

# LA (NECESARIA) COHERENCIA QUE DEBE EXISTIR ENTRE EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO Y LAS NORMAS PRESUPUESTALES. A PROPÓSITO DE LAS RECIENTES CONTROVERSIAS SOMETIDAS A ARBITRAJE



**Percy ALACHE**

*Abogado asociado al área laboral de Miranda & Amado Abogados. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú.*

## SUMARIO

I. Introducción II. Particularidades de la negociación colectiva en el Sector Público a nivel constitucional; III. El diseño del presupuesto público frente al ejercicio del derecho de negociación colectiva IV. Hacia una interpretación coherente que no impida ni vacíe de contenido al derecho de negociación colectiva en el Sector Público 1. Posiciones existentes 2. Interpretación coherente: ¿Qué alcance tiene la negociación colectiva en el Sector Público? ¿Es posible establecer limitaciones? V. El caso de las empresas reguladas por el Fonafé; VI. A modo de conclusión.

## I. INTRODUCCIÓN

El análisis que nosotros proponemos tiene como punto de partida el inagotable debate existente entre el derecho a la negociación colectiva de los trabajadores del Sector Público frente a las disposiciones que aprueban y diseñan el presupuesto público. De esta manera, el propósito del presente trabajo es determinar, a partir de los laudos que han resuelto controversias en dicho sector, si es posible tener una interpretación uniforme y sólida de ambos aspectos que favorezcan el acercamiento de las partes negociadoras, pero sin olvidar las particularidades que tiene el Estado como empleador.

## II. PARTICULARIDADES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO A NIVEL CONSTITUCIONAL

Brevemente, diremos que los derechos colectivos del trabajo tienen reconocimiento constitucional en los siguientes términos: “el Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga” (artículo 28 de la Constitución Política del Perú). Se precisa que el Estado fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. En este contexto, queda claro que el Estado se encuentra obligado a cumplir con dicha disposición, adoptando todas las medidas necesarias, a fin de promover el ejercicio del mencionado derecho.

No obstante y para darle contenido al derecho de negociación colectiva, es necesario remitirnos a los tratados internacionales en aplicación de lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. Es así como llegamos a los Convenios Internacionales del Trabajo (CIT) N° 87 y 98, que regulan los derechos de sindicación y negociación colectiva y, en el caso del Sector Público, resulta de aplicación el CIT N° 151. El artículo 7 de esta última norma señala que “los Estados deberán adoptar medidas adecuadas 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”.

Al respecto, el artículo 42 de la Constitución establece que se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos. No están comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.

Asimismo, nuestro Tribunal Constitucional (TC) se ha pronunciado sobre la negociación colectiva en el Sector Público en los siguientes términos: “Para ser titular de este derecho existe una condición previa que se deriva del carácter colectivo de la negociación, de manera que los titulares deberán ser los sindicatos, las organizaciones representativas de los trabajadores o los representantes de los trabajadores. En ese sentido, 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, los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, y los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Por ello, para 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, debemos 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”<sup>(1)</sup>.

Sin embargo, el propio TC consideró que el ejercicio de este derecho tiene ciertas e identificables particularidades: “En el caso del Perú, el ejercicio del derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos, a través de sus organizaciones sindicales, como cualquier otro derecho, no es absoluto y está sujeto a límites. En efecto, dentro de las condiciones nacionales a que hace referencia el Convenio 151, la Constitución establece determinadas normas relativas al presupuesto público. En efecto, a tenor de los artículos 77 y 78 de la Norma Suprema, el presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, y su proyecto debe estar efectivamente equilibrado. Consecuentemente, 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. Por ello, en el caso de las negociaciones colectivas de los servidores públicos, estas 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”.

Como vemos la titularidad del derecho de negociación colectiva de los trabajadores del Sector Público es indiscutible, sin embargo, es válido establecer limitaciones subjetivas (respecto al personal aplicable y siempre que estén expresamente tipificadas y justificadas) y objetivas (cuando la negociación colectiva pueda tener un impacto económico desmedido en el presupuesto público).

## III. EL DISEÑO DEL PRESUPUESTO PÚBLICO FRENTE AL EJERCICIO DEL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El artículo 77 de la Constitución señala: “la administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso (...) el presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia, de necesidades sociales básicas y de descentralización”. Dicha norma en su artículo 78, agrega: “(...) el proyecto presupuestal debe estar efectivamente equilibrado”.

Como se puede apreciar, el presupuesto público es un instrumento de gestión del Estado por medio del cual se asignan recursos públicos sobre la base de una priorización de las necesidades de la población. Estas necesidades son satisfechas a través de la provisión de bienes y servicios públicos de calidad para la población

(1) Fundamentos 53 y 54 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 008-2005-AI-TC. Proceso de inconstitucionalidad promovido contra la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público.

financiados por medio del presupuesto<sup>(2)</sup>. En buena cuenta, es la expresión cuantificada, conjunta y sistemática de los gastos a atender durante el año fiscal, por cada una de las entidades que forman parte del Sector Público y refleja los ingresos que financian dichos gastos.

A nivel legislativo, la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto establece que: "Las escalas remunerativas y beneficios de toda índole, así como los reajustes de las remuneraciones y bonificaciones que fueran necesarios durante el año fiscal para los pliegos presupuestarios comprendidos dentro de los alcances de la Ley General, se aprueban mediante decreto supremo refrendado por el Ministerio de Economía y Finanzas, a propuesta del titular del sector. Es nula toda disposición contraria, bajo responsabilidad".

De igual manera, el artículo 19 de la Ley N° 28112, Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público indica que "los funcionarios de las entidades del sector público competentes para comprometer gastos deben observar, previo a la emisión del acto o disposición administrativa de gasto, que la entidad cuenta con la asignación presupuestaria que correspondiera. Caso contrario deviene en nulos de pleno derecho". Ahora bien, conviene revisar cuál ha sido la tendencia de las últimas Leyes de Presupuesto (resaltados nuestros):

CUADRO N° 1	
Anexo I - LEYES DE PRESUPUESTO	
Anexo II Ley N° 29289	<b>Anexo VII:</b> En las entidades públicas, incluyendo el Seguro Social de Salud (EsSalud), organismos reguladores y la Empresa Petróleos del Perú (PETROPERÚ S.A), queda prohibido el reajuste o incremento de remuneraciones, bonificaciones, dietas, asignaciones, retribuciones, incentivos y beneficios de toda índole, cualquiera sea su forma, modalidad, mecanismo y fuente de financiamiento. Asimismo, queda prohibida la aprobación de nuevas bonificaciones, asignaciones, retribuciones, dietas y beneficios de toda índole; excepto para el Cuerpo de Gerentes Públicos regulado por el Decreto Legislativo N° 1024, contratados en el marco del Decreto Legislativo N° 1026, el Ministerio del Ambiente, la Contraloría General de la República y el Servicio Nacional de Capacitación para la Industria y la Construcción (Sencico). Los arbitrajes en materia laboral que se efectúen de acuerdo con la normatividad de la materia se sujetan a las limitaciones legales establecidas por la presente Ley. Dicha prohibición incluye el incremento de remuneraciones que pudieran efectuarse dentro del rango o tope fijado para cada cargo en las escalas remunerativas respectivas, y aquellos incrementos que se autorizan dentro de dicho rango, con excepción de los Presidentes y Consejeros que vinieron percibiendo ingresos menores a los topes establecidos en el Decreto de Urgencia N° 038-2006
Anexo III Ley N° 29289	
Anexo IV Ley N° 29289	
Anexo V (2009)	
Anexo VI	
Anexo VIII	
Anexo IX	

(2) MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. *Guía del Sistema Nacional de Presupuesto*. Dirección Nacional de Presupuesto, Lima, 2011, p. 8.

Anexo X  
Anexo XI  
Ley N° 29465  
Anexo XII  
(2010)

**Anexo XIII:** Prohibese en las entidades de los tres (3) niveles de gobierno el reajuste o incremento de remuneraciones, bonificaciones, dietas, asignaciones, retribuciones, estímulos, incentivos y beneficios de toda índole, cualquiera sea su forma, modalidad, periodicidad, mecanismo y fuente de financiamiento. Asimismo, queda prohibida la aprobación de nuevas bonificaciones, asignaciones, incentivos, estímulos, retribuciones, dietas y beneficios de toda índole con las mismas características señaladas anteriormente. El Seguro Social de Salud (EsSalud), los arbitrajes en materia laboral y la Empresa Petróleos del Perú (PETROPERÚ S.A.) se sujetan a las limitaciones legales establecidas por la presente norma. En el caso de la Empresa Petróleos del Perú (PETROPERÚ S.A.) y EsSalud, las negociaciones colectivas que eventualmente arriben a etapa arbitral, el Ministerio de Economía y Finanzas será la única instancia facultada para autorizar la capacidad de oferta de las entidades, en materia de reajuste de ingresos, a proponer ante los tribunales arbitrales. (...) La prohibición incluye el incremento de remuneraciones que pudieran efectuarse dentro del rango o tope fijado para cada cargo en las escalas remunerativas respectivas.

Anexo XIV  
Anexo XV  
Ley N° 29626  
Anexo XVI  
Anexo XVII  
(2011)

**Anexo XVIII:** Prohibese en las entidades del nivel de Gobierno Nacional, gobiernos regionales y gobiernos locales, el reajuste o incremento de remuneraciones, bonificaciones, dietas, asignaciones, retribuciones, estímulos, incentivos y beneficios de toda índole, cualquiera sea su forma, modalidad, periodicidad, mecanismo y fuente de financiamiento. Asimismo, queda prohibida la aprobación de nuevas bonificaciones, asignaciones, incentivos, estímulos, retribuciones, dietas y beneficios de toda índole con las mismas características señaladas anteriormente. El Seguro Social de Salud (EsSalud), los arbitrajes en materia laboral y la Empresa Petróleos del Perú (PETROPERÚ S.A.) se sujetan a las limitaciones legales establecidas por la presente norma. La prohibición incluye el incremento de remuneraciones que pudieran efectuarse dentro del rango o tope fijado para cada cargo en las escalas remunerativas respectivas.

Anexo XIX  
Anexo XX  
Ley N° 29634  
Anexo XXI  
(2012)

**Anexo XXII:** Prohibese en las entidades del Gobierno Nacional, gobiernos regionales y gobiernos locales, el reajuste o incremento de remuneraciones, bonificaciones, dietas, asignaciones, retribuciones, estímulos, incentivos y beneficios de toda índole, cualquiera sea su forma, modalidad, periodicidad, mecanismo y fuente de financiamiento. Asimismo, queda prohibida la aprobación de nuevas bonificaciones, asignaciones, incentivos, estímulos, retribuciones, dietas y beneficios de toda índole con las mismas características señaladas anteriormente. Los arbitrajes en materia laboral se sujetan a las limitaciones legales establecidas por la presente norma. La prohibición incluye el incremento de remuneraciones que pudieran efectuarse dentro del rango o tope fijado para cada cargo en las escalas remunerativas respectivas.

Como podemos apreciar, el común denominador de las últimas leyes de presupuesto ha sido, por un lado: (i) la prohibición de reajuste o incremento de

remuneraciones independientemente de su naturaleza y, de otro que: (ii) los arbitrajes en materia laboral se sujetan a las limitaciones legales dispuestas por dichas normas.

Consideramos que las prohibiciones señaladas en las leyes de presupuesto entorpecen el ejercicio de la negociación colectiva, ya que estaríamos ante la negación del derecho, sin haberse reparado que a través de este procedimiento es posible que los trabajadores públicos puedan lograr reivindicaciones salariales, pero siempre que el presupuesto público lo permita. Por lo tanto, si el derecho se encuentra reconocido debe favorecerse a su establecimiento y dependerá de la realización de un análisis técnico - económico de cada institución pública, si es posible atender las peticiones salariales que promuevan las organizaciones sindicales.

Igualmente, consideramos que más allá de permitir el arbitraje como un mecanismo para resolver una negociación colectiva, es necesario que este procedimiento cuente también con sólido sustento técnico que considere la situación económica de las instituciones públicas. Para lograr ello, es de vital importancia determinar las fuentes de financiamiento, elaborar un estimado de ingresos y gastos que la medida supondría y proyectar su repercusión en el tiempo.

#### IV. HACIA UNA INTERPRETACIÓN COHERENTE QUE NO IMPIDA NI VACÍE DE CONTENIDO AL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO

##### 1. Posiciones existentes

Ese inagotable debate al que hicimos referencia en la parte introductoria se ha concretado básicamente en dos posiciones.

La primera posición, sostiene que una interpretación sistemática de los dos artículos constitucionales, el 28° 2 y el 42°, lleva por oposición, a la conclusión de que el constituyente negó la posibilidad de negociación colectiva para los servidores públicos, a dicho nivel. Y la razón resulta evidente: una negociación colectiva en entidades estatales que pretendan incrementos de remuneraciones y de condiciones con efectos económicos, podría desquiciar el presupuesto asignado a la entidad, y si ello se generaliza, todo el presupuesto del Estado, con lo cual se tendrían que dejar de atender las necesidades prioritarias previstas en el presupuesto a favor de la colectividad para atender estos requerimientos, prácticamente particulares<sup>(3)</sup>. Asimismo, se ha argumentado que al no haberse consagrado expresamente el derecho de

(3) MORALES CORRALES, Pedro. "La negociación colectiva en entidades del Sector Público". En: *Trabajo y Seguridad Social*. Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo. Lima, 2008. p. 431.

negociación colectiva de los servidores públicos en el artículo 42 de la Constitución, estos trabajadores se encontrarían excluidos de la titularidad de dicho derecho<sup>(4)</sup>.

La segunda posición, señala que el reconocimiento de la negociación colectiva como derecho de fuente constitucional fluiría igualmente y aun sin mención expresa de la sola consagración del derecho de libertad sindical pues, en virtud de lo establecido por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la interpretación de los derechos constitucionales debe realizarse sobre la base de lo establecido en los convenios internacionales de la OIT, lo que nos conduciría inevitablemente a incluir dentro del contenido esencial de la libertad sindical a la actividad negociada. Se agrega que el reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva de los trabajadores públicos determina, por un lado, que las eventuales limitaciones a este derecho resulten admisibles únicamente si derivan del propio texto constitucional y en medida tal que no impliquen la neutralización absoluta del derecho; y, por otro lado, que este derecho se convierta en parámetro de enjuiciamiento de la legalidad ordinaria para quienes ejercen función jurisdiccional<sup>(5)</sup>.

##### 2. Interpretación coherente: ¿Qué alcance tiene la negociación colectiva en el Sector Público? ¿Es posible establecer limitaciones?

Vistas las posiciones anteriores, resulta conveniente determinar si es posible conciliar el ejercicio del derecho a la negociación colectiva de los trabajadores del Sector Público con las normas que regulan el presupuesto público. Nosotros consideramos que sí es posible interpretar coherentemente ambos aspectos por las siguientes razones:

Primero, estamos ante un derecho fundamental con sustento constitucional, incluidos los tratados internacionales, y cuya titularidad se encuentra reconocida para dicha categoría de trabajadores. Si bien la negociación colectiva en el Sector Público ofrece algunas dificultades dado que las remuneraciones de sus trabajadores se determinan por la Ley de Presupuesto, ello no es razón suficiente para excluirlos de toda participación en el establecimiento de sus beneficios económicos.

En ese sentido, en el **Laudo 29 de marzo de 2012, en los seguidos por el Sindicato Nacional de Unidad de Trabajadores de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - Sinaut y la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria - Sunat**, se sostuvo que: "La titularidad de tales derechos, vale decir, su ámbito subjetivo de aplicación, es acorde con el mandato de interpretar los alcances de los derechos constitucionales de conformidad

(4) AMPRIMO PLÁ, Natale. *Temas de Derecho Laboral municipal*. En: Colegio de Abogados de Lima. *Temas municipales*. Gaceta Jurídica Editores. Lima, 1998, p. 114.

(5) BALBIN TORRES, Edgardo. *Sobre la negociación colectiva de los trabajadores estatales y la normativa presupuestal*. En: *Trabajo y Seguridad Social*. Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo. Año 2008. pp. 505-507.

con los tratados internacionales de derechos humanos que el Perú ha ratificado (...) Tanto el Convenio 87 como el Convenio 98 de la OIT, incluyen en su ámbito de aplicación a los trabajadores privados y a los públicos, con las únicas excepciones previstas en la propia Constitución y amparadas también en las normas internacionales. (...) En este escenario, tenemos que afirmar que el derecho de negociación colectiva de los trabajadores involucrados en el presente arbitraje tiene rango jurídico constitucional y eficacia directa" (Fundamentos 40, 41 y 44).

Asimismo, en el **Laudo del 17 de enero de 2012, en los seguidos por el Sindicato de Trabajadores Municipales de Lima y la Municipalidad Metropolitana de Lima**, se indicó que: "La negociación colectiva en el Perú en los últimos años, y con especial énfasis en el Sector Público, ha perdido esa función esencial, desapareciendo su carácter equilibrados y compensador de las desigualdades económicas, funciones que han quedado relegadas a un sector reducido de la población asalariada, excluyendo a la mayoría y afectando el rol esencial que la Constitución otorga al Estado en el fomento de la negociación colectiva y como promotor de condiciones para el progreso social y económico de los trabajadores. De ahí que la prohibición de negociar incrementos remunerativos o de sus complementos resulta una afectación sumamente grave" (Fundamento 7, parte final).

En los fundamentos anteriores, queda evidenciado que no es posible hacer exclusiones donde no las hay. Nuestra Constitución reconoce el derecho a la negociación colectiva y ello complementado con los Convenios de la OIT y las interpretaciones realizadas por sus órganos de control<sup>(6)</sup>, permiten afirmar que los trabajadores públicos también lo tienen reconocido. Si bien el artículo 42 de la Constitución solo menciona como derechos colectivos de los trabajadores públicos a la sindicación y huelga, ello no puede ser visto como la carencia del derecho a la negociación colectiva. Precisamente, este fenómeno y la huelga son manifestaciones de la actividad sindical y que permiten a las organizaciones sindicales la consecución de sus fines.

Segundo, resulta válido que el presupuesto público pueda imponer limitaciones a la negociación colectiva en el Sector Público<sup>(7)</sup>. Sobre el particular, en el **Laudo del 29 de marzo de 2012, en los seguidos por el Sinaut y la Sunat**, se estableció

(6) El Comité de Libertad Sindical de la OIT ha señalado que: "El Convenio N° 98, en especial su artículo 4, relativo al fomento y estímulo de la negociación colectiva, es de aplicación tanto en el Sector Privado como en los organismos públicos. (...) En resumen, todos los trabajadores de la administración Pública, con la única posible exclusión de las fuerzas armadas y policiales y los funcionarios directamente al servicio de la administración del Estado, deberán gozar de derechos de negociación colectiva. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad sindical. Recopilación de las decisiones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, 5ª Edición. Ginebra: OIT. Año 2006. Párrafos 885-892.

(7) La negociación colectiva en el ámbito de la Administración Pública respondiendo a tendencias universales que han sido incorporadas por la ratificación de convenios suscritos en la OIT, debería establecerse con la limitación expresa de que la materia salarial queda sujeta a las pautas que contenga la ley presupuestaria. RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge. *La negociación colectiva*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990. p. 137.

que: "la limitación presupuestaria al derecho de negociación colectiva, que ha sido reconocida por el TC en el Expediente N° 008-2005-PI/TC, únicamente está referida al derecho de negociación colectiva de los servidores públicos "(...) los límites a la negociación colectiva solo pueden estar referidos a límites que derivan del propio texto constitucional y cuya finalidad sea la protección de otro derecho constitucionalmente protegido. En el caso de los servidores públicos, el límite viene impuesto por el mandato constitucional que el Estado mantenga un presupuesto equilibrado y equitativo, pues debido a que la Administración Pública se financia con los recursos de todos los peruanos, el ejercicio del derecho a la negociación colectiva sin límite alguno, podría generar una afectación al interés público" (Fundamento 49).

No obstante, en el **laudo arbitral, de fecha 15 de diciembre de 2011, emitido en los seguidos por el Sindicato de Obreros Municipales de Pueblo Libre con la Municipalidad de Pueblo Libre** se propuso que: "(...) admitir ciegamente las limitaciones presupuestarias podría significar que el derecho a la negociación colectiva quede supeditado a un acto de autoridad, en este caso, del propio Estado que es la propia contraparte en el proceso negocial; es decir, que exista o no el derecho a la negociación colectiva dependería, en cada caso concreto, de que el Estado, actuando como juez y parte, decidiera a priori adjudicar o no la respectiva partida presupuestaria, de modo que alcanzarían real derecho a negociación aquellos trabajadores públicos a los que el Estado les asignara presupuesto, mas no aquellos a quienes no lo hiciera". Asimismo, se agrega que: "La falta de partida presupuestaria, por omisión de la propia entidad, no puede ser presentada como un impedimento para la negociación o para la expedición de un laudo arbitral, en primer lugar, por porvenir de un acto propio, en este caso de naturaleza omisiva; y en segundo lugar, porque tiene una solución de fácil implementación, como lo revelan los precedentes. A ello se agrega el hecho de que la negociación colectiva tiene un ciclo de desarrollo y vigencia que permite anticipar su renovación periódica, lo que obliga a tomar las previsiones del caso a fin de asegurar su eficacia" (Fundamento 44).

Qué duda cabe que el límite principal de la negociación colectiva en el Sector Público es el presupuesto. Pero ello no debe representar una prohibición o restricción severa a la negociación colectiva haciendo que esta se torne impracticable<sup>(8)</sup>. Por el contrario, lo recomendable sería proyectar anticipadamente un estima-

(8) Sobre el particular, la Autoridad Nacional del Servicio Civil - Servir, en su Informe Legal N° 337-2010-SERVIR/GG-OAJ, consideró que: "La atribución de potestades de regulación salarial al Ejecutivo no puede ser interpretada como una exclusión de la negociación colectiva pues, de ser así, se incurriría en una interpretación que neutraliza por completo la efectividad de un derecho fundamental. Por ello, siendo que el presupuesto constituye un interés público que debe ser tutelado por el Estado a través de limitaciones al derecho a la negociación colectiva de los trabajadores públicos, el ejercicio de este derecho tendrá como límite lo establecido expresamente por las leyes anuales de presupuesto, toda vez que el Estado tiene sus potestades regladas y no puede, por ello, adoptar decisiones que no estén expresamente señaladas en la Ley, por lo que solo puede actuar y decidir siempre que exista norma habilitante que expresamente le

do de los incrementos remunerativos, determinar su viabilidad y cuál sería su impacto económico. Tras este análisis, podrá fluir las ofertas de cada una de las partes en la negociación.

Tercero, no deben aplicarse normas que dificulten el ejercicio de la negociación colectiva. En el **Laudo emitido el 23 de marzo de 2012, en los seguidos por el Sindicato de Inspectores del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo SI-PERÚ con el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo - (MTPE)**, se indicó que: "(...) corresponde al presente Tribunal Arbitral analizar la constitucionalidad de la prohibición de otorgamiento, incremento y reajustes de los beneficios económicos contenida en el artículo 6 y la quincuagésima cuarta disposición complementaria de la Ley de Presupuesto 2012, Ley N° 29812 y, en su caso, inaplicarla por vulnerar los derechos fundamentales a la negociación colectiva y a percibir una remuneración equitativa y suficiente. (...) El Tribunal Arbitral considera que las disposiciones transcritas pretenden limitar las decisiones que se adopten en los arbitrajes de materia laboral, dentro de los cuales se encontraría incluido el arbitraje desarrollado dentro del procedimiento de negociación colectiva, pues es en este procedimiento en donde principalmente se negocia el otorgamiento de incrementos remunerativos, por lo que consideramos que las limitaciones legales previstas por tales disposiciones no son aplicables al presente caso" (Fundamentos 52 y 53).

Asimismo, en el **Laudo del 17 de enero de 2012, en los seguidos por el Sindicato de Trabajadores Municipales de Lima y la Municipalidad Metropolitana de Lima**, se mencionó lo siguiente: "(...) la prohibición del contenido salarial de la negociación colectiva de los trabajadores del sector público, sin estar sujeta a un límite de tiempo, se convierte en una afectación desproporcionada, más aún si la misma se repite desde hace muchos años atrás en cada ley del presupuesto público. De otro lado, la medida, sin ningún criterio de justicia, subordina la política salarial al equilibrio presupuestario sin ningún sustento técnico que avale tal restricción. Consecuentemente, la restricción establecida en los artículos 5 y 6 de la Ley del Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2011, Ley 29626, y también en los artículos 5 y 6 de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2012, Ley N° 29812, resulta ser incompatible con la Constitución al establecer una restricción irrazonable y desproporcionada al ejercicio de la negociación colectiva para los trabajadores del Sector Público, y en el presente caso debe subsistir el derecho a la negociación colectiva preservando su contenido esencial. (Fundamento 7, parte final).

permite conceder u otorgar beneficios al trabajador. En ese sentido, el Estado-Employador, a diferencia del empleador privado, no podría o se encontraría limitado para conceder u otorgar nuevos derechos, beneficios económicos, mejoras, entre otros beneficios, o incrementar los ya existentes, que no se encuentren autorizados dentro del marco legal. Conforme a lo expuesto, cuando el Estado-Employador participa en una negociación colectiva, no puede desligarse de las potestades previamente regladas como límites para la formación de su voluntad, por lo que cualquier exceso a dichos límites carecería de sustento legal válido".

Del mismo modo, en el **Laudo Arbitral, de fecha 15 de diciembre de 2011, emitido en los seguidos por el Sindicato de Obreros Municipales de Pueblo Libre con la Municipalidad de Pueblo Libre**: "(...) el artículo 6 de la ley 29465, Ley del Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2010, (...) es contrario al derecho de negociación colectiva consagrado en el artículo 28 inciso 2 del texto constitucional, pues advertimos que dicha disposición afecta el contenido esencial del referido derecho y, por tanto, su aplicación negaría el ejercicio del mismo a los trabajadores de LA MUNICIPALIDAD. En ese sentido, en virtud de lo establecido en los artículos 51 y 138 de la Constitución, se determina la inaplicación al presente caso del artículo 6 de la Ley mencionada por ser contrario al inciso 2 del artículo 28 de la Constitución" (Fundamentos 53 y 54).

En sede arbitral, ha sido una constante evaluar la validez de las Leyes de Presupuesto y en caso estas colisionen con el derecho de negociación colectiva, son inaplicadas al caso concreto permitiendo el reconocimiento del derecho. En ese sentido, si los árbitros consideran que una norma impide la adopción de decisiones en los arbitrajes en donde se discute incrementos remunerativos, usualmente, utilizarán el control difuso contra la norma que atenta contra el derecho constitucional.

Cuarto, debe consolidarse una interpretación que concilie los fines perseguidos por el presupuesto público y la negociación colectiva. En el voto singular del **Laudo del 29 de marzo de 2012, en los seguidos por el Sindicato Nacional de Unidad de Trabajadores de la Sinaut y la Sunat**, se reiteró que: "toda negociación colectiva en la que intervienen una entidad pública y sus trabajadores debe ser materializada interpretando sistemáticamente los artículos 28 y 77 de la Constitución, en mérito a lo cual debe armonizarse: (i) el fomento de la negociación colectiva y la promoción de soluciones pacíficas para los conflictos laborales y (ii) la ejecución de un presupuesto equilibrado y equitativo, teniendo presente que conforme al artículo 44 de nuestra Constitución uno de los deberes primordiales del Estado es promover el bienestar general que se fundamente en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación, garantizando la plena vigencia de los derechos humanos".

Como vemos, a diferencia de un empleador del régimen de la actividad privada, el Estado cuando asume el rol de empleador no tiene la misma discrecionalidad económica, por cuanto el presupuesto público es el que determina si es viable o no el otorgamiento de incrementos remunerativos. Es allí donde la negociación colectiva debe ponderar y armonizarse con el interés público que sustenta las actuaciones de las instituciones públicas.

## V. EL CASO DE LAS EMPRESAS REGULADAS POR EL FONAFE

En este punto, queremos precisar que las empresas públicas que pertenecen a la actividad empresarial del Estado, usualmente no se encuentran sometidas a las normas del Sector Público, salvo en los casos que ello haya sido fijado por ley

expresa. Los trabajadores que pertenecen a este tipo de empresas se encuentran sujetos al régimen laboral de la actividad privada, siendo el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (Fonafe), el órgano encargado de normar y dirigir la actividad empresarial del Estado y facultado para aprobar el presupuesto consolidado de cada una de las empresas que lo integran<sup>(9)</sup>.

Al respecto, el artículo 40 de la Constitución excluye expresamente de la función pública a los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta, de tal modo que los trabajadores de las empresas públicas no tienen para estos efectos la calidad de funcionarios o servidores públicos, por lo que, las normas que regulan la aprobación y gestión presupuestal de las empresas de la actividad empresarial del Estado antes mencionadas, son dictadas en concordancia con el artículo 77 de la Constitución. Siendo ello así, a estos trabajadores no les resultan aplicables las limitaciones establecidas en el artículo 42 de la Constitución.

En esa línea, en el **laudo arbitral del 6 de agosto de 2012: emitido en los seguidos por la Coalición Nacional de Sindicatos de Petroperú S.A. y Petróleos del Perú - Petroperú S.A.**, se señaló:

“5.19 En el caso de los servidores públicos, el límite excepcional podría venir impuesto por el mandato constitucional de que el Estado mantenga un presupuesto equilibrado y equitativo. Ello en atención a que la Administración Pública se financia con los recursos de todos los peruanos, de modo que el ejercicio del derecho a la negociación colectiva sin límite alguno podría generar una afectación al interés público (por ejemplo, en contexto de crisis económica que se requiera una política de estabilización de Estado, y ello siempre en atención a limitaciones razonables que no vacíen de contenido el derecho constitucional a la negociación colectiva).

**5.20 En el caso de los trabajadores de las empresas del Estado sujetas a los lineamientos técnicos, financieros y limitaciones de FONAFE, tal como es el caso de PETROPERÚ, las restricciones al derecho a la negociación colectiva (...) NO se configuran en ningún caso, pues dichas empresas se financian con los recursos provenientes de su actividad empresarial.**

5.21 Adicionalmente a ello, de conformidad con el artículo 40 de la Constitución (...) **el personal de estas empresas no tiene para estos efectos la calidad de funcionarios o servidores públicos**, siendo de incuestionable y plena aplicación, los derechos reconocidos en el artículo 28 de la Constitución y en el Convenio 98 de la OIT.

(9) De acuerdo con la Ley N° 27170, Ley del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 072-2000-EF.

5.22 (...) **las normas presupuestales deben respetar el contenido esencial del derecho constitucional a la negociación colectiva, por lo que sus restricciones únicamente podrían afectar la capacidad de oferta de las entidades estatales o las empresas del Estado en los supuestos excepcionales, sin trascender a la parte sindical y mucho menos, al árbitro o los tribunales arbitrales”.**

Adicionalmente, en el **Laudo Arbitral del 9 de mayo de 2012, en los seguidos por el Sindicato Único de Controladores de Tránsito Aéreo (Sucta) y la Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial S.A (Corpac)**, se precisó lo siguiente: “5.22 (...) admitir ciegamente las limitaciones presupuestarias podría significar que el derecho a la negociación colectiva quede supeditado a un acto de autoridad, en este caso, del propio Estado que es la propia contraparte en el proceso negocial; es decir, que exista o no el derecho a la negociación colectiva dependería, en cada caso concreto, de que el Estado, actuando como juez y parte, decidiera a priori adjudicar o la respectiva partida presupuestaria, de modo que alcanzarían efectivo derecho a negociación aquellos trabajadores a los que el Estado les asignara presupuesto, mas no aquellos a quienes no lo hiciera (máxime si en el presente caso) se trata de trabajadores que prestan servicios dentro de la actividad empresarial del Estado y los recursos del empleador no provienen de partidas presupuestarias de este último sino de la propia generación de recursos”.

De los laudos emitidos, apreciamos que a las empresas reguladas por el Fonafe no les resultan aplicables los límites a la negociación colectiva previstas para los servidores públicos, toda vez que sus fuentes de financiamiento recaen en recursos propios.

Sin embargo, ello no es óbice para que dicho fondo Fonafe pueda emitir lineamientos sobre la negociación colectiva de las empresas a su cargo, toda vez que el ejercicio de este derecho tiene un impacto directo en el presupuesto y en la gestión del personal de las empresas. Fonafe debe hacerlo en respeto del contenido del derecho constitucional a la negociación colectiva, pues de trasgredir el mismo, los lineamientos serían inconstitucionales y por tanto inválidos; así como del desarrollo legal de dicho derecho constitucional, realizado por la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su Reglamento.

Al respecto, el Comité de Libertad Sindical de la OIT (CLS), en sus informes N° 335 y N° 355, se pronunció sobre los “Lineamientos para la negociación colectiva de las empresas bajo el ámbito de Fonafe” recogidos en el Oficio Circular N° 009-2008/DE-FONAFE, sin rechazar la posibilidad de que una entidad como Fonafe dictamine pautas para la negociación colectiva en empresas del Estado.

En particular, en el informe N° 355, recaído en el caso N° 2639, con ocasión de una queja de la Federación de Trabajadores de Luz y Fuerza del Perú que argumentaban una injerencia del Fonafe en los procedimientos de negociación colectiva

de las empresas del Estado a través de sus lineamientos, el CLS señala expresamente lo siguiente:

“1008. El Comité estima que estos lineamientos se refieren por una parte a la determinación de los representantes del empleador cuando se trata de negociaciones colectivas en empresas públicas, así como a los parámetros dentro de los cuales deben negociar y el control del cumplimiento de los mismos. Teniendo en cuenta que los presupuestos globales son adoptados previamente por otros órganos públicos, el Comité estima que la exigencia de un control de la dirección de la empresa en las propuestas finales de negociación por parte de los negociadores de la empresa no infringe los principios de la negociación colectiva”.

De manera que el CLS no cuestiona la posibilidad de que Fonafe emita dichos lineamientos, limitándose a examinar su contenido.

## VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

A través del repaso de recientes laudos emitidos en arbitrajes que resuelven negociaciones colectivas en el Sector Público, hemos podido apreciar que existen razones suficientes para tener una interpretación coherente del mencionado derecho constitucional y las normas presupuestales. Lastimosamente, el diseño de las leyes de presupuesto tiene una marcada posición en restringir el ámbito de aplicación de la negociación colectiva no solo en el trato directo, sino en el arbitraje. Por tales motivos, en muchos casos se ha optado por aplicar el control difuso contra aquellas disposiciones normativas que hagan inoperante la negociación colectiva. Por otro lado, en sede arbitral se ha repensado la idea y se ha propuesto conciliar los intereses en juego, por un lado, la autonomía colectiva y de otro, el interés público. Esta situación conlleva a admitir que existen limitaciones válidas basadas en razones presupuestales, pero ello no significa que puedan prepararse ofertas para evaluarlas en una negociación colectiva. Para tal efecto, las partes negociadoras deberán contar con un sustento técnico-económico que determine la viabilidad de las peticiones, su impacto económico en la institución y su proyección en el tiempo. Todo ello definirá su procedencia o no.

## ¿LA SUSTITUCIÓN DE TRABAJADORES EN HUELGA MEDIANTE EL ESQUIROLAJE INTERNO CONSTITUYE UNA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA?



Frank ESPINOZA LAUREANO

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

### SUMARIO

I. El esquirolaje interno; II. La legalidad como principio aplicable al procedimiento sancionador de la Inspección del Trabajo; III. El mandato de tipicidad como corolario del principio de legalidad; IV. La prohibición de la analogía; V. Las cláusulas de interpretación analógica; VI. Conclusiones.

El numeral 25.9 del artículo 25° del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo (aprobado por el Decreto Supremo N° 019-2006-TR) tipifica como infracción muy grave en materia de relaciones laborales: “[...] La realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga, como la sustitución de trabajadores en huelga, bajo contratación directa a través de contratos indeterminados o sujetos a modalidad, o bajo contratación indirecta, a través de intermediación laboral o contratación y subcontratación de obras o servicios, y el retiro de bienes de la empresa sin autorización de la Autoridad Administrativa de Trabajo. [...]”.

Teniendo en cuenta ello, se ha suscitado la polémica acerca de si se podría incluir dentro de las conductas infractoras tipificadas por esta norma a la sustitución de trabajadores en huelga mediante movilizaciones internas de personal (esquirolaje interno).

La presente ponencia tiene por objeto responder esta interrogante, respecto de la cual la Autoridad Administrativa de Trabajo ya expresara su opinión a favor, en su momento.