ha señalado en el fundamento 17 de la Sentencia N° 0009-2008-PI que:

“El artículo 106 de la Constitución precisa que la fuente denominada ‘ley orgánica’ es competente para regular solo la estructura y el funcionamiento de los órganos constitucionales de relevancia constitucional, esto es, ‘las entidades del Estado previstas en la Constitución’, así como todas las materias cuya regulación la Constitución ha reservado a tal fuente. De ahí que **sería inconstitucional que una ley ordinaria pretenda regular materias reservadas a leyes orgánicas**”.

De igual forma, la Sentencia N° 0023-2008-PI ha enfatizado tal idea señalando que los órganos constitucionales deben ser regulados en desarrollo del mandato constitucional, por leyes orgánicas que definen su estructura. Por el contrario, la Ley N° 30057, establece un régimen laboral que puede afectar la autonomía funcional y administrativa de los órganos constitucionales, en la medida que tales entidades ya no podrán más determinar la oportunidad y formas de la evaluación de su personal, además que el Cuadro de Puestos de la Entidad será aprobado por el Consejo Directivo de Servir con opinión favorable de la Dirección General de Presupuesto Público del Ministerio de Economía y Finanzas, entre otros aspectos, sin que tales entidades del Estado tengan la posibilidad siquiera de opinar.

Por ello, la Ley del Servicio Civil N° 30057, aprobada como ley ordinaria, afecta la garantía institucional de la autonomía funcional y administrativa de tales entidades por imponerles una organización del trabajo que importa modificación de los documentos de gestión que tienen establecidos, obligan a la modificación

de beneficios que se les tiene reconocidos en sus respectivos reglamentos internos de trabajo, con lo que modifica las respectivas leyes orgánicas de estas entidades constitucionales, modifica el régimen laboral que las leyes orgánicas tienen establecido, así como que la evaluación del personal será dirigida por Servir, lo que implica que el Poder Ejecutivo tendrá una injerencia determinante en el personal de entidades constitucionales que se rigen por una ley orgánica, lo que puede implicar una directa forma de intervención en aquellas.

Hay que tener en cuenta que las entidades y materias reservadas a ley orgánica en la Constitución, que contienen regulaciones en materia laboral, son las siguientes:

- Ley Orgánica de Elecciones (art. 31);
- Ley de la Contraloría General de la República (art. 82);
- Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú (art. 84);
- Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 143);
- Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura (art. 150);
- Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo (art. 161);
- Ley Orgánica de Municipalidades (art. 196);
- Ley Orgánica de las Regiones (art. 198);
- Ley Orgánica de Garantías Constitucionales (art. 200);
- Ley del Consejo de Ministros (art. 121);
- Ley Orgánica del Ministerio Público (art. 158);
- Ley del Jurado Nacional de Elecciones (art. 177);
- Ley de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (art. 177);
- Ley del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (art. 177);
- Ley del Tribunal Constitucional (art. 200 y 201).

Todos estos órganos, que se regulan mediante leyes orgánicas, se han visto afectados en su autonomía administrativa y funcional por la Ley N° 30057, en

lo que respecta a la gestión de su personal como se ha indicado precedentemente. A pesar de ello, la Ley N° 30057 se aprobó como una ley ordinaria con solo 57 votos, cuando constitucionalmente debió ser aprobada con una mayoría calificada de 66 votos, conforme corresponde a las leyes orgánicas.

Por todo lo anterior, estimamos que los artículos antes indicados de la Ley del Servicio Civil deberán ser expulsados del ordenamiento jurídico nacional por ser contrarios a la Constitución, e incompatibles con un Estado democrático de derecho, al que corresponde un sistema democrático de relaciones de trabajo basado en el diálogo y la cooperación, así como en el ineludible respeto de los derechos fundamentales en el trabajo, entre los que no puede faltar la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva sin restricciones impuestas por la ley.