LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO CUYOS TRABAJADORES SE ENCUENTRAN COMPRENDIDOS EN EL RÉGIMEN LABORAL DE LA ACTIVIDAD PRIVADA

Pedro G. MORALES CORRALES

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Análisis de las normas presupuestales. 3. Normas constitucionales. 4. Derecho comparado. 5. Convenios de la OIT y otros instrumentos internacionales. 6. El Decreto Ley Nº 25593. 7. La negociación colectiva en las empresas públicas.

1. INTRODUCCIÓN

En innumerables laudos arbitrales, así como en sentencias expedidas a nivel de la Corte Suprema de la República se ha establecido que los trabajadores de entidades del Estado y empresas públicas que se encuentran bajo el régimen laboral de la actividad privada, tienen derecho a la negociación colectiva al igual que los trabajadores cuyos empleadores pertenecen al sector privado, y que por tanto las restricciones presupuestales respecto de incrementos de remuneraciones o mejoras de condiciones de

trabajo al ser de nivel infraconstitucional, pueden ser materia de solución por el tribunal arbitral correspondiente, quien no se encuentra sometido para laudar a las indicadas restricciones en la medida que el derecho a la negociación colectiva se basa en una norma de rango constitucional como es el artículo 28°, numeral 2, según el cual el Estado fomenta la negociación colectiva. Así mismo en el Convenio N° 98 de la OIT relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, ratificado por el Perú por la Resolución Legislativa N° 14712 de 18 de noviembre de 1963(1).

En tal sentido, el presente trabajo tiene por objeto invitar a repensar si el tratamiento jurisprudencial en esta materia se ajusta realmente a la Constitución y a la ley.

2. ANÁLISIS DE LAS NORMAS PRESUPUESTALES

El artículo 5°.1 de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, considera como entidad pública, y por tanto, sujeta a sus disposiciones, a "todo organismo con personería jurídica comprendido en los niveles de gobierno nacional, gobierno regional y gobierno local, incluidos sus respectivos organismos públicos descentralizados".

El artículo 77° de la Constitución establece que: "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 [...]".

A su vez, el artículo 26°.1 de la Ley N° 28411 señala que: "El crédito presupuestario se destina, exclusivamente, a la finalidad para la que

(1) Laudo Arbitral del 26 de enero de 2006 (Sindicato de Trabajadores de la Conasev con Conasev), Laudo Arbitral del 17 de marzo de 2004 (Sindicato Unificado de los Trabajadores del Petróleo [...] de la Región Grau con Petroperu), Laudo Arbitral del 21 de junio de 2001 (Sutesal con Sedapal), Laudo Arbitral del 31 de marzo de 1995 (Sindicato de la Empresa Nacioal del Tabaco S.A. con Empresa Nacional del Tabaco S.A.), Laudo Arbitral del 11 de febrero de 1994 (Sindicato de Obreros de la Empresa Sociedad Paramonga Ltda. S.A. con Sociedad Paramonga Ltda. S.A.), Laudo Arbitral del 7 de enero de 1994 (Sindicato de Empleados de Cofide con Cofide), Laudo Arbitral del 1 de octubre de 1993 (Fentrep con Electroperu S.A.). Estos precedentes han sido citados en el Laudo Arbitral del 5 de octubre de 2006 (Sindicato de Trabajadores de la Zona Registral N° IX con Sunarp).

haya sido autorizado en los presupuestos, o la que resulte de las modificaciones presupuestarias aprobadas conforme a la ley general. Entiéndase por crédito presupuestario a la dotación consignada en el presupuesto del sector público, así como en sus modificaciones, con el objeto de que las entidades puedan ejecutar gasto público"; y el artículo 26º.2 señala que: "Las disposiciones legales y reglamentarias, los actos administrativos y de administración, los contratos y/o convenios así como cualquier actuación de las entidades, que afecten gasto público deben supeditarse, de forma estricta, a los créditos presupuestarios autorizados, quedando prohibido que dichos actos condicionen su aplicación a créditos presupuestarios mayores o adicionales a los establecidos en los presupuestos, *bajo sanción de nulidad* y responsabilidad del titular de la entidad y de la persona que autoriza el acto".

Por otro lado, con relación al tratamiento de los ingresos del sector público, la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley Nº 28411 precisa en su numeral 1 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 Ministro de Economía y Finanzas, a propuesta del titular del sector. *Es nula toda disposición contraria, bajo responsabilidad*" (las cursivas son nuestras).

Por su parte, el artículo VI del Título Preliminar de la Ley Nº 28112, Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público, establece la prohibición de ejecutar ingresos y realizar gastos no autorizados por ley.

En esa línea, el artículo 19º de la citada norma determina la obligación de los funcionarios públicos de observar la asignación presupuestaria antes de asumir algún compromiso. En efecto, la disposición comentada indica: "Los funcionarios de las entidades del sector publico 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 devienen en *nulos de pleno derecho*".

Fernando Vidal Ramírez al referirse al acto nulo, manifiesta que "[...] la nulidad absoluta, o sea el acto nulo, tiene por principio el interés público. De esta afirmación se desprende entonces, que el acto nulo es el que se ha pretendido celebrar con violación de un precepto de orden

público. El acto nulo, al decir de Coviello, puede equipararse al que nace muerto [...]"[2].

Además, según el artículo 220° del Código Civil las características del acto nulo, son las siguientes: puede ser alegado por cualquiera que tenga interés o por el Ministerio Público; puede ser declarado de oficio; y, no puede subsanarse mediante la confirmación.

Sobre este último tema Fernando Vidal manifiesta que quien ejercita la acción para que se establezca que el acto es nulo, no ejercita una acción directa para privar de eficacia al acto, ya que siendo este nulo desde su origen y con anterioridad e independencia de la sentencia, es obvio que esta, únicamente, sirva para constatar la invalidez[3].

Finalmente, el mismo autor citando a León Barandiarán señala que la ley puede, sin utilizar el término nulidad, mentarla con expresiones sinónimas tales como "no produce efecto", "no surte efecto", "deja sin efecto", "se considera prohibida", "no puede exigirse el pago", "no valdrá el acto", y otras expresiones similares[4].

Así, por ejemplo, en lo que respecta al ejercicio fiscal 2007, la Ley N° 28927, al igual que normas presupuestarias anteriores, contempla normas de austeridad. El artículo 4°, numeral 1, respecto de remuneraciones, indica textualmente: "En las entidades públicas, incluyendo el Seguro Social de Salud - EsSalud y la Empresa Petróleos del Perú S.A. - Petroperú, quedan prohibidos el reajuste o incremento de remuneraciones, bonificaciones, dietas, asignaciones, retribuciones, el monto total de los incentivos y beneficio de toda índole, cualquiera sea su forma, modalidad, mecanismo y fuente de financiamiento. Asimismo, queda prohibida la aprobación de nuevas bonificaciones, asignaciones, retribuciones, y beneficio de toda índole. Dicha prohibición incluye el incremento de remuneraciones que pudieran efectuarse dentro del rango o tope fijado para cada cargo, en las respectivas escalas remunerativas, y de aquellos incrementos que se han autorizado dentro de dicho rango y que no se hubieran hecho efectivos a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley".

---

(2) VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *Teoría general del acto jurídico*, Cultural Cuzco, Lima, 1985, p. 509.

(3) Ibídem, p. 512.

(4) Ibídem, p. 524.

La misma norma contempla la responsabilidad de los funcionarios con relación al cumplimiento de las disposiciones citadas. En ese sentido, su artículo 6° señala que "El cumplimiento de lo establecido en el presente capitulo es responsabilidad del titular de la entidad, del jefe de la oficina de presupuesto o el que haga sus veces, y del jefe de la oficina de administración o el que haga sus veces, según corresponda. La Contraloría General de la República, a través de las oficinas de control interno, verifica el cumplimiento de lo dispuesto en el presente capítulo".

En este mismo orden legislativo, la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República define como responsabilidad administrativa funcional a "aquella en la que incurren los servidores y funcionarios por haber contravenido el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen".

Es así que por estar sujetos los funcionarios públicos y sus entidades al principio de legalidad en su vertiente presupuestal, solo pueden realizar acciones que impliquen gastos presupuestales (como una negociación colectiva) cuando cuenten previamente con la disposición financiera para hacerlo (autorización en el marco presupuestal, objeto de gasto autorizado, y crédito fiscal habilitado). Comprometer recursos no autorizados implica responsabilidad para quien lo haga.

Se trata pues de normas de orden público, por lo cual los actos jurídicos contrarios a ellas son nulos, a tenor del artículo V del Título Preliminar del Código Civil, y específicamente del numeral 7 del artículo 219° del mismo código, que establece que el acto jurídico es nulo cuando la ley así lo declara; y como puede apreciarse de la revisión de las normas presupuestales, estas de manera reiterada sancionan con la nulidad todos los actos que se realicen en contravención de las normas de presupuesto.

Así, por ejemplo, si de acuerdo con el presupuesto de un ejercicio determinado se prohíben los incrementos de remuneraciones, entonces la entidad pública correspondiente simplemente no puede negociar ese petitorio, y por ende, a falta de acuerdo entre las partes, tampoco puede suscribir el correspondiente compromiso arbitral y, si lo hace, ese acto jurídico es nulo, por lo que los tribunales arbitrales mal hacen con laudar sobre la base de compromisos arbitrales jurídicamente inexistentes.

La sujeción al principio de legalidad y la responsabilidad de los funcionarios estatales ha quedado también confirmada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En efecto, en la sentencia recaída en el Expe-

diente Nº 1035-2001-AC/TC, se expresa que: "La administración pública en general [...], en un Estado de Derecho debe estar organizada desde y conforme a la ley, y su finalidad no puede ser otra sino la de procurar la satisfacción del interés general, dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico y con el debido respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos. No es suficiente para garantizar ese Estado de Derecho, que quien ostenta el poder público lo haya obtenido a través de los procedimientos establecidos en la Constitución o la ley, y en el caso de los alcaldes que su mandato sea producto de procesos electorales libres y democráticos. Es necesario, junto con esa legitimidad de origen, que las autoridades actúen de acuerdo con lo que expresa o implícitamente establezca el ordenamiento jurídico, así como que sean capaces de responder jurídica y políticamente por sus actos".

Más adelante, la citada sentencia reconoce, además, la materia presupuestaria como un límite legítimo para la actuación de los funcionarios públicos en los siguientes términos: "*Uno de los límites clásicos* para la actuación de los funcionarios públicos a cargo de las entidades del Estado *lo constituye el presupuesto*, como instrumento de racionalización y organización de la actividad financiera y económica del sector público, cuyo marco general corresponde ser propuesto por el Poder Ejecutivo y posteriormente ser aprobado por el Parlamento, dentro del esquema de la división de poderes en que se sustenta el Estado peruano" (las cursivas son nuestras).

Este criterio es reiterado por el Tribunal Constitucional en su sentencia del 12 de agosto de 2005 pronunciada en la Acción de Inconstitucionalidad planteada contra diversos artículos de la Ley Nº 28175 –Ley Marco del Empleo Público–, al considerar que el numeral 10 del artículo IV del Título Preliminar de dicha ley funciona como uno de los principios que rigen el empleo público, el de previsión presupuestaria, según el cual todo acto relativo al empleo público que tenga incidencia presupuestaria debe estar debidamente autorizado y presupuestado, en la práctica haría imposible la realización de convenciones colectivas en el sector público.

El Tribunal Constitucional considera que para una adecuada interpretación del derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos, debe tenerse presente el Convenio Nº 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, concluyendo que en el caso del Perú, el ejercicio de derecho de la negociación colectiva de estos servidores, como cualquier otro derecho, no es absoluto y está sujeto a límites.

En el Fundamento N° 54, la sentencia del Tribunal Constitucional considera que dentro de las condiciones nacionales a que hace referencia el Convenio N° 151, la Constitución establece determinadas normas relativas del presupuesto público, como son los artículos 77° y 78°, según los cuales el presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos y su proyecto debe estar efectivamente equilibrado, por lo que, si el empleador de los servidores públicos es el Estado a través de sus diferentes dependencias, las limitaciones presupuestarias que se derivan de la Constitución, deben ser cumplidas en todos los ámbitos del Estado.

Por ello, establece la resolución, que 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, y que los acuerdos logrados mediante esa vía que tengan incidencia económica se *podrán* autorizar y programar en el presupuesto (Fundamento N° 54). Adviértase que el término utilizado *podrán* no es mandatario sino facultativo, ya que corresponde al Ejecutivo analizar si la incidencia económica de lo pactado se ajusta a las necesidades generales previstas en el presupuesto y por el Congreso de la República aprobarlo, si así lo considera pertinente.

La sentencia declara infundada la demanda de inconstitucionalidad y en el quinto punto del fallo establece que de conformidad con la Cuarta Disposición Final de la Constitución, debe interpretarse el derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, conforme al Convenio N° 151 de la OIT, entre otros tratados de derechos humanos.

Es por ello que cualquier disposición normativa, acto administrativo, contrato o convenio colectivo, debe supeditarse a los créditos presupuestarios autorizados, quedando prohibidos que estos actos puedan condicionar su vigencia a créditos mayores o adicionales a los establecidos en los presupuestos institucionales. Los actos que contravengan lo antes señalado serán nulos.

3. NORMAS CONSTITUCIONALES

Tanto los tribunales arbitrales como, en su caso, la Corte Suprema de Justicia de la República, tal como se mencionó anteriormente, han venido sosteniendo que no alcanza a los primeros las restricciones presupuestales, habida cuenta de que el fundamento del derecho a la negocia-

ción colectiva de los trabajadores lo constituye una norma de mayor rango, específicamente el artículo 28°, inciso 2 de la Constitución según el cual el Estado fomenta la negociación colectiva, así como porque el artículo 139°, numeral 1 segundo párrafo reconoce la autonomía de la jurisdicción arbitral(5).

Este argumento, sin embargo, merece revisarse, pues tratándose de servidores públicos resulta impertinente la invocación al artículo 28°, inciso 2 de la Constitución, toda vez esta se aplica a los trabajadores del sector privado y no a los servidores públicos, ya que estos últimos cuentan con norma propia constitucional, que no les reconoce el derecho a negociación colectiva.

En efecto, el artículo 42° de la Constitución, que forma parte del Capítulo IV –De la Función Pública–, establece textualmente lo siguiente: "Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos [...]".

---

(5) Sin embargo, los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la República sobre este tema no son unánimes, pues, por ejemplo, la sentencia de 27 de mayo de 2005, recaída en la Casación N° 911-2004-Lima, en los seguidos por Segundo Barón Sánchez, contra la Municipalidad Distrital de La Victoria, en que se reclama el pago de los beneficios de racionamiento devengados desde 1991 hasta diciembre de 2000, establece, si bien referido al Decreto Legislativo N° 276 (Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público), que la negociación colectiva en el sector público debe realizarse en el contexto de dicha regulación normativa y en las leyes de presupuesto de la República que delimitan el ámbito de negociación en términos restrictivos, especificando en cada año el procedimiento a observar y los conceptos sobre los cuales los gobiernos locales pueden otorgar beneficios económicos (Fundamento Cuarto). Más adelante se señala que de lo actuado tampoco se ha acreditado que las convenciones colectivas bajo análisis se hayan realizado tomando en cuenta las previsiones presupuestales de los ejercicios anuales respectivos, más aún si conforme se advierte del artículo 62° de la Ley de Presupuesto para el año 1984, los organismos del sector público estaban prohibidos expresamente de contraer compromisos con cargo a los conceptos de racionamiento y movilidad. (Fundamento Séptimo), concluyendo que los convenios invocados por el actor no constituyen de modo alguno título que justifique su otorgamiento al no respetar el ordenamiento jurídico aplicable (Fundamento Octavo).

Además, en el laudo arbitral de 30 de mayo de 2007 (Sutesen con Electroperu S.A.) se analizan las limitaciones a la negociación colectiva, concluyéndose que a los trabajadores de las empresas de la actividad empresarial del Estado, no les alcanza las limitaciones presupuestales pues no se trata de funcionario o servidores públicos, quienes sí lo están (Considerando B).

En consecuencia, el tratamiento constitucional es distinto. El artículo 28° de la Norma Fundamental, referido a los trabajadores netamente del sector privado, les garantiza a dicho nivel los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, en tanto que el artículo 42° referido a la función pública, solo reconoce a los servidores públicos, el derecho a la sindicación y huelga, no les reconoce el derecho a negociación colectiva que sí existe, pero a nivel de un decreto supremo, el N° 026-82-JUS del 14 de abril de 1982, que solo permite pliego de peticiones sobre condiciones generales de trabajo, entendiéndose como tales "[...] aquellas que facilitan la actividad del trabajador y que puedan cubrirse con recursos presupuestales existentes. *En ningún caso se considerarán aquellas que impliquen actos de administración o de imperio, ni las que requieran partidas presupuestales adicionales*" (las cursivas son nuestras).

Podría argumentarse que el artículo 28° de la Carta Política, no se refiere expresamente a los trabajadores del sector privado, y que, por tanto, también se aplica a los servidores públicos en la medida en que no se debe distinguir donde la Constitución no lo hace.

Esta alegación no resulta convincente, habida cuenta que otro artículo de la propia Constitución, referida exclusivamente a los servidores públicos, solo le reconoce dos derechos en materia colectiva, esto es, sindicalización y huelga, quedando excluida la negociación colectiva, que como ya hemos manifestado puede darse limitadamente como consecuencia de una norma de menor rango como es el Decreto Supremo N° 026-82-JUS, y con las limitaciones contenidas en dicha norma.

En consecuencia, 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, podrían 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.

Tampoco resulta convincente sostener que el derecho a la libre sindicalización que reconocen ambas normas constitucionales lleva implícito el de la negociación colectiva (es inescindible), porque si fuera así, cuál sería

la razón para referirse a esta última independientemente al derecho a sindicalizarse? Además, en nuestro ordenamiento legal la negociación colectiva no es privativa de los sindicatos porque, ante su ausencia, los trabajadores no sindicalizados pueden negociar designando para tal efecto a sus representantes (Decreto Ley N° 25593, artículo 41°).

Por último, así se acepte que una de las expresiones de la libertad sindical es que las organizaciones sindicales negocien con sus empleadores para mejorar sus condiciones de trabajo, ello deberá hacerse dentro del marco que la Constitución y las leyes de desarrollo establezcan, y si dicho marco impone algunas restricciones, entonces estas deben observarse y respetarse.

Por otro lado, respecto de la autonomía de la jurisdicción arbitral, nadie duda de ella, pero resulta ajena a este debate en la medida en que la jurisdicción bien sea de la justicia ordinaria o la excepcional arbitral, deben resolver conforme a las normas constitucionales y legales sustantivas, lo que significa en este caso dilucidar si la negociación colectiva de los servidores de las entidades del Estado tiene amparo constitucional o simplemente infraconstitucional.

4. DERECHO COMPARADO

En el Derecho comparado, la Constitución española, a decir de Jorge Fondevila Antolín[6] ha provocado un debate entre quienes consideran que no existe ningún amparo constitucional para la negociación colectiva de los funcionarios y servidores públicos, en tanto que otra corriente sostiene que la Constitución española ni reconoce ni impide la existencia de un derecho de negociación colectiva (se entiende referido a los funcionarios y servidores públicos) sino que deberá ser el legislador ordinario quien regule la cuestión, es decir, a nivel infraconstitucional; existiendo una tercera posición según la cual consideran que sí existe amparo constitucional, sosteniendo unos que se halla en el artículo 28°.1 y otros en el artículo 37°.1.

Si revisamos el primero de los artículos mencionados, este se refiere nítidamente al derecho a la libertad sindical, señalando que esta comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el

(6) FONDEVILA ANTOLÍN, Jorge, *Constitución y empleo público*, Comares, Granada, 2000, p. 185.

derecho de los sindicatos a formar confederaciones y fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a ellas, prohibiéndose que alguien pueda ser obligado a afiliarse a un sindicato.

Por otro lado, el artículo 37º.1 de la Constitución de España, garantiza el derecho a la negociación colectiva laboral "[...] entre los representantes de los trabajadores y *empresarios*, así como la fuerza vinculante de los convenios" (las cursivas son nuestras).

La verdad es que ninguno de los dos artículos consagra el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios y servidores públicos españoles, resultando una interpretación por demás forzada el sostener que la libertad sindical per se, supone el derecho a la negociación colectiva de este tipo de servidores, o que cuando el artículo 38º.1 se refiere a *los empresarios*, debe entenderse que en este concepto se encuentran comprendidas las entidades estatales.

En todo caso, como el mismo autor señala, cuando el Tribunal Constitucional español sostiene que constituyen funciones esenciales del derecho a la libertad sindical, entre otras a la negociación colectiva y a la huelga, dicha doctrina "[...] ha sido elaborada siempre en base a supuestos de actuación de las relaciones sindicales en un estricto ámbito laboral privado, con lo cual surgen las dudas en torno a la aplicabilidad de estas previsiones al ámbito de los funcionarios [...]"; concluye el autor "[...] que no cabe la aplicación mimética del régimen común"(7); y al referirse como consecuencia de lo anterior a los ámbitos o temas que no pueden ser materia de negociación colectiva dentro de la administración pública, señala que "[...] por el respeto al principio de legalidad, al cual se encuentra sometida la administración pública, conforme establece el artículo 103º.1 de la Constitución, aquí podemos hacer especial referencia al principio de legalidad presupuestaria recogida en el artículo 134º de la carta magna, que entre otros argumentos ha servido de base para establecer las limitaciones de incremento salarial a los empleados públicos, y como consecuencia de ello la negativa a que esta cuestión pudiera ser objeto de negociación colectiva"(8).

Adicionalmente, dicho autor hace referencia a una resolución del Tribunal Constitucional español (la 57/1982 del 27 de julio de 1982), que

(7) Ibídem, p. 187.

(8) Ibídem, p. 190.

concretamente se refiere a este tema y en la que se señala que la Constitución española no reconoce a los funcionarios públicos el derecho a la negociación colectiva de sus condiciones de empleo, y que este no puede ser fundamentado en los artículos 37°.1, 28°.1 y 14° de la Constitución[9], para concluir manifiesta que "[...] el derecho de negociación colectiva como cualquier otro derecho constitucionalmente reconocido no tiene un carácter absoluto, porque puede estar sujeto a limitaciones ante la existencia de otros derechos que merezcan mayor protección [...]"[10]. Sin duda, esos otros derechos tienen que ver con los intereses de todos los ciudadanos de un país que son los destinatarios de las obras y servicios que en general todo Estado debe proporcionar o brindar para la satisfacción de sus necesidades, razón por la cual el tesoro público solo puede ser destinado de acuerdo con las normas presupuestales, resultando absurdo sostener que el derecho a la negociación colectiva de los servidores del Estado puede prevalecer respecto del interés general de la Nación.

Por otro lado, Miguel Sánchez Morón[11], igualmente autor español, refiriéndose a la posibilidad de la negociación colectiva de los funcionarios, manifiesta: "Cuestión distinta es la que tiene que ver con la negociación colectiva. Su introducción en el empleo público es consecuencia de la paulatina extensión a este ámbito de un modelo de relaciones que tiene su origen en la empresa privada. La negociación, en puridad, es decir, en el sistema de relaciones laborales, significa la autorregulación de las condiciones de empleo por el acuerdo de las partes, adoptado en virtud de su autonomía colectiva y formalizado en un convenio colectivo. Durante mucho tiempo se ha considerado que este modo de regular las condiciones de trabajo y productividad era totalmente incompatible con el régimen jurídico del funcionario público. Y, ciertamente lo es con la versión más tradicional de la naturaleza estatutaria de estas relaciones [...]. Pero ocurre que a finales del siglo XX es difícil sostener esa concepción teórica en toda su pureza, pues, como hemos ido viendo en distintos momentos, con el tiempo se han difuminado los presupuestos sociales, culturales y jurídicos en que se apoyaban. El mero hecho de que en el empleo existan colectivos profe-

(9) Ibídem, p. 192.

(10) Ibídem, p. 195.

(11) SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho de la función pública,* Tecnos, España, 2000, pp. 234-237.

sionales sometidos a vínculos laborales y que, por consiguiente, pactan con la administración sus relaciones de empleo [...] denota el profundo cambio, seguramente irreversible, que se ha producido en nuestro tiempo [...]. Para quienes sostienen esta tesis (que procede la negociación colectiva) el derecho de la negociación colectiva de los funcionarios sería una consecuencia directa de su derecho a la sindicación, dado que la negociación, como la huelga, son manifestaciones inescindibles de la actividad sindical. *La cuestión no puede abordarse, sin embargo, confrontando apriorísticamente el modelo regulador de la negociación colectiva con una determinada construcción teórica, cualquiera que sea, sino con la letra de la Constitución, interpretada sistemáticamente* [...]. *Puede entenderse que, en virtud de este tipo de consideraciones, la Constitución* [...] *no quiso extender expresamente el derecho de negociación colectiva a los funcionarios*. [...]. Por otra parte, *como declaró el Tribunal Constitucional* en STC 57/1982 del 17 de julio *el reconocimiento del derecho de sindicación de los funcionarios no conlleva, sin más, el de negociación colectiva*, pues la acción sindical puede desarrollarse también mediante otros procedimientos y por otras vías. Ahora bien, la negociación colectiva tampoco es incompatible con el régimen constitucional de la función pública y, de hecho, nunca el Tribunal Constitucional ha afirmado lo contrario ni nadie legitimado para ello ha cuestionado la inconstitucionalidad de las leyes que la introducen en este ámbito. Antes el hecho de que no sea un derecho constitucional no significa que la negociación colectiva no pueda existir en el ámbito de la función pública. [...]. *Sin embargo, es también claro que la negociación colectiva no puede tener el mismo alcance en el marco del empleo público –y, más específicamente en el de la función pública–, que en el del sector privado, ante todo, en virtud del principio de legalidad presupuestaria, conforme al que corresponde al Parlamento aprobar la totalidad de los gastos del sector público, incluidos naturalmente los gastos de personal (artículo 134º.2 de la Constitución). Quiere ello decir que la administración no es libre para negociar modificaciones de las condiciones de empleo que tengan directa o indirectamente efectos presupuestarios, sino que está limitada a priori y a posteriori por lo que el órgano representativo de la voluntad popular pueda decidir*. En este sentido, lo más que la administración puede convenir es el contenido de sus propias iniciativas legislativas y presupuestarias. Este tipo de límites, por lo demás, se impone también a la negociación colectiva de los trabajadores con vínculo laboral de administración, que deben contar por ello con el informe previo favorable del Ministerio de Economía y Hacien-

da y del Ministerio para las administraciones públicas, sin el que son nulos de pleno derecho, según vienen reiterando las últimas leyes de presupuestos generales del Estado, *con el aval del Tribunal Constitucional* - STC 96/1990, de 24 de mayo" (las cursivas son nuestras).

5. CONVENIOS DE LA OIT Y OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Tampoco resultaría apropiada la invocación que se efectúa al Convenio N° 98 de la OIT, por cuanto su artículo 6° excluye a los funcionarios públicos de este. Textualmente establece lo siguiente: "El presente convenio no trata de la situación de los funcionarios públicos de la administración del Estado y no deberá interpretarse, en modo alguno, en menoscabo de sus derechos o de su estatuto".

Es el Convenio N° 151 de la OIT, sobre la protección del derecho de sindicación y de procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, el pertinente y que originó al Decreto Supremo N° 026-82-JUS antes mencionado, en el cual se permite a los servidores públicos la presentación de pliegos de reclamo, exclusivamente, sobre condiciones generales siempre que puedan cubrirse con recursos presupuestales existentes, prohibiéndose aquellos que requieran partidas presupuestales adicionales.

Y, como ya hemos visto, el Tribunal Constitucional en el punto 5 de su sentencia de 12 de agosto de 2005, que declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad promovida contra la Ley N° 28175 –Ley Marco del Empleo Público–, ha establecido que los derechos laborales de los trabajadores, como los de sindicación, negociación colectiva y huelga, deben interpretarse de conformidad con 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, conocido como "Protocolo de San Salvador", el Convenio N° 87 de la OIT relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación; artículo 6° del Convenio N° 98 de la OIT relativo a la Aplicación de los Principios del Derecho de Sindicación y 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*. Nótese que si bien la enumeración de

tratados y convenios es general, el Tribunal Constitucional menciona de manera específica al Convenio N° 151 de la OIT como aquel que debe tenerse en cuenta para analizar los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga de los servidores públicos (Fundamento 52° *in fine*).

En lo que respecta al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 8° garantiza el derecho de toda persona a fundar sindicatos para promover y proteger sus intereses económicos y sociales, pero reconociendo que pueden haber restricciones previstas por la ley, necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de derechos y libertades ajenos (numeral 1.a), que es justo lo que ocurre cuando se trata de la negociación colectiva con los servidores públicos en donde el interés legítimo, pero particular, de obtener incrementos de remuneraciones, puede colisionar con el interés general de todos los ciudadanos de nuestro país que son los destinatarios de las obras y servicios que presta el Estado, basándose en el presupuesto general de la República.

Lo mismo ocurre con el artículo 8° del Protocolo de San Salvador, que establece que los Estados partes garantizarán el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos para la protección y promoción de sus intereses, reconociéndose en el numeral 2 de dicho artículo que el ejercicio de este derecho puede estar sujeto a limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que sean propias de una sociedad democrática, necesaria para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y libertades de los demás.

En consecuencia, tratándose de servidores públicos, el artículo constitucional es el 42° y no el 28°.2. Otro tema totalmente distinto y adjetivo, es que por determinación de la ley (nivel infraconstitucional) sean considerados bajo el régimen laboral de la actividad privada, pero ello no trae como consecuencia que se conviertan, por naturaleza, en servidores del sector privado, manteniendo su condición de servidores públicos y por ende sometidos estos y las entidades a quienes prestan servicios a las normas limitativas del presupuesto que también tienen rango constitucional conforme lo establece el artículo 77° de la Carta Política. Tan cierto es lo expresado, que estos servidores públicos, ahora bajo el régimen laboral de la actividad privada, antes lo estaban dentro de la Ley de la Carrera Administrativa regulada por el Decreto Legislativo N° 276 y, cuando se apruebe en el Congreso de la República la nueva Ley de Carrera Administrativa del Servidor Público, dejarán de pertenecer al régimen laboral de la actividad privada.

6. EL DECRETO LEY Nº 25593

Pues bien, siguiendo con el silogismo, si los trabajadores de las entidades del Estado son servidores públicos y su derecho a la negociación colectiva no proviene del artículo 28º numeral 2 de la Constitución, ni del Convenio Nº 98 de la OIT, y tampoco tiene base constitucional, ya que el artículo 42º de la carta tampoco les reconoce el derecho a negociación colectiva, tenemos que, si un sector de estos trabajadores tienen derecho a ella es solo y exclusivamente en virtud del artículo 1º, segundo párrafo de una norma infraconstitucional como es el Decreto Ley Nº 25593, que establece que: "[...] *Los trabajadores de entidades del Estado y de empresas pertenecientes al ámbito de la actividad empresarial del Estado, sujetos al régimen laboral de la actividad privada, quedan comprendidos en las normas contenidas en el presente decreto ley, en cuanto estas últimas no se opongan a normas específicas que limiten los beneficios en él previstos*" (las cursivas son nuestras).

Adviértase que el primer párrafo del citado artículo 1º se refiere propiamente a los trabajadores que, per se, pertenecen al régimen laboral de la actividad privada, que son los destinatarios naturales de dicha norma.

> "**Artículo 1º.-** El presente decreto ley se aplica a los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada *que prestan servicios para empleadores privados*" (las cursivas son nuestras).

Entonces, que si los servidores públicos que por mandato de una ley especial son incorporados al régimen laboral de la actividad privada, les alcanza el derecho a la negociación colectiva, este beneficio es de nivel infraconstitucional. Por lo que perfectamente una norma de dicho nivel puede introducir limitaciones a dicho tipo de negociación, como en efecto lo hace la propia Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, cuando comprende a los servidores públicos, sujetos por mandato de ley al régimen laboral de la actividad privada en la negociación colectiva, pero siempre que *no se opongan a normas específicas que limiten los beneficios en él previstos.*

Quedaría claro, entonces, que si otras normas de jerarquía infraconstitucional como la legislación presupuestal introducen limitaciones a los incrementos de remuneraciones, nadie puede, ni siquiera un tribunal arbitral otorgarlas porque estaría infringiendo dichas normas legales, no siendo pertinente invocar normas de nivel constitucional en esta materia, porque no existen. Es más, existe norma expresa constitucional (artículo 42º) que no reconoce a los servidores públicos el derecho a negociación colec-

tiva, y existe norma expresa a nivel constitucional que regula la administración económica y financiera de las entidades del Estado por el presupuesto que anualmente aprueba el Congreso (artículo 77°).

En consecuencia, se podría considerar que existen razones jurídicas suficientes que impedirían a los tribunales arbitrales otorgar ningún tipo de beneficio remuneratorio o de carácter económico, porque ello constituiría una violación de las normas presupuestales, habida cuenta que, ni el Convenio N° 98 de la OIT ni el artículo 28° de la Constitución, específicamente su inciso 2, son aplicables a los servidores públicos, y son precisamente estos los fundamentos que usualmente invocan para que se les otorgue los incrementos o mejoras de condiciones remuneratorias, desconociendo que su derecho no nace de la Constitución sino de una ley que contempla limitaciones y que en la medida que estas se den, resulta jurídicamente imposible el otorgamiento de incrementos remuneratorios o de beneficios económicos, porque se estaría violando a la ley y al artículo 77° de la Constitución.

De lo contrario, la forma más sencilla de burlar las normas presupuestales a nivel de los servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada, sería presentar pliegos de reclamos sobre condiciones remuneratorias que conocen de antemano no podrán ser concedidas si existen restricciones presupuestales, para que, roto el trato directo, un tribunal arbitral sí las conceda. Ello conllevaría al desquiciamiento del sistema presupuestal y a la violación de los artículos 42° y 77° de nuestra Carta Política.

Tampoco es válido el argumento que se esgrime en algunos laudos y resoluciones judiciales en el sentido de que, si la entidad del Estado suscribió el correspondiente compromiso arbitral, quedó obligado por él y sometido al contenido del laudo que se expida.

Ya hemos visto que siendo las normas presupuestales de orden público, si en determinado ejercicio se prohíbe el incremento de remuneraciones, el acto jurídico por el cual se somete al tribunal arbitral la solución del conflicto de dichos incrementos es nulo, por lo cual al tribunal arbitral le corresponde, en este supuesto, inhibirse del conocimiento del mismo.

En cuanto a los pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical de la OIT sobre esta materia, lo hace fundamentalmente fundándose en los Convenios N°s 87 y 98 que como hemos visto no son aplicables a los servidores públicos, desde que el pertinente es el Convenio N° 151, e

incluso reconoce que la naturaleza constitucional del derecho de negociación colectiva no lo convierte en un derecho absoluto, aunque restringe el ámbito de las limitaciones de su contenido a contextos de real crisis económica y con cargo al cumplimiento de una serie de requisitos[12]. Sin duda el Comité de Libertad Sindical se está refiriendo a los supuestos excepcionales en que el Estado limita la negociación colectiva en el ámbito privado, como sucedió en nuestro país en los primeros años de la década de los noventa como consecuencia de la hiperinflación arrastrada a finales de los años ochenta, y que dieron lugar a una serie de normas de excepción para estabilizar la economía del país.

En consecuencia, este es un tema que merece una especial reflexión, no resultando atendible la invocación a la jurisprudencia sobre esta materia (laudos arbitrales y resoluciones judiciales), por cuanto esta es necesariamente relativa y no vinculante, en la medida en que se debe analizar año a año lo que establezcan las normas presupuestales. Si no se contemplan restricciones, se podrá negociar libremente, pero si lo hace, deberá estarse a lo que ellas indiquen. Además, si se revisan los laudos emitidos sobre esta materia, la mayoría de ellos se refieren a empresas públicas, no a entidades públicas y, cuando se trata de estas últimas, lo único que han hecho los tribunales arbitrales es referirse a los precedentes que, como se tiene dicho en su mayoría, corresponden a empresas públicas, repitiéndose sin mayor reflexión los argumentos comunes respecto de la constitucionalidad del derecho, invocando al artículo 28°.1 y al Convenio N° 98 de la OIT, que resultan válidos para las empresas públicas, como veremos seguidamente, mas no para las entidades públicas. Además, estos laudos estarían desconociendo los pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

7. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LAS EMPRESAS PÚBLICAS

Las empresas públicas que pertenecen a la actividad empresarial del Estado, usualmente se encuentran organizadas bajo la forma de sociedad anónima, encontrándose generalmente excluidas de las normas referidas al sector público, salvo, naturalmente, los casos en que por ley expresa se disponga lo contrario.

---

(12) Recogido del numeral 12 del laudo arbitral del 5 de octubre de 2006 (Sindicato de Trabajadores Zona Registral N° IX con Sunarp).

Todos los trabajadores de las empresas públicas se encuentran comprendidos en el régimen laboral de la actividad privada, siendo el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (Fonafe), quien ejerce la titularidad de las acciones representativas del capital social de todas ellas, administrando los recursos derivados de dicha titularidad, siendo además la encargada de normar y dirigir la actividad empresarial del Estado, debiendo aprobar el presupuesto consolidado de cada una de ellas.

De conformidad con el artículo 52°.4 de la Ley General de Sistema Nacional de Presupuesto N° 28411, el Fonafe y las empresas bajo su ámbito, programan y formulan sus presupuestos sobre la base de las directivas que emita dicha entidad, en el marco de las reglas de estabilidad, teniendo en cuenta las proyecciones macroeconómicas contenidas en el artículo 4° de la Ley de Responsabilidad y Transparencia Fiscal, Ley N° 27245, modificada por la Ley N° 27958, lo cual es corroborado por el artículo 53°.2 de la referida Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto.

Por otro lado, el artículo 40° de la Constitución Política del Estado, referido a la función pública, expresamente excluye de ella 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, en este orden de ideas, las normas que regulan la aprobación y gestión presupuestal de las empresas de la actividad empresarial del Estado antes mencionadas, han sido dictadas en concordancia con el artículo 77° de la Constitución, referida al presupuesto público, debiendo precisarse que por no estar comprendidos los trabajadores de dichas empresas en la función pública, no les son aplicables el artículo 42° de la Carta Política, que reconoce a nivel constitucional, a los servidores que sí se encuentran comprendidos en ella, exclusivamente los derechos de sindicación y huelga. Por lo tanto, a los trabajadores de las empresas del Estado les son de plena aplicación el artículo 28° numeral 2 de la Constitución Política, así como el Convenio N° 98 de la OIT relativo a la aplicación de los principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, por lo cual las regulaciones y en su caso limitaciones, solo obligan al Fonafe, no así a los tribunales arbítrales, que aplican la Norma Constitucional, el Convenio N° 98 de la OIT y las normas específicas contenidas en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo sobre la finalidad y atribuciones del arbitraje, en concordancia con los criterios vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 28 de febrero de 2006 (Expediente N° 6167-2005-PHC/TC) en que se pronuncia expresamente sobre la constitucionalidad de la jurisdicción arbitral.