

EL OLVIDADO DEBER DE FOMENTO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

LAURA TORRES SOTO

Como es sabido en nuestra Constitución Política se encuentran enumerados algunos de los derechos fundamentales reconocidos a todas las personas; sin embargo, es pasado por alto que allí no solo se encuentran los derechos –pretensiones– sino también las denominadas libertades; un claro ejemplo de ello lo tenemos en el inciso 14 del artículo 2 que contempla la libertad de contratar de forma lícita, el derecho a contratar se encuentra reconocido expresamente como un derecho fundamental; sin embargo, este es un claro ejemplo de un derecho libertad, en tanto que si bien podemos contratar con otra persona, esta no se encuentra obligada a contratar con nosotros, puede escuchar nuestra oferta y ver nuestra clara intención de querer contratar con él pero finalmente decir –por diversos motivos– no acepto el contrato. Caso contrario del derecho al derecho a la intimidad, este es un claro ejemplo de una pretensión, otra persona no puede decidir si transgrede o no nuestro derecho a la intimidad.

En el caso de la negociación colectiva, por otro lado, se han venido siguiendo diferentes posturas, para algunos la negociación colectiva es un “derecho” libertad, en tanto que si el sindicato de una empresa solicita negociar colectivamente con su empleador, este último puede negarse a negociar colectivamente con su sindicato en tanto “la negociación es libre y voluntaria” y por el contrario, también se sostiene que el derecho a la negociación colectiva es un derecho pretensión, en tanto que el empleador deberá ser obligado a negociar colectivamente.

Ahora, consideramos que para defender una u otra posición no debe de perderse de vista un factor importante, que es el deber del Estado de fomentar colectivamente la negociación colectiva y la solución pacífica de conflictos, un deber considerado en nuestra Constitución Política del Perú (la Constitución), que parece haberse sido olvidado. Pero lejos de lo anterior, qué entendemos por el deber de fomento, ¿El Estado podría obligar al empleador a negociar al empleador con el propósito de fomentar la negociación colectiva? Particularmente consideró que efectivamente el Estado podría hacerlo para garantizar un ejercicio real de lo que significa negociar colectivamente, lamentablemente vemos como el deber del Estado no se refleja en las estadísticas y en nuestro contexto socio coyuntural, aún más cuando es el propio Estado el que ha limitado el derecho a negociar colectivamente al Sector Público.

Entonces, partiendo que el Estado tiene el deber de promover la negociación colectiva, debemos conocer qué es aquello que debería de garantizar a fin de poder además saber si en su deber de fomento podría obligar a un empleador a negociar colectivamente o más bien su actuar sería un acto de injerencia.

I. DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y EL DEBER DE FOMENTO

1. Negociación colectiva

El derecho a la negociación colectiva es un reconocido derecho fundamental recogido en el artículo 28⁽¹⁾ de la Constitución, asimismo se encuentra desarrollado en el Convenio Internacional del Trabajo (CIT) número 98, “Convenio sobre el derecho a la sindicación y de negociación colectiva” ratificado por el Perú el 13 marzo 1964 y el CIT número 154 (no ratificado por el Perú).

Como es sabido los tratados internacionales en materia de derechos humanos son parte de nuestra legislación interna pudiendo hasta sostener que lo tratados no ratificados pero que versen sobre derechos fundamentales como el CIT 154, podrían aplicarse de la misma manera que cómo cualquier ley interna.

En ese sentido, tenemos que el derecho a la negociación colectiva, se encuentra reconocido como un derecho fundamental tanto para órganos internacionales,

(1) Artículo 28.- “El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga (...)”.

como la Organización Internacional de Trabajo (OIT) y también por nuestra propia legislación interna, reconocida a través de nuestra constitución. Por lo tanto, ante cualquier infracción o queja tenemos el control del propio Estado, así como el control de los órganos de la OIT, tales como el Comité de Libertad Sindical, pero entonces ¿qué significa que sea derecho?

1.1. La negociación colectiva como pretensión

El derecho a la negociación colectiva, al contrario del derecho de sindicación y el derecho a huelga, es un “derecho bilateral”⁽²⁾ en el que actúan no solo los trabajadores representados por el sindicato o dirigentes sindicales, sino que también es necesaria la actuación de los representantes de los empleadores.

En ese sentido, podemos definir a la negociación colectiva como el “conjunto de discusiones sobre condiciones de trabajo, llevadas a cabo entre un empleador, un grupo de empleadores y un grupo de trabajadores por otro lado, con miras a la realización de un acuerdo”⁽³⁾, entendiéndose que dicho acuerdo se materializa a través de la formación de un convenio colectivo. Asimismo, en palabras del TC la negociación colectiva es el instrumento “para la armonización de los intereses contradictorios de las partes en el contexto de una relación laboral”⁽⁴⁾ en tanto que permite la comunicación entre las partes y el intercambio de información, tratando de satisfacer los intereses de ambas partes.

Asimismo, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical, como intérpretes de los CIT han señalado que la negociación colectiva es un procedimiento a través del cual las partes luego de “negociaciones” sobre las condiciones de empleo de los trabajadores, llegan a un acuerdo denominado “convenio colectivo”, el cual puede contener tanto derechos como obligaciones.

Por otro lado, respecto a las características elementales de la negociación, podemos mencionar las siguientes:

- a) La negociación colectiva es flexible, al tener dicha característica, la negociación se adaptará, no solo al país en el que se negocie, sino

(2) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “Atomización y disfuncionalidad de la tutela colectiva en el Perú”. En: *Soluciones Laborales*. N° 39, Lima, 2011, p. 53.

(3) BUENO MAGANO, Octavio. “La representación Sindical”. En: *Derecho Laboral*. T. XXVI, N° 129, Montevideo 1983, pp. 123-124.

(4) Fundamento 9 de la STC Exp. N° 2566-212PA/TC.

concretamente a la empresa, pudiendo formarse convenios colectivos con contenido general como complejos.

- b) La negociación colectiva como instrumento para alcanzar la equidad y la justicia social, es decir, se le otorga a un grupo de trabajadores la posibilidad de igualar la fuerza de negociación de los empleadores.
- c) A través de la negociación colectiva los trabajadores pueden participar en la toma de decisiones laborales o lo que se conoce como “democratización industrial”. Así también podemos decir que la negociación colectiva “representa una reducciones de los derechos absolutos de la dirección en ámbitos que en el pasado los empleadores consideraban que dependían exclusivamente de su autoridad”⁽⁵⁾.
- d) La negociación colectiva parte de un conflicto entre trabajadores y empleadores, pero que a través de reuniones y diversas tratativas, los conflictos se pueden llegar a superar y puedan lograr los esperados beneficios y satisfacciones mutuas.

De esa forma, esta negociación deberá estar dotada de autonomía al ser un diálogo “entre grupos antagonistas sociales”⁽⁶⁾, es decir, las organizaciones de trabajadores y empleadores deberán actuar de cara a ejercer su defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios.

En ese sentido, se ha establecido que la negociación colectiva deberá estar dotada de independencia, autonomía de las partes, deberá tener carácter libre, contenido abierto⁽⁷⁾. De esa forma para que los sindicatos en general puedan cumplir con sus objetivos (de defensa y promoción) deberán ser independientes y han de tener la facultad de organizar sus actividades sin intervención (excesiva e injustificada) de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del derecho a la negociación colectiva, tal como lo señalan los artículos 3 y 10 del CIT N° 87.

Ahora, respecto a los rasgos de la negociación colectiva mencionados en el párrafo anterior, existe un amplio debate, a través del cual se discute lo que entendemos al señalar que una negociación colectiva es *libre y voluntaria*.

(5) WINDMULLER, Jhon P. “Orígenes y naturaleza de la negociación colectiva”. En: *Nueva consideración de la negociación colectiva en los países industriales*. OIT, Madrid, 1989, p. 668.

(6) PALOMEQUE, Manuel Carlos. *Derecho sindical español*. Tecnos, Madrid, 1986, p. 229.

(7) GERNIGON, Bernard et ál. “Principios de la OIT sobre la negociación colectiva”. En: *Revista de Derecho Internacional de Trabajo*. Vol. 119. OIT, 1999, p. 2.

Al respecto, la negociación colectiva al tener como una de sus características el ser libre y además voluntaria ha dado pie a que se señale que ello facultaría a que un empleador se negase a negociar colectivamente ante la solicitud del sindicato; sin embargo, a nuestro entender la negociación colectiva es una pretensión es decir, un derecho y no una libertad⁽⁸⁾ y por lo tanto, el empleador se encontraría obligado a negociar colectivamente ante la solicitud del sindicato.

Para señalar por qué preferimos uno sobre el otro debemos es primordial conocer la diferencia entre un derecho-pretensión y un derecho-libertad; citando a Hohfeld diríamos que hoy en día el uso de la palabra derecho se ha usado indiscriminadamente, pudiendo significar una potestad, un privilegio o una inmunidad, olvidando lo que realmente significa un derecho subjetivo.

De esa forma, al definir derecho debemos identificar que su correlativo es “un deber” así tendremos que cuando se viola un derecho incumplimos un deber, por ello al existir tal correlación sería mejor identificar a dicho derecho con una pretensión; mientras tanto la libertad es tratar a otros a voluntad, es decir no vendría a ser más que un privilegio, siendo “el correlativo lógicamente implicado por los privilegios o libertades en cuestión está constituido por los no derechos de los terceros”⁽⁹⁾. En síntesis, tenemos que el correlativo de pretensión sería un deber y el correlativo de un privilegio sería un no derecho o una libertad.

Por esa razón, “Alexy dirá que un derecho fundamental, en realidad, en una libertad cuando el ordenamiento, con el título de derecho, le confiere a su titular un permiso o, lo que es lo mismo, la alternativa de decidir si hace u omite algo (...) la idea o noción de libertad presupone la ausencia de obligaciones y prohibiciones⁽¹⁰⁾”.

Dicho lo anterior, sostenemos que la negociación colectiva es una pretensión y no una libertad, en tanto existe un deber de la otra parte de negociar y no un privilegio de hacerlo, pues en caso se considerase lo último se estaría desconociendo la naturaleza, los elementos y finalidad de la figura de la negociación colectiva.

(8) Dentro de este grupo se ha entendido que al ser la negociación colectiva libre y voluntaria, se involucrarían dos aspectos: (i) la libertad para negociar, decir si acudir a negociar o no negociar y (ii) la libertad de convenir decidir si ponerse de acuerdo o no.

(9) HOHFELD, W.N. *Conceptos jurídicos fundamentales*. Fontamara, México D.F., 2009, pp. 47-49.

(10) ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Citado en: AGUINAGA MEZA, Ernesto, BOZA PRÓ, Guillermo. “El deber de negociar y el arbitraje potestativo como parte del contenido del derecho constitucional de negociación colectiva”. En: *Revista Derecho PUCP*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, p, 287.

En ese sentido, nosotros no negamos que la negociación colectiva sea libre, pero este concepto debe ser entendido en el contexto y con las finalidades históricas que le confiere a la negociación colectiva, es decir, luego de iniciado el diálogo entre las partes (la negociación) se expresará las libertades de ambas partes en la propia negociación buscando se efectivicen sus propios intereses sin injerencia de ninguna parte y tampoco del Estado.

Por otro lado, si aceptaríamos lo opuesto, es decir entender que la negociación colectiva es un privilegio supondría que las partes pudieran acudir o no a negociar, evidentemente con ello estaríamos yendo en contra de las finalidades de la negociación colectiva. En primer lugar, de aceptar dicha definición estaría yendo en contra del fin de armonización de intereses contrapuestos de las partes, en ese sentido, cómo podríamos armonizar una relación contrapuesta, si la parte empleadora alegaría “una negociación libre y voluntaria” para nunca acudir a negociar. Reconocer entonces que la negociación colectiva es un privilegio supondría quitar el poder que se otorga a los sindicatos, poder que supuestamente tiene como fin romper con la asimetría que existía con las negociaciones de trabajo individuales.

Ahora, lo cierto es que el Estado no puede obligar a ambas partes a iniciar una negociación colectiva⁽¹¹⁾, pero si al menos una de las partes sí lo requiere, obligará a la otra a tener que iniciar la negociación, siendo además que “de conformidad con la LRCT, en el Perú los empleadores están obligados a negociar colectivamente con sus trabajadores”⁽¹²⁾. Consideramos, entonces, que cualquier de ellas podría solicitar la apertura de una negociación colectiva y con más razón los sindicatos, pues por el uso de su autonomía colectiva obligará a la otra parte a hacerlo y tener que formar parte de la negociación.

Yendo un poco más allá, si considerásemos una vez más que la negociación colectiva fuese una libertad/privilegio de negociar, estaríamos yendo en contra del fomento de la propia formación de sindicatos, ello pues cuál sería el motivo de los trabajadores para formar sindicatos si finalmente siempre el grupo de empleadores se negará a negociar. De esa forma se estaría eliminando no solo la

(11) “Una intervención coercitiva del Estado alteraría el carácter voluntario de la negociación colectiva”. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO. *Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra, 2006, p. 198.

(12) AGUINAGA MEZA, Ernesto; BOZA PRÓ, Guillermo. “El deber de negociar y el arbitraje potestativo como parte del contenido del derecho constitucional de negociación colectiva”. En: *Revista Derecho PUCP*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, p. 287.

utilidad de una negociación colectiva, sino también su figura jurídica y hasta la libertad sindical protegida por los CIT.

Con lo antes expuesto no queremos decir que ambos grupos (representante de los trabajadores y representante del empleador) están obligados en la negociación directa a llegar a un acuerdo, sino que deberán al menos acudir a la negociación y seguirla de buena fe⁽¹³⁾, independientemente de los resultados de las negociaciones y si llegan o no a formar a algún acuerdo.

En ese sentido, deberíamos entender que la característica de libertad y autonomía de la negociación colectiva implicaría una autonomía colectiva, es decir, “dejar en manos de los sujetos colectivos que actúan en el mundo de trabajo la regulación de sus relaciones”⁽¹⁴⁾, siempre y cuando se respete el contenido elemental de la negociación. De esa manera tenemos que autonomía sería autorregulación y no libertad de negociar o no negociar⁽¹⁵⁾.

Sin embargo, como todo derecho (pretensión) la libertad que tienen las partes en el marco de la negociación colectiva no es absoluta. De esa forma lo que se plantearía es un punto en el que se reconoce la autonomía de las partes, pero con límites que podría tratarse del propio contenido de la negociación colectiva. En ese sentido, en palabra de Alfredo Villavicencio la facultad de autorregulación de la que gozan implica admitir que nos movemos en sistemas basados en una autonomía máxima y una heteronomía limitada⁽¹⁶⁾.

Ahora, si bien la autonomía colectiva es la libertad de las partes de establecer sus propias normas durante la negociación, ésta también abarca una: autonomía organizativa (creación de los sujetos colectivos), autonomía normativa (que implica el poder de regulación de las relaciones laborales) y la autotutela (posibilidad de recurrir a los medios de coacción)⁽¹⁷⁾. Siento estas tres manifestaciones de autonomía lo que garantizan la verdadera existencia de dicho derecho.

(13) La buena fe supondría : a) la designación de un interlocutor válido, b) el reconocimiento de los interlocutores del co-negociante, c) la obligación de suministrar información, d) Efectuar reivindicaciones razonables ante pedidos exorbitantes y e) adoptar medidas de fuerza durante el transcurso de la negociación.

(14) VILLAVICENCIO, Alfredo. “La estructura de la negociación colectiva: bases conceptuales y análisis del caso concreto del caso peruano”. En: *Asesoría Laboral*. Abril, 1996, p. 16.

(15) Tal es así que la misma norma prevé que en caso un Sindicato de trabajadores quiere negociar colectivamente la otra parte debe necesariamente recibir el pliego, salvo causa legal o convencional, ello de acuerdo al artículo 51 de la Ley de Relaciones Colectiva de Trabajo.

(16) Ídem.

(17) Dicha clasificación es establecida por Alfredo Villavicencio en *La estructura de la Negociación Colectiva: Bases Conceptuales y análisis del caso peruano*. p. 17.

1.2. El contenido de la negociación colectiva: Limitaciones objetivas y subjetivas

De acuerdo al punto anterior debemos partir que toda negociación debe tener autonomía, es decir la libertad de autorregularse o autonomía normativa, en consecuencia, serán las partes quienes deban decidir qué se negocia y qué no; sin embargo, dicha libertad no es irrestricta, pues al momento de negociar deben hacerlo teniendo en cuenta que tal como hemos señalado dicha libertad tiene límites, como el respecto a las normas de orden público (por ejemplo: no poder negociar cosas ilícitas), que no afecten otros derechos fundamentales (como el derecho a la intimidad) o que no regulen el contenido mínimo del derecho a la negociación colectiva, que hasta podría establecerse legislativamente. De esa manera “el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de tutelar imperativamente, deja a los individuos una amplia esfera de libertad para la realización de sus propios intereses”⁽¹⁸⁾.

De esa manera podemos sostener que si bien existe la autonomía colectiva, a través de la cual las partes pueden negociar y autorregularse en libertad, existe también materias sobre las cuales necesariamente deberán negociar las partes (si el sindicato así lo pretende), ello debido a que además de formar parte del contenido esencial del derecho, significan el origen de la misma negociación colectiva.

Ahora, a diferencia de la Constitución española⁽¹⁹⁾ (en adelante, CE), nuestra constitución no ha establecido en forma general, ni específica, qué materias deberán discutirse en una negociación colectiva; sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional (TC) sí lo ha hecho, estableciendo lo que podemos denominar un contenido mínimo que toda negociación colectiva deberá tener.

De esa manera en la sentencia recaída en el Exp. N° 0008-2005-AI/TC se estableció que la negociación colectiva es “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**”. Evidentemente, la pretensión de negociar dichas materias se plantearan en el pliego que presente el sindicato.

(18) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La estructura de la negociación colectiva: Bases conceptuales y análisis del caso peruano*. Asesoría Laboral, Lima, 1996. p. 16.

(19) Artículo 7 de la CE: “Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios”.

Así también el TC ha establecido que uno de los elementos esenciales de una negociación es el contenido negocial⁽²⁰⁾ y dicho contenido debe estar dotado de elementos mínimos como los son las remuneraciones, las condiciones de trabajo y la productividad y las demás materias serán de libre regulación de las partes.

De la misma manera se ha referido que las materias objeto de negociación, de acuerdo a los “órganos de control de la OIT no se limita a los temas tradicionales (jornada, descanso y salario), sino que cubre materias que normalmente pertenecen a la esfera de las condiciones de empleo, como por ejemplo, las promociones, traslados, supresiones de puesto sin previo aviso, etc. (OIT, 1994, párrafo 250 y nota a pie de página 17)”⁽²¹⁾. Considerando por ello, que lo elemental a negociar serían los llamados temas tradicionales: la jornada, el descanso y el salario. Asimismo, según la Comisión de Expertos sería “contrario a los principio del Convenio núm 98 excluir de la negociación colectiva ciertas materias que atañen en particular a las condiciones de empleo, y las medidas que se aplican unilateralmente por las autoridades para restringir la gama de temas que pueden ser objeto de negociación son a menudo incompatibles con el Convenio (ibidem, párrafos 265 y 250)”⁽²²⁾.

Por otro lado, a nivel legal, se ha establecido al igual que en la sentencia antes citada que los convenios colectivos están destinados a regular: “las remuneraciones, las condiciones de trabajo y productividad y demás, concernientes a las relaciones entre trabajadores y empleadores”⁽²³⁾.

Por lo tanto, debemos de tener en claro que el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva debe estar de la mano de la autonomía normativa, siendo que toda norma de un convenio colectivo estará destinado “a regular las condiciones en que se presta el trabajo asalariado; es decir, se trata de disposiciones sustantivas dirigidas a normas concretas prestaciones de trabajo”⁽²⁴⁾.

(20) Así ha sido establecido por el fundamento 31 de la sentencia recaída en el Exp. N° 0008-2005-AI/TC. Los elementos fundamentales en una negociación son las partes o los agentes negociadores y la fuerza normativa y la eficacia de la convención colectiva.

(21) GERNIGON, Bernard et ál. “Principios de la OIT sobre la negociación colectiva”. En: *Revista de Derecho Internacional de Trabajo*. Vol. 119, OIT, 1999, p. 43.

(22) *Ibidem*, p. 44.

(23) Artículo 41 del Decreto Supremo N° 10-2003-TR, “Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

(24) VILLAVICENCIO, Alfredo. “La estructura de la negociación colectiva: bases conceptuales y análisis del caso concreto del caso peruano”. En: *Asesoría Laboral*. Abril, 1996, p. 17.

Asimismo, se ha establecido una bifurcación clásica alemana del contenido de la negociación colectiva, entre lo normativo y lo obligacional⁽²⁵⁾. El contenido normativa, es todo aquello que se encuentre ligado a las condiciones de empleo y que recaigan sobre el contrato de trabajo como sujetos individuales, por ejemplo lo aumentos remunerativos. Por otro lado, el contenido obligacional serán todos aquellos derechos y obligaciones que adquieran por ser sujetos colectivos, por ejemplo: tener una sala de reunión para el sindicato.

Ahora bien, respecto a lo que se regula tanto en el régimen privado como el público, por regla general en todo convenio colectivo y por lo que los trabajadores se organizan “pasa necesariamente por la búsqueda de mejores remuneraciones”⁽²⁶⁾, siendo este un contenido esencial del contenido negocial, pero como hemos mencionado el contenido de la negociación colectiva involucra mucho más.

Por lo tanto, y de esta amplia óptica, un intento integral de sistematización de los posibles contenidos de la negociación colectiva ha de “incluir al menos cinco núcleos concretos: a) la relación de cambio entre trabajo y salario: los contenidos propios del terreno de la distribución (salario, jornada, descansos, premios, indemnizaciones, etc.); b) el área de las relaciones de producción: principalmente la organización del proceso productivo (clasificación profesional, movilidad geográfica y funcional, condiciones de seguridad e higiene, ritmos de trabajo, sistema de trabajo, poder directivo y disciplinario del empresario); c) las relaciones colectivas entre empresarios y trabajadores: dirigidas a regular las relaciones entre sujetos colectivos (dinámica de negociación colectiva, derechos sindicales, derechos de representación de los trabajadores, comportamientos conflictivos de ambos sujetos, etc.); d) las actuaciones como sujeto económico (...); e) la situación social de los trabajadores”⁽²⁷⁾.

En síntesis, hasta ahora tenemos que existe un derecho de las partes de negociar colectivamente lo que mejor les parezca (autonomía colectiva); sin embargo, dicha negociación tiene dos parámetros, el respecto de otros derechos protegidos por el Estado y la obligación de negociar el contenido negocial obligatorio de toda negociación, entre ellas: “el contenido salarial de la negociación”.

(25) Acerca de dicha división véase j. GARCÍA MURCIA. “Contenido normativo y obligacional en los convenios colectivos laborales (i) y (ii)”. En: *Actualidad Laboral*. 1988, p. 1289 y ss.

(26) VILLAVICENCIO, Alfredo. “Atomización y disfuncionalidad de la tutela colectiva en el Perú”. En: *Soluciones Laborales*. N° 39, marzo 2011, p. 61.

(27) De acuerdo a DURÁN LÓPEZ, F. “El contenido de la negociación colectiva a la luz del nuevos sistema (constitucional) de relaciones laborales citado en VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “La negociación colectiva como eje que sostiene y gobierna el sistema de relaciones laborales”. En: *Los acuerdos Marco sobre la estructura de la negociación colectiva: naturaleza jurídica, eficacia, contenido*. Granada, 1998, pp. 20 y 21.

Tal como hemos mencionado en los párrafos anteriores, las partes de la negociación colectiva gozan de autonomía colectiva, entre ellas la autorregulación; sin embargo, existe un contenido negocial que necesariamente debe ser discutido (contenido salarial), pero existen también supuestos en los cuales se pueden excluir temas del propio contenido salarial.

En ese sentido, “los órganos de control permiten excluir de los temas negociables los relativos al poder de dirección del empresario (...) y admiten que la legislación prohíba pactar en los convenios cláusulas discriminatorias o de seguridad sindical o contrarias a los mínimos de protección legales”⁽²⁸⁾ De esa manera, todo aquello que se encuentre dentro del conocido *ius variandi* del empleador podría ser excluido del contenido negocial.

Por otro lado, en caso de las restricciones al propio contenido colectivo, por ejemplo el contenido salarial, no estarán permitidos, a menos que se den supuestos excepcionales que lo permitan. Lo antes señalado ha sido reiterado por los órganos de control de la OIT al señalar que “si en virtud de una política de estabilización un gobierno considerara que las tasas de salarios no pueden fijarse libremente por negociación colectiva, tal restricción debería aplicarse como medida de excepción, limitarse a lo necesario, no exceder un periodo de tiempo e ir acompañado de garantías”⁽²⁹⁾.

De esa forma, se ha establecido un criterio objetivo (la estabilización social) para restringir el contenido salarial de la negociación colectiva, pero debemos recalcar que la citada restricción no es ilimitada pues está condicionada a su temporalidad, a su razonabilidad (lo estrictamente necesario) y al establecimiento de garantías. Ahora, respecto al tiempo en el cual podría estar limitado se ha considerado que “un periodo de tres años de limitación del derecho de negociación colectiva en materia de remuneraciones en el marco de una política de estabilización económica, constituye una restricción considerable”⁽³⁰⁾, por lo que debería fiscalizar que el Estado mantenga la situación alegada.

Por lo tanto, “las limitaciones al contenido de negociaciones colectivas futuras, en particular en materia salarial, impuestas por las autoridades en razón de políticas de estabilización económica o de ajuste estructural requeridas por imperiosos

(28) GERNIGON, Bernard et ál. “Principios de la OIT sobre la negociación colectiva”. En: *Revista de Derecho Internacional de Trabajo*. Vol. 119, OIT, 1999, p. 44.

(29) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO. *Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra, 2006, p. 217.

(30) Ídem.

motivos de interés económico, son admisibles en la medida en que tales limitaciones estén precedidas de consultas con las organizaciones de trabajo y de empleadores y reúnan las siguientes condiciones: (i) aplicarse como medida de excepción; (ii) limitarse a lo indispensable; (iii) no sobrepasar un periodo razonable e ir acompañadas de garantías destinadas a proteger de manera efectiva el nivel de vida de los trabajadores interesados, especialmente de aquellos que puedan resultar más afectados³¹⁾.

De esa forma solo para supuestos excepcionales podría limitarse a las partes a no negociar contenido salarial, además ello debe ocurrir durante un periodo de tiempo limitado y fiscalizado, siendo que de no cumplir con dichos requisitos se estaría eliminando el contenido esencial de la negociación colectiva.

Finalmente, se ha establecido que cualquier otro tipo de limitación que plantee considerarse por parte del Estado “debería estar precedido de consultas con las organizaciones de trabajadores y de empleadores, intentando buscar el acuerdo de ambas,³²⁾ en caso contrario, se estaría afectando el derecho fundamental de las organizaciones. Por ello, debe tenerse presente que cualquier restricción unilateral respecto al contenido salarial será incompatible con el CIT N° 98, pero sobre todo, con la naturaleza de la negociación colectiva.

En consecuencia, el derecho a la negociación colectiva, en tanto pretensión de los trabajadores, le impone a los empleadores la obligación de negociar al menos incrementos salariales y demás condiciones de trabajo; a menos que, en el marco de los programas de estabilización económica, se introduzcan restricciones que cumplan con los criterios de razonabilidad, temporalidad y garantía.

2. Deber de fomento del Estado

Luego de haber definido a la negociación colectiva como una pretensión y haber identificado su contenido, entenderíamos que ello es lo que debe fomentar el Estado, de acuerdo a como la propia norma interna e internacional se lo exige.

El artículo 4 del CIT N° 98 establece que “deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte,

(31) GERNIGON, Bernard et ál. “Principios de la OIT sobre la negociación colectiva”. En: *Revista de Derecho Internacional de Trabajo*. Vol. 119. OIT, 1999, p. 56.

(32) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO. *Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra, 2006, p. 212.

y las organizaciones de trabajadores, por otra, **el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar**, por medio de contratos colectivos, **las condiciones de empleo**.

Asimismo, La Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones en múltiples pronunciamientos ha establecido que es obligación de los Estados estimular y fomentar que entre los empleadores y los trabajadores. Por otro lado, respecto al reconocimiento de la obligación interna de fomento de la negociación colectiva de parte del Estado, ésta se reconoce constitucionalmente en el artículo 28, numeral 2⁽³³⁾.

En ese sentido, si bien en una negociación colectiva se ha establecido que existen dos partes; el grupo de empleadores y el grupo de trabajadores, al considerarse que la negociación colectiva es un derecho fundamental que tiene como correlativo un deber, tenemos que existe una tercera parte dentro de la negociación: el Estado.

“El Estado no puede mantenerse en actitud neutral, puesto que el reconocimiento de sus derechos fundamentales y la función de equilibrio, social y político a que está destinada, conllevan una ruptura con los sistemas de *abstention of law*; por lo que se debe imponer al Estado una actitud de garantía y fomento que permita que la tutela colectiva cumpla con un papel con la mayor eficacia posible⁽³⁴⁾”.

En consecuencia, si bien el Estado tiene un rol activo, debe de tomar en cuenta las características ya explicadas de una negociación colectiva, por ello en su actuar debe seguir parámetros, límites, respetar el contenido esencial antes de cometer actos de injerencia, además de seguir la premisa descrita por Alfredo Villavicencio: *autonomía máxima y una heterónoma mínima*, de lo cual ya hemos podido hablar en los párrafos anteriores.

Asimismo, el rol de fomento ha sido denominado también como rol promotor o de promoción, el cual se encuentra relacionado a la creación de condiciones favorables para el ejercicio del derecho, “ya sea desde los instrumentos del derecho colectivo o de la regulación específica de las relaciones de trabajo en cuenta a la promoción de la negociación colectiva”. Asimismo, otro alcance nos los brinda el TC a través de la sentencia recaída en el Exp. N° 261-2003-AA/TC, para quien

(33) Artículo 28.- (...) Cautela su ejercicio democrático: 2 Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales (...).

(34) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “Atomización y disfuncionalidad de la tutela colectiva en el Perú”. En: *Soluciones Laborales*. N° 39, marzo de 2011, p. 54.

la labor estatal de promoción abarca **la intervención directa del Estado**, ello a través de acciones positivas o las denominadas medidas concretas, siendo lo que el TC ha definido como el “plus de tutela” necesario para alcanzar una efectividad y un ejercicio pleno del derecho a la negociación colectiva.

Por otro lado, desde la perspectiva de la OIT, esta considera que un Estado cumpliría su deber de fomento garantizando que los trabajadores tengan acceso a información de la empresa y además, determinando la existencia de la obligación de negociar⁽³⁵⁾. De la misma manera el CIT N° 151⁽³⁶⁾(convenio sobre las relaciones de trabajo en la Administración Pública) exigió que los Estados fomenten “procedimientos de negociación o cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos particular otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en determinación de sus condiciones de empleo”⁽³⁷⁾.

En ese sentido, lo que los Estados deben trazar como objetivo es que sin cometer actos de injerencia, se llegue a formar un convenio en el cual se establezcan las condiciones de trabajo y empleo (dentro de las cuales se haya producido una discusión respecto al contenido elemental del derecho a la negociación colectiva, solicitada por una de las partes).

Además, en la práctica, los órganos de control han aceptado la imposición de ciertas sanciones por parte de los Estados en caso de conductas contrarias a la “buena fe o de prácticas desleales en la negociación colectiva, siempre y cuando no sean desproporcionadas, y han admitido la conciliación y la mediación impuestas por la legislación si tienen plazos razonables. Para adoptar estos criterios se ha tenido en cuenta la voluntad de fomentar la negociación colectiva en países donde el movimiento sindical no tenía suficiente desarrollo o la preocupación subyacente en muchas legislaciones por evitar huelgas innecesarias o situaciones de precariedad y de tensión derivadas de la falta de renovación de convenios colectivos (...)”⁽³⁸⁾.

En ese sentido, el nivel de fomento de cada Estado no es uniforme sino que se deberá fijar de acuerdo a las necesidades y situación particular de cada país.

(35) OIT. Estudio General 1994, Sesión N° 81 de la Conferencia. Libertad sindical y negociación colectiva: Fomento de la negociación colectiva. “capítulo X: Fomento de la Negociación colectiva”.

(36) El CIT 151 “Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública” fue ratificado por el Perú el 27 octubre 1980.

(37) GERNIGON, Bernard et ál. “Principios de la OIT sobre la negociación colectiva”. En: *Revista de Derecho Internacional de Trabajo*. Vol. 119, OIT, 1999, p. 51.

(38) *Ibidem*, p. 45.

De esa forma un acto que podría ser de injerencia en un Estado podría ser de fomento en otro Estado.

Teniendo en cuenta lo anterior, en nuestro país se ha señalado erróneamente que la obligación de negociar es un vulneración a la “voluntariedad de la negociación colectiva”, situación que no compartimos, en tanto entendemos que la voluntariedad se encuentra limitada por la finalidad de la negociación colectiva (resolver el conflicto).

En ese sentido, dentro de nuestro contexto tenemos que la tasa de actividad sindical en el país ha disminuido notablemente, en tanto la disminución de convenios colectivos ha sido evidente desde hace ya más de 10 años, siendo que desde el año 1985 hasta la fecha la formación de convenios colectivos se ha reducido es más de un 70 %⁽³⁹⁾, lo mismo sucede con la presentación de pliegos con la finalidad de negociar colectivamente. Lo señalado evidencia la realidad de la negociación colectiva en el país, debemos sumar que en nuestro país tenemos que la tasa de sindicación ha disminuido (pasó de 22 % en 1990 a aproximadamente 4 % en el 2007⁽⁴⁰⁾) y ello debido a factores que se ha visto establecido por la misma legislación y la coyuntura política.

No olvidemos que el deber de fomento del Estado no acaba con el inicio de una negociación colectiva (al ser un derecho-pretensión), sino que además el Estado deber fomentar el respecto al mismo contenido de la negociación colectiva, pese a ello la propia Ley del presupuesto y la Ley N° 30057, “Ley del Servicio Civil”, excluyen de la negociación colectiva del Sector Público al contenido económico, siendo este parte contenido esencial de este derecho.

Nos encontramos en una realidad en la que tanto la presentación de pliegos, como la formación de convenios colectivos han disminuido. Asimismo, tenemos la promulgación de normas que eliminan parte del contenido esencial de la negociación colectiva. Encontrándonos en dicho contexto, **¿en realidad estaría cumpliendo el Estado con su deber de fomento? ¿No estaría obviando funciones justificando su inacción en “no vulnerar la autonomía colectiva?”**

Evidentemente, el Estado no se encuentra cumpliendo con un deber establecido no por cualquier norma sino por nuestra propia Constitución, consideramos, entonces, que la función del Estado debe ser de fomento absoluto que no debe confundirse con injerencia.

(39) Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo / OGETIC / Oficina de Estadística.

(40) Fuente: Encuesta de Hogares Especializados en Niveles de Empleo, Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo - MTPE.

En la misma línea, el TC en el fundamento 3 de la sentencia recaída en el Exp. N° 261-2003-AA/TC (caso Capeco), el Tribunal estableció que el “artículo 28 de la Constitución debe interpretarse en el sentido de que, si bien esta labor de fomento y promoción de la negociación colectiva, implica, entre otras acciones, que el Estado promueva las condiciones necesarias para que las partes negocien libremente, ante situaciones de diferenciación admisible, el Estado debe realizar determinadas acciones positivas para asegurar las posibilidades de desarrollo y efectividad de la negociación colectiva, pudiendo otorgar determinado ‘plus de tutela’ cuando esta sea la única vía para hacer posible la negociación colectiva”.

En ese sentido, el Estado en tanto tiene el deber realizar acciones positivas (alejándose de quienes piensan que el Estado no debe intervenir por la voluntariedad de la negociación) se encuentra habilitado a asegurar el desarrollo y efectividad de la negociación colectiva, lamentablemente la situación no parece mejorar al haberse declarado infundada en parte una de las demandas de inconstitucionalidad planteadas en contra de la Ley del Servicio Civil.