

Agenda del Derecho Laboral Peruano

CONTENIDO

DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA Y POSIBLE DEROGACIÓN O MODIFICACIÓN DE LOS ESQUEMAS VIGENTES

- **CÉSAR ALFREDO PUNTRIANO ROSAS:** Descentralización productiva y posible derogación o modificación de los esquemas vigentes
- **CAROLINA CASTILLO PASTOR:** Propuesta de modificaciones respecto a la regulación de la subcontratación de actividades complementarias por vía de intermediación laboral y de tercerización de servicios

LA CONTRATACIÓN LABORAL DIRECTA EN LA ACTUALIDAD

- **CARLOS CORNEJO VARGAS:** Algunos apuntes sobre la regulación de la contratación temporal: a treinta años de su vigencia
- **WILLY MONZON ZEVALLOS:** Informalidad y contratación laboral directa en la actualidad

VIGENCIAS Y POSIBLES REFORMAS EN LOS RÉGIMENES ESPECIALES

- **ORLANDO GONZÁLES NIEVES:** Vigencia de los regímenes laborales especiales en el Perú: problemática y posibles reformas
- **CARLOS GUILLERMO MORALES MORANTE:** Notas a la situación jurídica de los contratos administrativos de servicios a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de los artículos 1º, 2º, 3º y 5º y Disposiciones Complementarias y Finales de la Ley N° 31131, Ley que establece disposiciones para erradicar la discriminación en los regímenes laborales del Sector Público: ¿El final de un principio?

MODIFICACIONES EN EL CONTENIDO DEL DERECHO COLECTIVO

- **ADOLFO CIUDAD REYNAUD:** Los procesos de negociación colectiva en trámite en el sector público

PLANTEAMIENTOS PARA UN FORTALECIMIENTO DEL SISTEMA DE INSPECCIÓN DEL TRABAJO

- **LUIS ALBERTO SERRANO DÍAZ:** Propuestas para el fortalecimiento del sistema de inspección de trabajo en Perú

PERSPECTIVAS PARA UN SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

- **CÉSAR ABANTO REVILLA:** Buscando un nuevo sistema de pensiones de seguridad social para el Perú: ¿reforma o refundación?
- **ESTELA OSPINA SALINAS:** Gestión sistémica estatal del seguro complementario de trabajo de riesgo. Una propuesta

SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

- **KARLA CÁNOVA TALLEDO / CESAR CANO CANDIOTTI:** Seguridad, salud y bienestar a propósito de la nueva política nacional. Agenda pendiente
- **ANDRÉ JORGE COSSIO PERALTA:** La vacunación contra la COVID-19: ¿medida de prevención de seguridad y salud en el trabajo? Aspectos aún no resueltos sobre el retorno al trabajo presencial en Perú

AGENDA DEL DERECHO LABORAL PERUANO

- **DANIEL ULLOA MILLARES:** Cambiar a propósito del COVID-19. Régimen laboral de la actividad privada en el Perú: confirmación de un fracaso. (*E ideas para su deseada reconstrucción*)
- **LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHÉZ:** El futuro del trabajo en la agenda política 2021 - 2026

INVITADO ESPECIAL

- **MARIO GARMENDIA ARIGÓN:** La nueva regulación legal uruguaya sobre teletrabajo

LOS PROCESOS DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN TRÁMITE EN EL SECTOR PÚBLICO

ADOLFO CIUDAD REYNAUD*

Luego de la promulgación de la Ley N° 31188, Ley de negociación colectiva para el sector público, el 2 de mayo de 2021, se produjeron ciertas dudas sobre la ley aplicable a los procesos de negociación colectiva que se encontraban en trámite. Es el caso de las negociaciones colectivas que se iniciaron conforme a lo establecido por la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, y su Reglamento General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 040-2014-PCM. Estas normas fueron derogadas tácitamente por el Decreto de Urgencia N° 014-2020, y posteriormente, la Ley N° 31188 no incluyó en su texto un artículo que señale expresamente la forma cómo deberían ser resueltos los procedimientos en trámite antes de su promulgación, por lo que surgieron distintas interpretaciones sobre la ley aplicable a éstos.

En consecuencia, para resolverlos se deberá tener en consideración la línea de tiempo de los hechos acontecidos en las referidas negociaciones colectivas, así como la sucesión normativa producida en los últimos años, con el objeto de adoptar una decisión sobre la ley aplicable.

* Abogado y Magíster por la Pontificia Universidad Católica del Perú, estudios de post grado en la Universidad Autónoma de Madrid, profesor de pregrado y posgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Fue Especialista Principal en Legislación Laboral y Administración del Trabajo de la OIT. Ex Asesor Principal de la Comisión de Trabajo del Congreso de la República. Ex Inspector de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Ex Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Fue distinguido con la condecoración de la Orden del Trabajo por el Estado peruano. Asesor de organizaciones sindicales y Director del Estudio Adolfo Ciudad Reynaud & Asociados.

Debe de tenerse en consideración que, tales negociaciones colectivas, además de haberse sustentado en la Ley del Servicio Civil y su reglamento, también lo hicieron en el marco constitucional del artículo 28° de la norma fundamental, del Convenio núm. 98, Convenio sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva, ratificado el 13 de marzo de 1964 por nuestro país, y el Convenio núm. 151, Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, ratificado el 27 de octubre de 1980. No obstante, algunos artículos de la Ley N° 30057 fueron declarados inconstitucionales por la sentencia del 26 de abril de 2016¹, Caso Ley del Servicio Civil, razón por la cual diversas restricciones a la negociación colectiva dejaron estar vigentes a partir del vencimiento de la *vacatio sententiae*, aunque el marco constitucional y los convenios internacionales de trabajo siempre estuvieron vigentes desde 1993 y desde sus ratificaciones por el Estado peruano en 1964 y 1980, respectivamente. Partiendo de esta línea de base es que debemos de analizar la sucesión normativa producida a partir del mes de enero de 2020.

I. El Decreto de Urgencia N° 014-2020

El 23 de enero de 2020, se publicó sorpresivamente en el Diario Oficial, sin diálogo ni consulta con las organizaciones sindicales de trabajadores, el Decreto de Urgencia N° 014-2020, que implicó en la práctica, entre otros aspectos, la paralización de todas las negociaciones colectivas en trámite al establecer una serie de prohibiciones para presentar pliegos de reclamos y negociar colectivamente. Ese fue el caso de las negociaciones de los cuatro años anteriores, si se había iniciado alguna negociación colectiva que haya incluido alguna condición económica (Tercera Disposición Complementaria Transitoria), lo que afectó a centenares de procedimientos en trámite, que actualmente continúan en su mayor parte sin solución. Nótese que para que opere esa prohibición sólo bastaba haber incluido alguna condición económica en la negociación colectiva de los cuatro años anteriores, independientemente si llegó a pactar o no. En efecto, la Tercera Disposición Complementaria Transitoria dispuso lo siguiente:

1 Varios de los artículos de la Ley N° 30057 fueron expulsados del ordenamiento jurídico por el Tribunal Constitucional mediante sentencia del 26 de abril de 2016, recaída en el Expediente 025-2013/PI/TC; 0003-2014-PI/TC; 0008-2014-PI/TC; 0017-2014-PI/TC, así como diversos artículos del Reglamento General de la Ley 30057.

“TERCERA. - Presentación del pliego de reclamos durante el Año Fiscal 2020

Durante el el Año Fiscal 2020, únicamente pueden presentar su pliego de reclamos las organizaciones sindicales de las entidades del Sector Público que **no tengan o no hayan iniciado alguna negociación colectiva que incluya condiciones económicas durante los años 2016, 2017, 2018 y 2019**, teniendo en cuenta los tres (3) niveles de negociación colectiva.” (el subrayado es nuestro)

De igual forma, el Decreto de Urgencia N° 014-2020, dispuso la prohibición de negociar en el año anterior a las elecciones generales y regionales y municipales (artículo 5.2.). Como quiera que estaban previstas las elecciones generales para la presidencia y el congreso de la república para abril de 2021, así como las elecciones regionales y municipales para noviembre de 2022, tales prohibiciones impidieron negociar colectivamente con carácter general durante el año 2020 y también durante el año 2021, hasta que fue derogado dicho Decreto de Urgencia por la Ley N° 31114, publicado el 23 de enero de 2021. En efecto, texto de dicho artículo fue redactado en los siguientes términos:

“5.2 Los pliegos de reclamos se presentan cada dos (2) años, entre el 1 y el 30 de junio. No pueden presentarse en el año anterior a las elecciones que correspondan.” (el subrayado es nuestro)

Adicionalmente, la Segunda Disposición Complementaria Transitoria, primer párrafo, dispuso que todas las negociaciones colectivas y arbitrajes que se encuentren en proceso se adecuan a lo establecido al D.U. 014-2020.

“SEGUNDA. Tratamiento de negociación colectiva en curso

Las negociaciones colectivas y arbitrajes de índole laboral de entidades del Sector Público que se encuentren en proceso, **se adecúan a lo establecido en el presente Decreto de urgencia.**” (el subrayado es nuestro)

Ello implicó en la práctica una nueva **prohibición general de negociación colectiva**, en la medida que todos los procesos de negociación colectiva en trámite del sector estatal no podían proseguir al establecerse la prohibición de negociarse colectivamente durante los años 2020 y 2021 por la realización de elecciones generales y regionales, respectivamente, además de la prohibición de negociar colectivamente si en las negociaciones de los cuatro años anteriores, se

había iniciado alguna negociación colectiva que haya incluido alguna condición económica (Tercera Disposición Complementaria Transitoria).

II. El principio de irretroactividad de la ley

La referida Segunda Disposición Complementaria Transitoria del D.U. 014-2020 dispuso la adecuación inmediata de todos los procedimientos en trámite a las nuevas reglas que no estuvieron vigentes al iniciarse los mismos. El artículo 103° de la Constitución Política prescribe, que la ley -desde su entrada en vigencia- se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y **no tiene fuerza ni efectos retroactivos**. Ello implica que la ley no puede regir hacia el pasado, ni puede aplicarse ni tener efectos retroactivos, pero, además, en materia procesal debe de tenerse en cuenta que el artículo 139°, inciso 3, de la Constitución Política, establece también la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, así como que ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, **“ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, [...]”**.

En consecuencia, si bien el artículo 103° de la Constitución establece el principio de eficacia inmediata de las leyes, éste debe ser modulado en lo que respecta al derecho procesal, por cuanto debe también tenerse en cuenta el derecho previsto en el artículo 139°, inciso 3, que establece que es parte del derecho al debido proceso y tutela jurisdiccional, la garantía de no ser “sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos”. Así lo ha ratificado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que señala que la aplicación de la ley en el tiempo se rige, de manera general, por el principio *tempus regis actum*, pero que éste debe ser morigerado por la garantía normativa que prescribe el sometimiento a un procedimiento distinto de los previamente establecidos en la ley. En otros términos, no es posible cambiar el procedimiento de negociación colectiva para someterlo a un procedimiento distinto de los previamente establecidos, tal como lo ordenó la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto de Urgencia 014-2020. Ello implicaría cambiar las reglas de procedimiento de negociaciones colectivas que se han iniciado bajo el imperio de otras normas diferentes. El Tribunal Constitucional se ha referido a este tema en los siguientes términos:

[...] el problema de la ley aplicable en el tiempo en normas [...] ha de resolverse bajo los alcances del principio *tempus regis actum*, **pero morigerado por la garantía normativa que proscribe el sometimiento a un procedimiento distinto de los previamente establecidos en la ley**, proclamado en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, que vela porque la norma con la que se inició un determinado procedimiento no sea alterada o modificada con posterioridad por otra, de manera que cualquier modificación realizada con posterioridad al inicio de un procedimiento, [...] no debe aplicarse” (Expediente N° 1593-2003-HC/TC, fundamento jurídico 9).

La misma sentencia enfatiza más adelante la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional ya adoptada en casos precedentes, en el sentido de no ser sometido a procedimiento distinto de los previamente establecidos, así como que “las normas con las que se inició un determinado procedimiento no sean alteradas o modificadas con posterioridad por otra. En tal virtud, señala el Tribunal, que “iniciado un procedimiento determinado, cualquier modificación realizada a la norma que lo regula, no debe ser inmediatamente aplicable al caso, pues el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución garantiza que nadie puede ser sometido a procedimiento distinto de los previamente establecidos”. Así lo señala en forma inequívoca los fundamentos jurídicos 11 y 12 de la sentencia recaída en el Expediente N° 1593-2003-HC/TC:

“11. [...] En ese sentido, el problema de la ley aplicable en el tiempo ha de resolverse, prima facie, a la luz del principio de **eficacia inmediata** de las leyes, con las modulaciones que éste pueda tener como consecuencia del contenido constitucionalmente protegido del derecho “**a no ser sometido a un procedimiento distinto de los previamente establecidos**”, al que se refiere el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución.

12. Sobre el particular, en la STC N.° 2928-2002-AA/TC, este Colegio destacó que el derecho al procedimiento preestablecido en la ley no garantiza que se respeten todas y cada una de las disposiciones legales que regulan el procedimiento, sea éste administrativo o jurisdiccional, sino que **las normas con las que se inició un determinado procedimiento, “no sean alteradas o modificadas con posterioridad” por otra**. De esta manera, **iniciado un procedimiento determinado, cualquier modificación realizada a la norma que lo regulaba, no debe ser la inmediatamente aplicable al caso, pues el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución garantiza que “nadie puede ser sometido a un procedimiento distinto de los previamente establecidos”**. (Expediente N° 1593-2003-HC/TC, fundamentos jurídicos 11 y 12).

A pesar de la doctrina constitucional antes indicada, tuvo efectos retroactivos la Disposición Complementaria Transitoria Segunda, del Decreto de Urgencia 014-2020, al haber dispuesto que se aplica a las negociaciones colectivas y arbitrajes de índole laboral de las entidades del Sector Público que se encuentren en proceso, y en consecuencia, iniciados y en trámite durante los años 2019, 2018, 2017, 2016, así como todos los años anteriores todavía no resueltos. Esa disposición complementaria dispuso, en afectación al derecho al debido proceso, que los procedimientos de las negociaciones colectivas en trámite de años anteriores, que se iniciaron bajo las normas establecidas en la Ley 30057 y en su reglamento general, aprobado por Decreto Supremo 040-2014-PCM, que no contenían las citadas prohibiciones. Esas negociaciones colectivas en trámite están legitimadas por la Constitución, el Convenio 98 y el Convenio 151 de la OIT, la referida Ley 30057 y su reglamento, aplicados conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional mediante sentencia del 26 de abril de 2016.

En tal virtud, a los procedimientos en trámite no se les hubiera podido aplicar las normas del D.U. 014-2020, toda vez hubieran quedado paralizadas y sin resolverse, por aplicación de la prohibición de presentar pliegos de reclamos y negociar “en el año anterior a las elecciones que correspondan.” De esta forma, el referido D.U. tuvo “efectos retroactivos” en la medida que dejó en suspenso el derecho de negociación colectiva que sí se podía ejercer antes del 23 de enero de 2020, fecha de expedición de tal decreto, a pesar de que se referan a períodos de vigencia de los convenios o laudos anteriores a su expedición. Así, el D.U. 014-2020 **tuvo “fuerza y efectos retroactivos”**, pues afectó a situaciones jurídicas producidas antes de su vigencia y no respetó el mandato de que “ninguna persona puede ser [...] sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos”, que señal nuestra Constitución como una de las garantías de la función jurisdiccional.

Por estas razones, cuando se dicta una norma en materia procesal, siempre se tiene cuidado de señalar que los procedimientos en trámite culminarán con la norma anterior, o que quedan vigentes determinadas instituciones de esta, más aún si están de por medio derechos fundamentales en materia de trabajo, como la libertad sindical y la negociación colectiva. Así lo hizo la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, publicada el 15 de enero de 2010, en cuya disposición Complementaria Tercera se dispuso lo siguiente:

“Tercera.- Los procesos iniciados antes de la vigencia de esta Ley continúan su trámite según las normas procesales con las cuales se iniciaron.”

En igual sentido, el Código Procesal Civil, en su disposición complementaria segunda, y el Código Procesal Constitucional, en su disposición final segunda, han cuidado de señalar que a pesar de que sus normas procesales son de aplicación inmediata, continuarán rigiéndose por la norma anterior diversas instituciones de la normativa anterior, como las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado.

El referido Decreto de Urgencia 014-2020 fue derogado por la Ley N° 31114, publicada en el Diario Oficial el 23 de enero de 2021, aprobada por insistencia por el Congreso de la República, en la medida que la autógrafa fue observada por el Poder Ejecutivo. No obstante, por aplicación del artículo I del Título Preliminar del Código Civil, se produjo una derogación tácita por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior, por lo que la normativa sobre negociación colectiva de la Ley del Servicio Civil y su reglamento general ya no resultan aplicables para resolver los procesos en trámite de negociación colectiva.

III. Derogatoria del D.U. 014-2020 por la Ley N° 31114

Con posterioridad a la publicación de la Ley N° 31114, el 2 de febrero de 2021 el Tribunal Constitucional publicó una razón de relatoría respecto de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el D.U. 014-2020 por el Colegio de Tecnólogos Médicos del Perú y otros, dando cuenta que tres de los siete magistrados (Ferrero, Sardón y Espinosa-Saldaña) votaron por la improcedencia de la demanda por sustracción de materia en la medida que el referido D.U. había sido derogado por la Ley N° 31114, dos votaron por declarar fundada la demanda en todos sus extremos (Miranda y Blume), y dos magistrados votaron por declarar fundada en parte la demanda (Ledesma y Ramos). En tal virtud, al no haberse alcanzado los cinco votos conformes para declarar la inconstitucionalidad del D.U. impugnado, correspondió declarar infundada la demanda, en aplicación del artículo 5, primer y segundo párrafo, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. En consecuencia, la declaración de infundada la demanda no obedeció a razones de fondo dando validez cons-

titucional al D.U. 014-2020, por lo que tal sentencia no tiene consecuencias jurídicas para resolver los procesos en trámite.

Sin embargo, el Estado peruano continuó resistiéndose a cumplir con la sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de abril de 2016, a través de la publicación en el Diario Oficial El Peruano, el 5 de febrero de 2021, del Comunicado N° 001-2021-EF/53.01 de la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos, del Viceministerio de Hacienda del Ministerio de Economía y Finanzas. Se sostuvo que el derecho de negociación colectiva es un derecho de configuración legal por lo que resulta necesario que este sea desarrollado mediante una norma con rango de ley, y que el Tribunal Constitucional ha declarado infundada la demanda de inconstitucionalidad en contra del D.U. 014-2020. En tal virtud, se afirmó, que la derogación del Decreto de Urgencia implica un vacío normativo, por lo que “los procesos de negociación colectiva y arbitrajes laborales en curso quedan en suspenso, estando impedidos los funcionarios -o los que hagan sus veces de ejercer la representación del Estado en cada proceso, bajo responsabilidad funcional, administrativa, civil y/o penal que corresponda- comprometer o disponer el uso de recursos públicos.” No obstante, un comunicado emitido por el Viceministerio de Hacienda tampoco tiene consecuencia ni relevancia jurídica alguna para la solución de las negociaciones colectivas en trámite, en la medida que a esa fecha no existía ninguna norma jurídica de rango legal vigente que prohíba o suspenda los procesos de negociación colectiva en el sector público, como lo sostuvo dicho comunicado. Como se sabe, un comunicado sólo refleja la opinión del funcionario que lo suscribe, pero no produce ningún efecto jurídico por no estar dispuesto por ninguna norma legal prevista en el ordenamiento jurídico del país.

La actitud renuente del Estado en contra de la negociación colectiva continuó con la expedición del Informe Técnico 0448-2021-SERVIR-GPGSC, de 31 de marzo de 2021, suscrito por la Gerencia de Políticas de Gestión del Servicio Civil, que sin tener carácter vinculante, se sostuvo que no existe un marco legal habilitante para la negociación de condiciones económicas en el sector público por la prohibición dispuesta por la Ley de presupuesto del Sector Público del 2021, que impide el reajuste e incremento remunerativo, así como la aprobación de nuevas compensaciones económicas o beneficios. De otra parte, sostuvo que aún se mantiene pendiente la obligación impuesta por el Tribunal Constitucional referida a la emisión de una norma específica que regule la negociación

colectiva en el sector público que concilie el derecho de los trabajadores con los principios presupuestales. No obstante, un Informe Técnico de SERVIR sólo expresa la opinión del funcionario que lo suscribe y que no tiene consecuencias jurídicas para las negociaciones colectivas en trámite.

IV. La promulgación de la Ley N° 31188

Posteriormente, con fecha 2 de mayo de 2021, se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 31188, Ley de negociación colectiva en el sector estatal, cuya constitucionalidad ya no se discute luego de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el proceso de inconstitucionalidad iniciado por el Poder Ejecutivo que presidió Francisco Sagasti. Esta norma, si bien legisla sobre la materia en forma integral y de manera exhaustiva, no contiene disposiciones complementarias o transitorias que regulen la situación de los procedimientos en trámite que quedaron abiertos o sin solución al momento de expedirse el D.U. 014-2020, derogado un año después de su publicación. La posición del Poder Ejecutivo de la administración del Gobierno de Transición, del señor Sagasti, que cesó el 28 de julio de 2021, se continuó expresando en la misma línea que el Comunicado N° 001-2021-EF/53.01, de fecha 5 de febrero de 2021, de la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos, del Viceministerio de Hacienda del Ministerio de Economía y Finanzas, y del Informe Técnico 0448-2021-SERVIR-GPGSC, de 31 de marzo de 2021, suscrito por la Gerencia de Políticas de Gestión del Servicio Civil. En efecto, con fecha 8 de junio de 2021 se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 088-2021-SERVIR-PE, que formaliza el acuerdo de Consejo Directivo adoptado como opinión vinculante el Informe Técnico N° 1108-2021-SERVIR-GPGSC, sobre la aplicación y alcances de la Ley N° 31188, Ley de Negociación colectiva en el Sector Estatal.

V. Informe Técnico N° 1108-2021-SERVIR

La posición asumida por SERVIR, a través del Informe Técnico N° 1108-2021-SERVIR-GPGSC, es la de desconocer el derecho de negociación colectiva de los trabajadores que se han visto afectados por la paralización de sus procedimientos, a través de establecer las siguientes dos reglas sin sustento legal en ninguna norma:

“Los pliegos de reclamos que dieron origen a los procedimientos de negociación en trámite a la fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 31188 **deberán ser presentados nuevamente a partir del 1 de noviembre de 2021** para su trámite correspondiente bajo la nueva estructura, procedimiento de negociación y plazos previsto en la Ley N° 31188.”

[...]

“Dado que la Ley N° 31188 establece una estructura de negociación, reglas y plazos distintos a las normativas anteriores sobre negociación colectiva en el sector público, **estos procedimientos deberán reconducirse conforme a las reglas escritas en la citada ley, por lo que aquellos pliegos de reclamos que dieron origen a los procedimientos de negociación en trámite a la fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 31188 deberán ser presentados nuevamente a partir del 1 de noviembre de 2021** para su trámite correspondiente bajo la nueva estructura, procedimiento de negociación y plazos previsto en la Ley N° 31188, con prescindencia del etapa en la cual se encuentre el respectivo.”

Estas reglas implican en la práctica, para las negociaciones colectivas en trámite, cuyas etapas de negociación directa, conciliación y arbitraje se desarrollaron bajo las normas de la Ley del Servicio Civil, que por efecto de las nuevas prohibiciones a las que hemos aludido precedentemente, ahora ya derogadas, queden sin solución, queden abiertas, a pesar de tratarse de un derecho fundamental de carácter mundial. Esto significaría que los trabajadores comprendidas en tales negociaciones no gozarían de ningún tipo de reajuste de sus remuneraciones, a pesar de la obligación de fomento de la negociación colectiva contenida en el artículo 28 de la Constitución Política y en los Convenios 98 y 151 de la OIT.

Debe tenerse presente que el citado Informe Técnico N° 01108-2021-SERVIR-GPGSC (en adelante, el Informe SERVIR), no tiene rango legal, ni reglamentario, por lo que carece de obligatoriedad, se trata de una opinión administrativa de SERVIR, por lo que, las Entidades Públicas, en cumplimiento de la Constitución, podrían apartarse de dicha opinión administrativa.

En efecto, el artículo 51° de la Constitución Política señala que “la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente.” Por lo que si la Ley N° 31188 no ha dispuesto que los procedimientos en trámite deban de reconducirse para su presentación a partir del 1° de noviembre de 2021, un informe técnico de SERVIR no puede disponer que esos procedimientos queden abiertos y sin solución, por cuanto

el artículo 1º de dicha ley señala que “tiene por objeto regular el ejercicio del derecho a la negociación colectiva de las organizaciones sindicales de trabajadores estatales, de conformidad con lo establecido por el artículo 28 de la Constitución Política del Perú y lo señalado por el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo.”

Un Informe Técnico de SERVIR, que ni siquiera tiene la jerarquía normativa de un reglamento y que, por tanto, no está firmado por el Presidente de la República ni por ningún Ministro de Estado, no puede disponer que los procedimientos en trámite queden sin solución, ya que ello implica aplicar la prohibición de negociación colectiva durante los años 2020, 2021 y 2022, que impuso el derogado D.U. 014-2020. Todas las normas, dentro de un Estado Constitucional de Derecho, deben ser aplicadas e interpretadas a la luz de la Constitución y el bloque de Constitucionalidad, que ejercen un poder de irradiación sobre todo el ordenamiento jurídico. Por esta razón, la Ley N° 31188 tiene que ser aplicada conforme lo señala la **obligación de fomento de la negociación colectiva** que ordena el artículo 28 de la Constitución Política, así como conforme el principio de negociación libre y voluntaria que establece el Convenio 98, Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 y el Convenio 151, Relaciones de Trabajo en la Administración Pública, ambos de la OIT.

En efecto, el artículo 4 del Convenio 98, que forma parte de nuestro derecho interno conforme lo precisa el artículo 55 de la Constitución Política, señala que: “Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando sea necesario, para **estimular y fomentar** entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, **el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria**, con el objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.” En igual sentido, el Convenio 151, establece que “deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para **estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación** entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permiten a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones.”

¿El referido Informe de SERVIR fomenta o limita la negociación colectiva? La respuesta es obvia, en la medida que elabora reglas restrictivas a la negociación colectiva de los trabajadores del Estado, que no están en ninguna parte de la Ley N° 31188 y en ninguna otra ley vigente en el país, sin estar facultado para ello, y además, en directa contravención a la obligación de fomento de la negociación colectiva. De otra parte, conforme lo dispone el artículo 118, numeral 8, de la Constitución Política, el Presidente de la República tiene la potestad de reglamentar las leyes, pero **sin transgredirlas ni desnaturalizarlas**; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones. ¿Se cumple con esta disposición constitucional? Otra vez la respuesta es evidente. El Informe de SERVIR no cumple con tales preceptos, pues trasgrede y desnaturaliza por completo el derecho de negociación colectiva.

El referido Informe SERVIR está errado desde los presupuestos de hecho que cita como sucesión normativa en la medida que hace un recuento de las normas aplicables sobre negociación colectiva a partir de la Ley 30057, Ley del Servicio Civil, señalando erróneamente que rigió ininterrumpidamente desde el 5 de julio de 2013 hasta el 23 de enero de 2020, fecha de publicación del Decreto de Urgencia 014-2020. Sin embargo, incurre en manifiesto error al no mencionar en su recuento la Sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de abril de 2016, que expulsó del ordenamiento jurídico diversas normas de la Ley 30057 y de su reglamento, que prohibían la negociación colectiva de remuneraciones. En efecto, tales normas inconstitucionales han quedado expulsadas de nuestro ordenamiento jurídico, conforme lo ordena el artículo 204° de la Constitución que señala que: “La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto.” El segundo párrafo de tal artículo aclara que la sentencia no tiene efecto retroactivo, pero queda claro que sí tiene efectos a partir del día siguiente de su publicación. En la medida que la referida sentencia tuvo también una *vacatio sententiae*, esta sentencia en el peor de los casos rigió plenamente desde el 27 de julio de 2017. En consecuencia, no es cierto que la Ley 30057 haya continuado rigiendo en sus normas que prohibían la negociación colectiva de remuneraciones de los trabajadores del Estado hasta el 23 de enero de 2020.

El Informe de SERVIR señala, por otra parte, que desde el 23 de enero de 2020 existió un vacío normativo y que se encontraba expresamente prohibido

negociar colectivamente por la prohibición de la Ley de Presupuesto del Sector Público. Esta opinión no se ajusta a la realidad pues expresamente desconoce, la otra sentencia relevante del Tribunal Constitucional en materia de negociación colectiva de los trabajadores del estado. Nos referimos a la Sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de setiembre de 2015, Caso Ley de Presupuesto Público, que declaró inconstitucional “la prohibición de negociación colectiva para incrementos salariales de los trabajadores de la administración pública”.

En consecuencia, una vez que se publicó la Ley N° 31114, el 23 de enero de 2021, que derogó el Decreto de Urgencia 014-2020, que a su vez derogó tácitamente las normas del Capítulo II, de la Negociación Colectiva, del Título V, de los Derechos Colectivos, del Reglamento de la Ley del Servicio Civil, debió aplicarse el Artículo 40° de la Ley del Servicio Civil, Ley N° 30057, que señaló que “Los derechos colectivos de los servidores civiles son los previstos en el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y en los artículos de la función pública establecidos en la Constitución Política del Perú. [...] **Se aplica supletoriamente lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo**, aprobado mediante Decreto Supremo 010-2003-TR, en lo que no se oponga a lo establecido en la presente Ley.” Este artículo 40° se encontraba vigente luego de la derogatoria tácita del Reglamento de la Ley del Servicio Civil, en la medida que no fue modificado ni derogado por el D.U. 014-2020.

VI. La naturaleza hermenéutica del Derecho

Además, la propia Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, según su TUO aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003-TR, admite su posible aplicación a los trabajadores de las entidades del Estado, en los siguientes términos:

“Artículo 1.- La presente norma se aplica a los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada que prestan servicios para empleadores privados. **Los trabajadores de las entidades del Estado** y de las empresas pertenecientes al ámbito de la actividad empresarial del Estado, sujetos al régimen de la actividad privada, quedan comprendidos en las estas últimas no se opongan a las normas específicas que limiten los beneficios en el previstos.”

Esta norma, que se encuentra plenamente vigente desde hace varias décadas, ya estableció la posibilidad de la aplicación de la normativa sobre negociación

colectiva a los trabajadores de las entidades del Estado, justamente por la identidad existente de ese derecho tanto en el sector público como en el sector privado. Esta norma prevalece aunque el artículo 40° de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, ha sido derogado por la Única Disposición Complementaria de la Ley 31188, que señalaba expresamente que “Se aplica supletoriamente lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo 010-2003-TR, en lo que no se oponga a lo establecido en la presente ley.”

Además, debe de tenerse en cuenta que, en todo sistema jurídico, sobre todo en materia de derechos fundamentales en el trabajo, como es la negociación colectiva, la ausencia de ley específica no implica que deje de existir tal derecho fundamental, sino que deben aplicarse las reglas de supletoriedad. El derecho es de naturaleza hermenéutica, por lo que ante cualquier vacío se tiene que resolver a través de la aplicación supletoria, que es una forma de solución normativa. En esa medida, los procedimientos de negociación colectiva en trámite deberían resolverse aplicando las normas que resulten aplicables de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

176

En efecto, siendo el derecho hermenéutico, cualquier vacío debe tener una solución jurídica, como lo señala la Constitución Política, artículo 139, numeral 8, que establece el **principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley**. De igual forma, el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil que señala que **los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley, y que en tales casos deben aplicar los principios generales del derecho** y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano. Así también lo prescribe el Código Procesal Civil, artículo III del Título Preliminar, que señala que en caso de vacío o defecto de la ley se debe recurrir a los principios generales del derecho, a la doctrina y jurisprudencia.

En consecuencia, los efectos de la línea de tiempo de la sucesión normativa que ha existido en materia de negociación colectiva en los últimos años determinan que los petitorios colectivos de los procedimientos en trámite han tenido sustento en nuestra Constitución Política, en los Convenios Internacionales de Trabajo 98 y 151, así como en el artículo 40° de la Ley del Servicio Civil, que dispuso la aplicación supletoria de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

Posteriormente, la Ley 31188, publicada el 2 de mayo de 2021, reafirma el derecho de negociación colectiva de los trabajadores estatales conforme ya lo tenía dispuesto el artículo 28° de la Constitución y los referidos tratados internacionales, así como las sentencias del Tribunal Constitucional del 3 de setiembre de 2015, Caso Ley de Presupuesto Público, como la del 26 de abril de 2016, Caso Ley del Servicio Civil. Y además de esa reafirmación, en todo el texto de la Ley 31188 no existe disposición alguna que prohíba que las negociaciones en trámite se resuelvan conforme a la normativa que resulte aplicable, en la medida que un derecho fundamental no puede dejar de ejercerse por un vacío del derecho.

Sin embargo, la derogatoria del artículo 40 de la Ley N° 30057, efectuada por la Ley N° 31188, no implica que no sea posible resolver las negociaciones colectivas en trámite que se iniciaron con sustento constitucional, de los convenios internacionales de trabajo y de la legislación vigente durante todas las etapas de la negociación. En tal virtud, tales negociaciones en trámite deberían resolverse con la citada Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, en base al principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley establecido en nuestro ordenamiento jurídico.

En base a este principio, las propias partes de los procedimientos en trámite, o la jurisdicción arbitral, como jurisdicción especial admitida por el artículo 139, numeral 1 de la Constitución, están dotadas de las atribuciones necesarias para integrar el Derecho frente a las lagunas o vacíos que éste pueda presentar, a pesar de lo ya señalado sobre el artículo 1° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo que admiten su aplicación para los trabajadores de las entidades del Estado. En ese sentido, debe tenerse presente que conforme lo señala la más autorizada doctrina:

“La laguna de derecho puede ser definida como aquel suceso para el que **no existe norma jurídica aplicable, pero que se considera que debiera estar regulado por el sistema jurídico**. Estrictamente hablando, el suceso que da origen a la Laguna no está previsto en ninguno de los supuestos existentes en las normas vigentes del sistema jurídico, o puede ocurrir también que, a la consecuencia prevista, deba añadirse otra no prevista para el mismo supuesto. [...]”²

2 Rubio Correa, Marcial, **El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho**, Undécima edición, aumentada. Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018, pág. 261.

En consecuencia, estaremos frente a la existencia de una laguna de derecho:

“[...] cuando el caso que carece de norma tiene una racionalidad sustantivamente igual a la de otro sí normado, aun cuando ambos son fenoméricamente distintos. Es decir que siendo hechos diferentes en sus apariencias, **tienen una esencia común** o una lógica encadenada. Ello nos lleva a la analogía y a la *ratio legis* que la sustenta.”³

Este es el caso de la negociación colectiva en el sector público y la negociación colectiva en el sector privado que, tienen el mismo origen constitucional en el artículo 28 de la Carta Fundamental y en los Convenios 98 y 151 de la OIT, en el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva, en la obligación de su fomento y en la promoción de formas de solución pacífica de los conflictos laborales. Sin embargo, también es cierto que la negociación colectiva en el Estado tiene ciertas connotaciones especiales en la medida que el producto negocial se financia con cargo al presupuesto público que tiene la obligación de considerar las necesidades de todos los ciudadanos. Esto nos lleva a afirmar que la negociación colectiva en el sector público y la negociación colectiva en el sector privado tienen una racionalidad sustantivamente igual, aunque sean fenoméricamente distintos. Esta racionalidad sustantivamente igual proviene también del origen común que ambas negociaciones, privada y pública, en el artículo 28° de la Constitución Política, el 4° del Convenio núm. 98 y el artículo 7° del Convenio núm. 151 de la OIT que obligan al Estado peruano a adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales, entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos, para estimular y fomentar el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con el objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.

En ese sentido, debe tenerse en cuenta que la analogía es un método de integración jurídica “mediante la cual la consecuencia de una norma jurídica se aplica a un hecho distinto de aquel que considera el supuesto de dicha norma, pero que le es semejante en sustancia.”⁴ Esa semejanza está dada porque la Ley de Relaciones Colectivas regula el derecho de negociación colectiva, con el mismo objeto que en el sector público, para lograr el producto negocial denominado

3 Ibídem, pág. 262 y 263.

4 Ibídem, pág. 264.

convención colectiva que es definido por su artículo 41° en similares términos que para el sector público, como el:

“[...] acuerdo destinado a regular las remuneraciones, las condiciones de trabajo y productividad productividad y demás, concernientes a las relaciones entre trabajadores y empleadores, celebrado, de una parte, por una o varias organizaciones sindicales de trabajadores o, en ausencia de éstas, por representantes de los trabajadores interesados, expresamente elegidos y autorizados y, de la otra, por un empleador, un grupo de empleadores, o varias organizaciones de empleadores.”

En términos casi idénticos, los artículos 68° y 69° del Reglamento General de la Ley del Servicio Civil, han asignado al convenio colectivo iguales características, además que ambas normas establecen las mismas etapas para su solución: negociación directa, conciliación y arbitraje. En consecuencia, con las diferencias anotadas respecto del origen del financiamiento, la negociación en el sector privado y público son esencialmente iguales, resulta razonable acoger en parte la normativa de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo para sustentar la solución directa por las partes, o en su caso, por laudo arbitral, en particular los artículo 61° y siguientes, que establecen que, si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, podrán las partes someterla a arbitraje. Debe llamarse la atención que el artículo 74° del Reglamento General de la Ley del Servicio Civil también establecía que “De no llegarse a un acuerdo en la etapa de conciliación, cualquiera de las partes podrá requerir el inicio de un proceso arbitral potestativo que formará parte del proceso de negociación colectiva salvo que los trabajadores decidan irse a la huelga.” La *ratio legis* de ambos ordenamientos es el mismo, ya que podemos advertir la semejanza esencial entre los rasgos esenciales de ambos ordenamientos, destinados, finalmente, a encauzar los conflictos de revisión de derechos y proponer a su solución pacífica, conforme al mandato del artículo 28°, numeral 2, segundo párrafo de la Constitución Política.

En definitiva, la materialización concreta de la aplicación analógica de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo para la solución de los presentes actuados, se fundamenta en el argumento *a pari* cuyo significado es “**Donde hay la misma razón hay el mismo derecho**”. Si en la negociación colectiva del sector privado es posible resolver los conflictos de revisión a través del arbitraje, al igual como también fue posible hacerlo en las negociaciones colectivas del sector público,

siendo sustantivamente semejantes, no existe impedimento para que las propias partes o un tribunal arbitral resuelvan el fondo de la controversia, en ausencia de una norma expresa que lo señale. Se trata de resolver una deficiencia o vacío de la legislación producto de la forma como se emitió, sin consulta previa, el Decreto de Urgencia 014-2020, así como su derogación por la Ley 31114, y de la posterior aprobación por insistencia de la autógrafa observada por el Poder Ejecutivo en diciembre de 2018. Este argumento *a pari* nos permite aplicar la misma consecuencia de solucionar este diferendo a través del arbitraje a un supuesto distinto, la negociación en el sector público, que -como se ha señalado- es sustancialmente semejante, evitando dejar si solución una negociación colectiva sustentada en un derecho fundamental protegido con el más alto rango de jerarquía normativa.

Una solución de esta naturaleza tiene en consideración que la negociación colectiva, juntamente con la libertad sindical, **es uno de cuatro principios y derechos fundamentales en el trabajo**, conforme lo señala la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, aprobada por la Conferencia Internacional del Trabajo de junio de 1998. En efecto, la Declaración de principios y derechos fundamentales en el trabajo de la OIT de 1998 establece que todos los Miembros de la OIT, por el simple hecho de su pertenencia, han aceptado los derechos enunciados en su Constitución y en la Declaración de Filadelfia y se han comprometido a esforzarse por lograr los objetivos de la organización. Esos principios y derechos han sido desarrollados por convenios que han sido reconocidos como fundamentales dentro y fuera de la OIT, por lo que, mediante tal Declaración, acuerdan que, incluso, aun cuando no hayan ratificado dichos convenios, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la OIT, de respetar, promover y hacer realidad los principios relativos a, entre otros, la libertad sindical y el **reconocimiento efectivo de negociación colectiva**.

En definitiva, los principios y derechos fundamentales en el trabajo forman parte de las reglas del “*ius cogens*” internacional pues se tratan de principios que salvaguardan valores de importancia vital para la humanidad y que corresponden a principios morales fundamentales. En efecto, los principios y derechos fundamentales en el trabajo, y en especial el derecho de igualdad y no discriminación, reúnen los caracteres esenciales del *ius cogens*, por las siguientes razones: (i) son normas aceptadas y reconocidas por la Comunidad de Estados en su conjunto;

(ii) son normas imperativas, es decir, no admiten pacto en contrario; (iii) sólo puede ser modificada por otra norma de la misma jerarquía y fuerza vinculante; (iv) es una norma que pertenece al Derecho Internacional general, en tanto es aplicable a todos los Estados que componen la Comunidad Internacional; (v) su violación por un Estado afecta a todos los demás; y, (vi) las disposiciones contrarias al *ius cogens* son nulas o terminan.

VII. La no aplicación de la Ley N° 31118

Finalmente, debe indicarse que los procedimientos de negociación colectiva en trámite no podrían resolverse aplicando la Ley N° 31188, publicada el 2 de mayo de 2021, por las mismas razones ya señaladas anteriormente, en lo que respecta al principio de irretroactividad de las leyes ni por la observancia del debido proceso y tutela jurisdiccional, en lo que respecta a que ninguna persona puede ser sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos. Ambos principios, como ya se señaló, están previstos en los artículos 103° y 139°, inciso 3, de la Constitución Política. Por estas razones, no podría aplicarse la Ley N° 31188, para la solución de los procedimientos de negociación colectiva en trámite. Como se indicó, el principio de eficacia inmediata de las leyes debe ser modulado en lo que respecta al derecho procesal, por la necesaria garantía de no ser sometido a procedimiento distinto de los previamente establecidos. Algunos operadores jurídicos en forma equivocada sostienen que los procedimientos en trámite deberían ser resueltos con la Ley N° 31188, sin reparar que ello implica otorgarle efectos retroactivos y someter a las partes negociales a un procedimiento no establecido al momento de presentar el petitorio colectivo que dio inicio a la negociación colectiva en trámite.