



FACULTAD DE DERECHO
SECCIÓN DE POSGRADO

**LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA LABORAL EN EL SECTOR
PÚBLICO
LOS PROCEDIMIENTOS ARBITRALES ECONÓMICOS Y SU
GARANTÍA AL PRINCIPIO DE EQUILIBRIO PRESUPUESTAL**

**PRESENTADA POR
ANTONIO FERNANDO VARELA BOHÓRQUEZ**

**ASESOR
EDUARDO EMILIO HERNANDO NIETO**

**TESIS
PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE DOCTOR EN DERECHO**

LIMA – PERÚ

2020



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

La autora sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



FACULTAD DE DERECHO
SECCIÓN DE POSGRADO

**LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA LABORAL EN EL SECTOR PÚBLICO
LOS PROCEDIMIENTOS ARBITRALES ECONÓMICOS Y SU
GARANTÍA AL PRINCIPIO DE EQUILIBRIO PRESUPUESTAL**

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO
DE DOCTOR EN DERECHO

PRESENTADA POR:

MAG. ANTONIO FERNANDO VARELA BOHÓRQUEZ

ASESOR:

DR. EDUARDO EMILIO HERNANDO NIETO

LIMA, PERÚ

2020

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA LABORAL EN EL SECTOR PÚBLICO
LOS PROCEDIMIENTOS ARBITRALES ECONÓMICOS Y SU
GARANTÍA AL PRINCIPIO DE EQUILIBRIO PRESUPUESTAL

DEDICATORIA

Fernando Elías Mantero será siempre mi guía en el desarrollo de mi vida personal, académica y profesional. Él me dio una oportunidad única que me cambió por completo, ser su discípulo. Con mi Maestro aprendí no sólo de Derecho del Trabajo, aprendí también que la decencia es el camino que siempre debemos seguir, con ello y con una constante formación académica, podemos dignificar nuestra carrera docente. A él va dedicado este trabajo académico, que ciertamente no podrá nivelar la gran deuda que siempre le tendré.

AGRADECIMIENTOS

A mis padres, por los valores que me inculcaron, los que son mi faro en cada acción de mi vida.

A mi esposa, por su comprensión de las exigencias profesionales y universitarias, ello me permite asumir con dedicación cada responsabilidad asumida.

A mi equipo, por ser mi soporte en todas las actividades que realizamos.

A mi Universidad, por cada oportunidad que me ha brindado.

ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA	III
AGRADECIMIENTOS	IV
RESUMEN	VIII
ABSTRACT	IX
INTRODUCCIÓN	X
CAPÍTULO I MARCO TEÓRICO	1
1.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	1
1.2 BASES TEÓRICAS.....	4
CAPÍTULO II LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL PERÚ	9
2.1 EL DERECHO AL TRABAJO Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	14
2.2 EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA	16
2.3 LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA 23	
2.4 LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PRIVADO.....	25
2.5 LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO	28
2.6 LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y EL DIÁLOGO SOCIAL.....	38
2.7 LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y EL DERECHO AL BIENESTAR	41
CAPÍTULO III SOLUCIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: EL ARBITRAJE ECONÓMICO LABORAL.....	43
3.1 EL ARBITRAJE ECONÓMICO	43
3.2 LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE ECONÓMICO	47
3.3 LA NATURALEZA VOLUNTARIA DEL ARBITRAJE	51
3.4 LA EQUIDAD FRENTE A LOS FALLOS EN CONFLICTO LABORALES DE CARÁCTER ECONÓMICO	53
3.5 EL ARBITRAJE OBLIGATORIO Y EL ARBITRAJE POTESTATIVO.....	54
CAPÍTULO IV EL PRESUPUESTO PÚBLICO.....	61
4.1 DEFINICIÓN DE PRESUPUESTO PÚBLICO	61
4.2 LEY GENERAL DEL SISTEMA NACIONAL DE PRESUPUESTO	63
4.3 ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE PRESUPUESTO.....	67
4.4 LEY DE PRESUPUESTO DEL SECTOR PÚBLICO	68
4.5 ESTRUCTURA DE LA LEY DE PRESUPUESTO DEL SECTOR PÚBLICO:	68

4.6 CONTENIDO DE LA LEY DE PRESUPUESTO DEL SECTOR PÚBLICO:	69
4.7 PROYECTO DE LEY DE PRESUPUESTO	69
4.8 SUSTENTACIÓN DEL PRESUPUESTO PÚBLICO	71
4.9 PROCESO PRESUPUESTARIO	71
4.10 EVOLUCIÓN DE LA LEY DE PRESUPUESTO PÚBLICO	76
4.11 DISTRIBUCIÓN DE LA RIQUEZA	81
CAPÍTULO V LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	84
5.1 LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	84
5.2 LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	85
5.3 LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN	86
5.4 CUESTIONES GENERALES RELATIVAS AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	91
5.5 PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	92
5.6 ESTRUCTURA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD	96
5.7 RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD	99
CAPÍTULO VI UN ARBITRAJE ECONÓMICO LABORAL EN EL SECTOR PÚBLICO QUE RESPETE EL EQUILIBRIO PRESUPUESTAL	106
6.1 LÍMITES LEGALES AL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO	106
6.2 LA GARANTÍA DEL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD, DEL CONTROL CONCENTRADO EFECTUADO SOBRE LAS MISMAS NORMAS LEGALES POR EL MÁXIMO INTÉRPRETE DE LA CONSTITUCIÓN, DE LA VACATIO SENTENTIAE Y LA COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL	116
6.3 LA DEFINICIÓN DE LA VACATIO SENTENTIAE, DEL EQUILIBRIO PRESUPUESTAL Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE ACUMULADO N° 003-2013- PI/TC, 0004-2013- PI/TC Y 0023-2013-PI/TC QUE RESOLVIÓ LA DEMANDA SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE PRESUPUESTO PÚBLICO:	121
6.4 EL CONTROL CONCENTRADO Y DE LA VACATIO SENTENTIAE EN LA LEY DE SERVICIO CIVIL:	124
6.5 LA VACATIO SENTENTIAE EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE N° 00018-2013-PI/TC, QUE RESOLVIÓ LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LA LEY N° 30057, LEY DEL SERVICIO CIVIL	129
CONCLUSIONES	146

RECOMENDACIONES	150
FUENTES DE LA INFORMACIÓN	153

RESUMEN

La presente tesis titulada “La Negociación Colectiva Laboral en el Sector Público”. Los Procedimientos Arbitrales Económicos y su Garantía al Principio de Equilibrio Presupuestal” plantea como objetivo general determinar de qué manera puede coexistir el principio de equilibrio presupuestal con el derecho de los servidores públicos de obtener incrementos remunerativos mediante negociación colectiva. Actualmente existe un gran debate jurídico sobre el tema de investigación, siendo determinante que se establezca si en las negociaciones colectivas del sector público se debe respetar el principio de equilibrio presupuestal o puede coexistir con el derecho de los servidores públicos de obtener incrementos remunerativos.

El derecho de los servidores públicos a obtener incrementos remunerativos mediante la negociación colectiva es un derecho constitucionalmente protegido, siendo el Estado el garante de su cumplimiento; sin embargo, resulta igualmente importante el respeto al principio de equilibrio presupuestal, ya que en un modelo ideal de estado de derecho, se busca un punto medio de equilibrio entre los derechos fundamentales de las personas y el poder del Estado, cuya tarea principal del Estado es la custodia de los recursos económicos, así como la correcta distribución de la riqueza, dicho equilibrio debe ir de la mano con el impulso y respeto de los derechos fundamentales.

Palabras clave: negociación colectiva, arbitraje económico, presupuesto público, equilibrio presupuestal

ABSTRACT

This thesis entitled “Collective Labor Negotiation in the Public Sector”. The Economic Arbitration Procedures and their Guarantee of the Principle of Budgetary Balance” raises the general objective of determining how the principle of budgetary balance can coexist with the right of public servants to obtain remunerative increases through collective bargaining. There is currently a great legal debate on the subject of research, and it is decisive to establish whether the principle of budgetary balance must be respected in collective bargaining in the public sector or can coexist with the right of public servants to obtain remunerative increases.

The right of public servants to obtain remunerative increases through collective bargaining, which is a constitutionally protected right, being the State the guarantor of its fulfillment; however, respect for the principle of budgetary balance is equally important, since in an ideal model of rule of law, a midpoint of balance is sought between the fundamental rights of people and the power of the State, whose main task of the State it is the custody of economic resources, as well as the correct distribution of wealth, such balance must go hand in hand with the impulse and respect for fundamental rights.

Keywords: collective bargaining, economic arbitration, public budget, budget balance

INTRODUCCIÓN

La relación laboral se basa necesariamente en dos supuestos de necesidad, por una parte el supuesto de necesidad del empleador de proveerse de mano de obra que le permita desarrollar sus procesos de producción de forma eficiente; y, en contra posición, el supuesto de necesidad del trabajador de obtener con su trabajo los medios suficientes para poder satisfacer sus necesidades.

Ambos supuestos, legales y justos, contienen una diferencia sustancial, que es que el Derecho del Trabajo entiende la necesidad del trabajador como la determinante para ejercer su rol protector, siendo que la similitud de ambos supuestos es el natural interés de los sujetos de la relación laboral de siempre buscar mejorar las condiciones establecidas en el contrato de trabajo.

La circunstancia antes descrita es el eje fundamental del derecho a la negociación colectiva, en la que los trabajadores buscan obtener en negociación autocompositiva o heterocompositiva mejoras en sus condiciones de trabajo y en sus condiciones remunerativas, siendo que empleador incluye en aquella negociación el concepto de productividad como moneda de cambio.

En nuestro país, la Constitución Política de 1933, hizo mención indirecta al procedimiento de negociación colectiva, señalando en su artículo 43: *“El Estado legislará el contrato colectivo de Trabajo”*, en la Constitución Política de 1979 la referencia a la negociación colectiva es directa, recogiendo diversos principios de carácter estrictamente legal que se habían originado bajo el amparo de la carta política antes mencionada, es así que el artículo 54 reguló los convenios colectivos de trabajo y la negociación colectiva, prescribiendo: *“Las convenciones colectivas de trabajo entre trabajadores y empleadores tienen fuerza de ley para las partes. El estado garantiza el derecho a la negociación colectiva la ley señala los procedimientos para la solución pacífica de los conflictos laborales. La intervención del estado solo procede y es definitiva a falta de acuerdo de las partes”*.

Por su parte, la Constitución Política de 1993, regula la negociación colectiva de la siguiente manera: *“Artículo 28.- Derechos colectivos del trabajador. Derecho de sindicación, negociación colectiva y derecho de huelga. El Estado reconoce*

los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: 1. Garantiza la libertad sindical. 2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado. 3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones”.

Para la OIT, la negociación colectiva es inherente al diálogo social, toda vez que es un proceso sustancial que implica negociaciones entre uno o más empleadores u organizaciones de empleadores y uno o más sindicatos, con objeto de celebrar un convenio colectivo que regule las condiciones de empleo y las relaciones entre las partes. Sin embargo, consideramos que a pesar de lo expuesto, resulta necesario establecer las diferentes diferencias entre la negociación colectiva laboral que se realiza en el sector privado y de la que se realiza en el sector público, razón por la cual en el presente trabajo de investigación abordaremos conceptos relacionados a la importancia del presupuesto público.

El derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos se encuentra reconocido de manera específica en el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo (ratificado por nuestro país el 27 de octubre de 1980), cuyo artículo 7 dispone: *“Deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones.”*

El artículo 8 del citado convenio dispone de forma complementaria: *“La solución de los conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá tratar de lograr, de manera apropiada a las condiciones nacionales, por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la*

conciliación y el arbitraje, establecidos de modo que inspiren la confianza de los interesados.”

En lo relacionado a nuestro ordenamiento jurídico nacional, la Constitución Política regula en su artículo 28 el reconocimiento de los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, los mismos que también son reconocidos para los servidores públicos en el artículo 42 cuando establece: *“Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos. No están comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.”*

Como podemos observar, el artículo constitucional citado no autoriza a imponer a los servidores públicos limitaciones o exclusiones respecto al ejercicio de los derechos de libertad sindical, entre ellos, los de negociación colectiva, más allá de los casos mencionados en el texto constitucional de modo expreso y de las admitidas expresamente por las normas internacionales sobre la materia ratificadas por el Perú. Sin embargo, no tener en cuenta el principio de equilibrio presupuestal del Estado claramente afectaría las regulaciones previstas en la Ley de Presupuesto del Sector Público y de la Ley del Servicio Civil - Ley N° 30057.

El Tribunal Constitucional en el fundamento quinto de la sentencia del expediente 0785-2004-AA/TC estableció que el derecho constitucional a la negociación colectiva se concreta también en el deber del Estado de fomentar y estimular la negociación colectiva entre los empleadores y trabajadores, conforme a las condiciones nacionales, de modo que la convención colectiva que se deriva de la negociación colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado. Esto significa que el Estado no puede negar de manera alguna la posibilidad de alentar la negociación colectiva con sus servidores, más aún cuando el propio Tribunal Constitucional ha sostenido en la sentencia del expediente 0008-2005-PI/TC que *“(…) los derechos de sindicación y huelga que la Constitución reconoce a los trabajadores, también son aplicables a los empleados públicos, con las limitaciones que el propio texto constitucional establece”*.

En la misma sentencia el Tribunal Constitucional recuerda que “(...) *ha dejado establecido que, para una adecuada interpretación del derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, es preciso tener en cuenta el Convenio N.º 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*”.

Ahora, si bien el Tribunal Constitucional ha establecido el derecho de los todos los trabajadores a la negociación colectiva laboral, pero también ha precisado que como cualquier otro derecho, el ejercicio del derecho a la negociación colectiva no es absoluto y está sujeto a límites, entre los que se encuentran las normas en materia presupuestaria para el caso de los trabajadores del sector público. En ese sentido, las negociaciones colectivas de los servidores públicos deben realizarse tomando en cuenta el límite constitucional de un presupuesto equilibrado y equitativo, el cual es aprobado por el Congreso de la República.

Igualmente, el Tribunal Constitucional ha precisado que, el que se regulen disposiciones legales que obligan a que todo acto relativo al empleo público que tenga incidencia presupuestaria deba estar debidamente autorizado y presupuestado, no vulnera *per se* el derecho a la negociación colectiva y a la libertad sindical. Por ello, los acuerdos logrados mediante la negociación colectiva que tengan incidencia económica se podrán autorizar y programar en el presupuesto.

Como resulta claro, el Tribunal Constitucional ha establecido que toda mejora económica debe armonizarse con la disponibilidad presupuestaria, a cuyo efecto debe tenerse asegurado su financiamiento mediante ingresos propios, a fin de no afectar el equilibrio presupuestario (Fundamento 11 de la STC 01035-2001-AC/TC, publicada el 3 de junio de 2003).

En ese sentido, el derecho de los servidores públicos a obtener incrementos remunerativos mediante la negociación colectiva no se encuentra en discusión; sin embargo, resulta determinante el respeto al principio de equilibrio presupuestal, ya que, en un modelo ideal de estado de derecho, se busca un punto medio de equilibrio entre los derechos fundamentales de las personas y el poder del Estado.

Asimismo, se debe recordar que la tarea principal del Estado es la custodia de los recursos económicos, así como la correcta distribución de la riqueza, dicho equilibrio debe ir de la mano con el impulso y respeto de los derechos fundamentales.

No obstante a lo expuesto, no significa que no pueda coexistir el principio de equilibrio presupuestal con el derecho de los servidores públicos de obtener incrementos remunerativos mediante la negociación colectiva; es por ello que uno de las principales conclusiones del presente trabajo es la necesidad de una regulación de la negociación colectiva en el sector público, esto a pesar que recientemente se ha promulgado el Decreto de Urgencia N° 014-2020, mediante el cual se regula negociación colectiva en el sector público, pero con vacíos y distorsiones que evaluaremos en desarrollo de la investigación.

Sin embargo, consideramos que el citado Decreto de Urgencia nos permite determinar que si es posible la coexistencia del principio de equilibrio presupuestal con el derecho de los servidores públicos de obtener incrementos remunerativos mediante la negociación colectiva, pero es importante que si bien se respete lo regulado por nuestra Constitución y los Convenios 98 y 151 de la OIT, también se respete el principio de equilibrio presupuestal que garantiza una correcta dirección financiera del país y tiene consolidación constitucional en los artículos 77 y 78 de la Constitución y en los Decretos Legislativos N° 1436, Decreto Legislativo Marco de la Administración Financiera del Sector Público y Decreto Legislativo N° 1440, Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto Público.

La presente tesis, se basa en una investigación sobre interpretación jurídica, orientada a establecer el alcance de las normas jurídicas sobre presupuesto público y negociación colectiva de los servidores públicos.

Es así que, la investigación ha permitido determinar que si es posible la coexistencia del principio de equilibrio presupuestal con el derecho de los servidores públicos de obtener incrementos remunerativos mediante la negociación colectiva, pero es importante que si bien se respete lo regulado por nuestra Constitución y los Convenios 98 y 151 de la OIT, también se respete el principio de equilibrio presupuestal que garantiza una correcta dirección

financiera del país y tiene consolidación constitucional en los artículos 77 y 78 de la Constitución y en los Decretos Legislativos N° 1436, Decreto Legislativo Marco de la Administración Financiera del Sector Público y N° 1440, Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto Público.

Asimismo, el nivel de la investigación es descriptivo – correlacional, tomando como insumo obligatorio la exploración científica, para conocer el desenvolvimiento actual de nuestras variables, el propósito de este método es describir las variables y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado.

El método utilizado ha sido el método de investigación dogmática, ya que se ha realizado el estudio del ordenamiento jurídico sobre el derecho de la negociación colectiva en el sector público, con la finalidad que profundizar sobre la materia y mejorarla.

La presente investigación tiene dos funciones:

- Descripción del objeto de investigación que es determinar de qué manera puede coexistir el principio de equilibrio presupuestal con el derecho de los servidores públicos de obtener incrementos remunerativos mediante la negociación colectiva.
- Prescribir soluciones sobre la coexistencia del principio de equilibrio presupuestal con el derecho de los servidores públicos de obtener incrementos remunerativos mediante la negociación colectiva.

La investigación se ha trabajado bajo los principios de la moral y ética, siendo elementos muy importantes para la base de la investigación, en donde se respeta:

- La integridad de las personas: No habiendo transgredido su posición para la ejecución de la presente investigación.
- Los derechos de autor: Al respetar el uso de citas y aplicando las Normas APA en el la realización de la investigación. De ninguna forma estamos

de acuerdo con el plagio, por lo cual se ha respetado cada opinión de autor.

- Transparencia: Se ha trabajado bajo la transparencia, sin adulterar los datos presentados, con la finalidad de obtener una investigación veraz.

En ese orden, la investigación ha permitido el desarrollar seis capítulos, que tiene por finalidad arribar a conclusiones que han versado sobre la hipótesis planteada.

En el primer capítulo aborda los antecedentes de la investigación, tomando como referencia al derecho de la negociación colectiva y su reconocimiento en en los principales tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Perú, entre ellos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 23, numeral 4), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 22, numeral 1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 8) y los Convenios Internacionales 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva y 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); así como su reconocimiento en el artículo 28, inciso 2), de la Constitución Política del Perú dispone: *“El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: (...) 2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado. (...)”*.

En esa misma línea, en el segundo capítulo, se diferencia la negociación colectiva del sector privado y sector público; en efecto, en el desarrollo del presente trabajo se ha podido establecer que existe un gran error al otorgar la misma tratativa a la negociación colectiva del sector privado y público.

En efecto, existen notorias diferencias entre dichos sectores siendo la más importante la rentabilidad que generan; en el sector privado la rentabilidad que puede generar en un año fiscal se trasluce en el margen de utilidad neta que tiene como resultado, lo cual le permite tener un mayor margen o posibilidad de

negociación. Sin embargo, dicha figura no se presenta en el sector público, toda vez que la rentabilidad que genera una institución o empresa estatal, no se trasluce en su propia utilidad neta, sino que tiene que derivarse al tesoro público, lo cual no permite tener margen o posibilidad de negociación.

En el tercer capítulo se observa que el arbitraje ha pasado de ser la etapa final de la negociación colectiva o último mecanismo para la solución de la controversia negocial, al único mecanismo utilizado por la partes para resolver sus diferencias en torno al pliego de reclamos que inicio la negociación.

En el terreno de los hechos, se ha visto que es una práctica habitual que las organizaciones sindicales del sector público realicen las etapas de trato directo y negociación como simples actos protocolarios, toda vez que su finalidad es llegar al arbitraje para que un Tribunal Arbitral ampare su propuesta económica; es decir, se desnaturaliza la institución de la negociación colectiva, toda vez que no son las partes quienes arriban a un acuerdo sino que tienen que esperar que un tercero lo haga.

Adicionalmente, en el cuarto capítulo se analiza el presupuesto público como un instrumento de gestión del Estado mediante el cual se asignan recursos públicos sobre la base de una priorización de las necesidades de la población, a través de la prestación de servicios y logro de metas de cobertura con equidad, eficacia y eficiencia por las Entidades Públicas; así también, establece los límites de gastos durante el año fiscal, por cada una de las Entidades del Sector Público y los ingresos que los financian, acorde con la disponibilidad de los Fondos Públicos, a fin de mantener el equilibrio fiscal, y en función de las prioridades, objetivos y metas del Estado.

El presupuesto público tiene un papel protagónico en la negociación colectiva del sector público, ya que el otorgamiento descontrolado y desmesurado de beneficios económicos a los servidores públicos sin la observancia del principio de equilibrio presupuestal, podría generar una consecuencia mayor que afectaría a la colectividad, pudiéndose afectar servicios públicos de primera necesidad como salud, educación, seguridad, etc.

Con relación a lo indicado en el párrafo anterior, el quinto tiene por finalidad estudiar los derechos fundamentales, como se ha indicado el otorgamiento

descontrolado de incrementos económicos a los servidores públicos sin la observancia del principio de equilibrio presupuestal, podría generar un impacto directo al presupuesto público; y por ende, afectar los derechos fundamentales del colectivo, toda vez que implicaría el reajuste del presupuesto en sectores como la salud, educación, etc.

Finalmente, el sexto capítulo desarrolla la problemática principal de la presente tesis, realizando un estudio y la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente acumulado N° 003-2013- PI/TC, 0004-2013- PI/TC y 0023-2013- PI/TC que resolvió la demanda sobre la inconstitucionalidad de la ley de presupuesto público y que resolvió la *vacatio sententiae*; así como la contraposición de los límites legales al derecho a la negociación colectiva en el sector público.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

1.1 ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Como parte del derecho a la libertad sindical, el derecho fundamental a negociar colectivamente ha sido reconocido en los principales tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Perú, entre ellos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 23, numeral 4), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 22, numeral 1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 8) y los Convenios Internacionales 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva y 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

El artículo 28, inciso 2), de la Constitución Política del Perú dispone: *“El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: (...) 2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado. (...)”*

Asimismo, el Tribunal Constitucional en el fundamento 35 de la STC 008-2005-AI de fecha 12 de agosto de 2005, ha considerado que el mandato de fomento de la negociación colectiva *“...se viabiliza a través de la expedición de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo para el caso de la actividad privada”, mientras que, el mandato de promoción de las formas de solución pacífica de los conflictos laborales “...se viabiliza según la norma anotada, a través de los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje”.*

Por otro lado, el presupuesto del sector público de cada año fiscal, a través de su norma especial, prohíbe que el otorgamiento, reajuste o incremento de beneficios económicos pueda ser dispuesto por la vía del arbitraje laboral:

“Artículo 6. Ingresos del personal

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

Adicionalmente, la Ley del Servicio Civil, aprobada por Ley N° 30057, se publicó el 04 de julio de 2013, y tiene por objeto, establecer un régimen único y exclusivo para las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado, así como para aquellas personas que están encargadas de su gestión, del ejercicio de sus potestades y de la prestación de servicios a cargo de estas.

En ese orden de ideas, en el Título III de la Ley N° 30057, se incluye el Capítulo referido a los "*Derechos Colectivos*", los que contienen disposiciones especiales aplicables a los servidores públicos.

En efecto, el artículo 42° de la Ley N° 30057, originariamente estableció que los servidores civiles tienen derecho a solicitar únicamente la mejora de sus compensaciones no económicas, de la siguiente manera:

"Artículo 42. Solicitudes de cambio de condiciones de trabajo o condiciones de empleo

*Los servidores civiles tienen **derecho a solicitar la mejora de sus compensaciones no económicas, incluyendo el cambio de condiciones de trabajo o condiciones de empleo**, de acuerdo con las posibilidades presupuestarias y de infraestructura de la entidad y la naturaleza de las funciones que en ella se cumplen".*

(El énfasis es añadido)

En esa misma línea, el literal e) artículo 43° de la Ley N° 30057, precisaba que se entiende por condiciones de trabajo o de empleo (condiciones no económicas):

"Artículo 43. Inicio de la negociación colectiva

La negociación colectiva se inicia con la presentación de un pliego de reclamos que debe contener un proyecto de convención colectiva, con lo siguiente: (...)

d) Las peticiones que se formulan respecto a condiciones de trabajo o de empleo que se planteen deben tener forma de clausula e integrarse

*armónicamente dentro de un solo proyecto de convención. **Se consideran condiciones de trabajo o condiciones de empleo los permisos, licencias, capacitación, uniformes, ambiente de trabajo y, en general, todas aquellas que faciliten la actividad del servidor civil para el cumplimiento de sus funciones**".*

También, el artículo 44° de la Ley N° 30057, señalaba de manera expresa en su literal b) que, las contrapropuestas o propuestas de la entidad relativas a compensaciones económicas, son nulas de pleno derecho. Así, de acuerdo con el literal e) del artículo citado, los acuerdos adoptados en violación de la restricción antes indicada, eran nulos de pleno derecho.

Como consecuencia de lo expuesto, resulta evidente que la Ley N° 30057, originariamente restringió el ámbito de negociación únicamente a temas referidos a condiciones de empleo, excluyendo la negociación de conceptos de naturaleza económica.

1.2 BASES TEÓRICAS

La Constitución Política del Perú – 1993

El artículo 28, inciso 2), de la Constitución Política del Perú dispone: *“El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: (...) 2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado. (...)”*

Los convenios de la OIT

Por su parte es preciso acotar que en nuestro ordenamiento jurídico, las normas constitucionales no sólo son aquellas las que aparecen en la vigente Constitución Política del Estado aprobada en 1993, sino que además debe tenerse en la misma consideración y rango, los tratados internacionales sobre derechos humanos que el Perú haya ratificado, encontrándose dentro de estos últimos los Convenios 87, 98 y 151 de la OIT que no sólo consagran los derechos de organización sindical, sino también los de negociación colectiva de los servidores del Estado, de acuerdo a su texto expreso.

Así debe advertirse que este derecho de negociación colectiva puede ser modulado en la medida en que tiene que ser visto a la luz de los requerimientos presupuestales, no pudiendo sin embargo ser restringido al punto de que se excluya totalmente el contenido salarial de su objeto de regulación.

La constitucionalidad del proceso arbitral

Como es de público conocimiento, nuestra Constitución Política del Perú establece la jurisdicción arbitral en el inciso 1 del artículo 139, señalando que *“Son principios y derechos de la función Jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral”*.

Pues bien, de dicho artículo se desprende que el Estado en su conjunto, posea un sistema jurisdiccional unitario, en el que sus órganos tienen idénticas garantías, así como reglas de orden básico para organización y funcionamiento. Asimismo, en la comentada norma constitucional, no se reduce que el Poder Judicial sea el único encargado de ejercer función Jurisdiccional, ya que por excepción se

reconoce al arbitraje como una de las garantías propias de todo órgano jurisdiccional.

Con concordancia con las apreciaciones anteriores, debe señalarse que el origen constitucional de la vía arbitral ha quedado consagrado de manera concluyente por nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia del Expediente 6167-2005-PC/TC del 28 de febrero del 2006, pues ahí se ha señalado textualmente lo siguiente **"Es justamente, la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen, las cuales permiten concluir a este Colegiado que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional. La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2° inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139° de la propia Constitución. Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de (os contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales (...), sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales"**.

La garantía del control difuso de la jurisdicción arbitral

Al no haber cuestionamiento alguno sobre la especial naturaleza del arbitraje como una sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, se debe reconocer también la garantía del ejercicio del *control difuso* ante la presencia de una norma que resulte incompatible con la Constitución y los derechos reconocidos en ella.

Efectivamente, sobre este particular ya se ha pronunciado de manera concluyente el Pleno del Tribunal Constitucional, en la Sentencia del Expediente 00142-2011-PA/TC, al indicar lo siguiente:

"Siendo el arbitraje una jurisdicción independiente (...), y debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional (como las del Poder Judicial), es consecuencia necesaria de ello que la garantía del control difuso de constitucionalidad, prevista en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución pueda también ser ejercido por los árbitros en la Jurisdicción arbitral, pues el artículo 138 no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal, como exclusiva de la jurisdiccional ordinaria o constitucional".

Por lo tanto, como consecuencia de ello, el Tribunal dispuso que: ***"de presentarse en un proceso arbitral una incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los árbitros deben preferir la primera".***

Siendo indudable que se encuentra reconocida la garantía del control difuso de constitucionalidad, se ha establecido con carácter de precedente de observancia obligatoria, la siguiente regla:

"El control difuso de la jurisdicción arbitral se rige por las disposiciones del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia vinculante dictada por este Tribunal Constitucional sobre el control difuso. Solo podrá ejercerse control difuso de constitucionalidad sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y además, se verifique la de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes".

Como vemos, el fundamento de la jurisdicción arbitral se basa incuestionablemente en el principio de autonomía de la voluntad, lo que guarda perfecto correlato con el presente proceso que es un arbitraje convencional (arbitraje laboral voluntario); es decir, uno en donde ambas partes libre y voluntariamente han optado por recurrir para dar solución a una controversia derivada de la negociación colectiva.

La Ley del presupuesto del sector público

La Ley de presupuesto del sector público de cada año fiscal prohíbe que el otorgamiento, reajuste o incremento de beneficios económicos pueda ser dispuesto por la vía del arbitraje laboral:

“Artículo 6. Ingresos del personal

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

CAPÍTULO II

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL PERÚ

La negociación colectiva es una de las modalidades del diálogo social más extendidas en las democracias modernas. No es posible concebir una democracia sin negociación colectiva, ni diálogo social pues son una expresión del principio del pluralismo social y pieza central del sistema democrático. Un gobierno democrático tiene la obligación de propiciar un clima de diálogo y de concertación social en el ámbito de las relaciones laborales. La democracia no consiste solo en elecciones, sino en que en los centros de trabajo privados y públicos se escuche la voz de los ciudadanos que trabajan, que la ciudadanía tenga expresión en el ámbito laboral, que se experimente en el día a día. (Ciudad Reynaud, 2017, pág. 155)

Debemos partir en que la negociación colectiva es el proceso de toma de decisiones que hay entre las partes que representan intereses de los empleadores y de los trabajadores. Su objetivo primordial es la negociación y la aplicación continua de un conjunto de reglas pactadas que regulen las condiciones reales y de procedimiento de la relación de trabajo, y la relación entre partes del proceso. El propósito primordial es llegar a un acuerdo y plasmarlo en un conjunto de normas que regulen los temas de fondo y los procedimientos de la relación de empleo.

La negociación colectiva suele ocuparse de la negociación de aspectos tales como la creación de estabilidad del empleo, el tiempo del trabajo, los incrementos salariales o las condiciones de trabajo. (Rodríguez Crespo & Alemán Páez, 2011)

La negociación colectiva tiene carácter compulsivo, el mismo que deriva de la circunstancia de que el trabajador tiene el derecho de iniciativa y que el procedimiento comienza con la presentación del respectivo pliego de reclamos; el empleador queda constreñido a continuar el procedimiento hasta su conclusión, no existiendo medio alguno por el que pueda separarse y se libere

de las obligaciones que le corresponden como tal. No puede negarse, pues, a la admisión del pliego, salvo que medie incumplimiento de las formalidades legales. En otras palabras, la presentación de aquél y el desarrollo del procedimiento no están condicionados a la aceptación del principal.

El hecho de que el empleador esté obligado a recepcionar el pliego y a intervenir en la discusión del planteamiento sindical, no significa, sin embargo, que deba aceptar los términos del mismo. La obligatoriedad se contrae, principalmente, a la discusión y al análisis del pliego, más no a su aceptación.

Una característica de la negociación colectiva en el Perú es que se trata de un factor decisivo para ampliar los derechos laborales y mejorar las condiciones de un número cada vez mayor de personas, ya que cada vez es mayor la responsabilidad reguladora de derechos transferida desde la ley a negociación colectiva.

Estamos ante un factor claramente influyente en el tejido social para el Perú, no solo por el mayor volumen de personas a las que afecta, sino porque tener un empleo y contar con un salario es la principal fuente de ingresos de los hogares.

En algunos casos, la negociación colectiva es un factor esencial para la competitividad de las empresas y, por tanto, para su capacidad de generar empleo y realizar inversiones. (Rodríguez Crespo & Alemán Páez, 2011, pág. 64).

La negociación colectiva supone que el contrato de trabajo se encuentra subsistente y no ha sido objeto de terminación. No es procedente la presentación de un pliego de reclamos por parte de las personas que ya no pertenecen al centro laboral.

Otra de las características más importantes de la negociación colectiva es el hecho de que los servidores intervienen en ella como parte de un grupo, perdiendo la singularidad que es la cualidad prevaleciente del contrato individual de trabajo.

Esa aglutinación permite que el laborante se presente ante el empleador en un nivel de equiparidad que surge por efecto de la unión; no se podría admitir la eficacia de la negociación colectiva si se tratara de un concierto entre desiguales.

La agrupación de los trabajadores se puede realizar en forma permanente a través del sindicato, o con la modalidad de la conformación circunstancial de un grupo para los efectos de una determinada negociación colectiva.

La existencia del grupo origina concepciones sobre las cuales se sustenta la contratación colectiva, como son la extensión y obligatoriedad de los beneficios a los que forman parte o ingresan posteriormente a la misma categoría profesional del sujeto pactante. Esto nos explica por qué los efectos de un convenio colectivo se aplican no sólo a los trabajadores que prestan servicios en el momento de la suscripción del acuerdo, sino también a los que entran a laborar después.

Fundamentalmente, la negociación colectiva persigue mejorar los beneficios salariales y las condiciones de trabajo por medio de la revisión de lo ya logrado. Su procedimiento es un camino para perfeccionar lo existente o implantar nuevas condiciones remunerativas o de trabajo en función de una serie de circunstancias, una de las cuales es la situación económica de la empresa. No hay en la negociación colectiva controversias jurídicas o de incumplimiento de leyes o convenios, pues de ser así, el asunto tendría que plantearse en otra vía procesal.

Por la razón antes señalada, la discusión se produce y se centra básicamente en dos puntos:

- a) La capacidad económica del empleador y su aptitud para conceder un determinado beneficio:
- b) La necesidad del trabajador y su derecho para aspirar a un incremento remunerativo o a superar las condiciones en las que se desenvuelve la prestación del servicio.

Todo el procedimiento de la negociación colectiva en el Perú está estructurado sobre las nociones básicas siguientes:

- a) Que las partes lleguen directamente a un acuerdo suscribiendo un convenio colectivo de trabajo;
- b) Que la participación de la Autoridad tenga un carácter supletorio, o sea, que intervenga cuando las partes no han podido lograr un arreglo.

En lo que respecta a la primera idea, esto es, que sean los propios interesados qué lleguen a un acuerdo, tal finalidad surge de la misma naturaleza de los convenios colectivos, que tienen su origen en la voluntad de los contratantes. Es incuestionable que no se puede considerar como contrato la regulación de condiciones o beneficios impuestos supletoriamente por la Autoridad, porque los pactantes no pudieron llegar a un entendimiento.

Lo anteriormente expuesto se infiere de la misma estructuración del procedimiento de negociación colectiva. En efecto, la etapa inicial denominada TRATO DIRECTO, constituye el primer esfuerzo de los interesados para llegar a un entendimiento por medio del debate. Esa se lleva a cabo entre las partes directa y preferentemente sin intervención de terceros ajenos a ellas. Las discusiones, como se denomina al análisis e intercambio de ideas sobre el pliego, se realizan en el centro de trabajo.

De no arribarse a un acuerdo, se inicia la segunda etapa denominada de conciliación, cuya nota predominante es que se efectúa en presencia de un representante de la Autoridad Laboral denominado CONCILIADOR, cuya función es actuar como mediador o componedor, intentando que las partes lleguen a una solución integral, o cuando menos parcial del pliego presentado. (Elías Mantero, El Procedimiento de Negociación Colectiva, 1980).

El procedimiento de negociación colectiva concede diversas ventajas no sólo de índole particular para los contratantes, sino en forma general para la sociedad; pudiendo considerarse, entre las principales, las que se detallan a continuación:

- a) Es un medio de conciliación de los conflictos sociales;
- b) Pretende igualar a las partes intervinientes en el contrato de trabajo, fomentando su relación y creando un clima propicio para la comunicación, negociación e intercambio de beneficios; así como la fijación de condiciones de trabajo favorables para una mejor productividad y producción;
- c) Es una fuente dinámica del Derecho Laboral; y,
- d) Tiende a nivelar las condiciones de trabajo, evitando la competencia desleal que se podría producir, por el beneficio que en la composición del costo tendría un fabricante sobre los otros, por el hecho de conceder menores provechos.

La generalización de la negociación colectiva se establece por el hecho de que en un gran número de empresas con sindicato o sin ellos, periódicamente se revisan las condiciones de trabajo, reajustándolas, para adecuarlas a los cambios de la situación económica, no sólo particular de la empresa, sino también del país.

Se dice que la negociación colectiva es un medio de conciliación de los conflictos sociales, pues ellos, en gran parte, tienen su origen en la insatisfacción de necesidades básicas por insuficiencia de ingresos; mediante el reajuste de éstos se producirá la realización de las mismas; lo que, a su vez atenuará o evitará las presiones sociales.

Por otra parte, la negociación colectiva se ha convertido en una fuente dinámica del Derecho Laboral por la influencia que ejerce sobre éste, en términos generales.

En efecto, si tomamos en cuenta que la legislación del trabajo establece condiciones generales y beneficios mínimos que se aplican a toda la fuerza laboral, debemos considerar que éstos contemplan la posibilidad de cumplimiento por todos los empresarios, independientemente de su capacidad económica. La negociación colectiva permite establecer, por medio del convenio colectivo de

trabajo, para cada centro laboral o unidad empresarial o profesional, mejores beneficios que los establecidos por la ley, tomando en consideración los factores individuales de cada realidad, cuando son la capacidad económica de la empresa y el tipo de trabajo realizado.

La negociación colectiva resulta así un instrumento de provecho para el trabajador, pues le permite obtener mayores beneficios que los obtenidos exclusivamente a través de la legislación laboral.

No puede dejarse de mencionar que la negociación colectiva ha tenido un rol importante en el establecimiento de los beneficios legales, al haber logrado que los empleadores aceptaran paulatinamente determinadas ventajas y extendiendo éstas a otras empresas, hasta que fueron reconocidas en forma legal. Tal es el caso de las gratificaciones denominadas de Fiestas Patrias y Navidad.

2.1 EL DERECHO AL TRABAJO Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Como señala (Marcenaro Frers, 2004), el derecho al trabajo no es uno de aplicación inmediata, ni programática, por cuanto en ambos casos sería exigible a un sujeto en particular y dentro de una economía social de mercado, esto es imposible. El derecho al trabajo no es un derecho exigible al Estado ni a los empresarios. El Estado no es un creador de empleo y los empresarios no están en la obligación de contratar. Existe libertad del mercado por lo que no se puede constreñir a los particulares a otorgar trabajo. No obstante, el Estado con economías sociales de mercado, facilita a que se consiga el equilibrio perfecto entre la demanda y la oferta de trabajo. La sociedad tenderá a conseguir ese equilibrio, pero no se trata de un derecho exigible frente a otro.

Al hablar del derecho al trabajo debemos distinguir dos aspectos: por un lado, el derecho al acceso al trabajo y, por otro, el derecho a conservar el trabajo. En cuanto al primero, o sea el derecho a acceder al trabajo, estamos ante una norma de principio de política social. Sin embargo, tratándose del derecho a la conservación del trabajo (principio de continuidad) el trabajador tiene un derecho

que se deriva de su contrato de trabajo que no puede ser afectado por el empleador, salvo medie causa justa basada en su capacidad, o conducta, o necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio (Convenio 158 OIT). Es un derecho programático derivado del contrato de trabajo y, en consecuencia, del principio de continuidad, correspondiendo al legislador establecer las causas justas que permitan rescindir el vínculo laboral. Señalar en la ley las causas de resolución es lo que permite ejercitar el derecho a conservar su trabajo o ser indemnizado. (Marcenaro Frers, 2004)

En conclusión, el derecho al trabajo como derecho a conservar el puesto de trabajo impone al legislador el deber de intervenir en los contratos de trabajo, ordenando que no se resuelvan, salvo causa justa. De no existir ésta, se desplegaría una sanción y una consecuencia que puede consistir en la reposición o en una compensación económica.

Como señala el (Ramírez Gastón Ballón J. L.) (2003), los antecedentes del Derecho del Trabajo en el Perú, se remontan a las primeras huelgas que se erigen en nuestra República, intentando llamar la atención acerca de un movimiento laboral que deseaba ser escuchado. Así registra la historia las huelgas de 1886 de las fábricas textiles de Vitarte, la de los tipógrafos, la de la fábrica de cigarrillos de 1892 y la de las Dársenas del Callao de 1894, todas éstas resueltas vía conciliación o por la violencia, denotándose una falta de coherencia de parte del gobierno en el tratamiento del fenómeno laboral.

Según. (Rendón Vásquez, 1988), la legislación peruana del trabajo se inicia con la Ley 1183 sobre contratación de peones u operarios, siendo ésta la ley en materia laboral más antigua en nuestro país.

Lo cierto es que a partir del siglo XX Latinoamérica comienza a ser agitada por la cuestión social, dando lugar a la promulgación de las primeras leyes de trabajo, aun cuando existía una crisis económica mundial y en el Perú se fortalece la revolución industrial.

Es con el inicio del siglo XX que el Estado peruano empieza a intervenir progresivamente en las relaciones laborales mediante su actividad legislativa.

La incipiente legislación protectora empezó por abordar el tema de los accidentes de trabajo, que estaban causando índices de mortalidad muy altos.

Así, siguiendo a la Ley de Accidentes de Trabajo de España de 1900, se aprobó la Ley sobre Responsabilidad del Empleador por los Accidentes de Trabajo, Ley 1378, del 24 de enero de 1911. (Boza Pro, 2014)

2.2 EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Antes de abordar el tema de la negociación colectiva en el ámbito laboral, es conveniente señalar, en términos generales, lo que se comprende por negociación en su acepción más amplia.

La definición inicial de negociación y su calificación como acción, sugiere una idea de movimiento o proceso, y ésta es su nota característica principal, pues la negociación es básicamente, una acción o proceso encaminado a llegar a un acuerdo sobre algo.

La negociación resulta estrechamente vinculada a la naturaleza del hombre y a su dependencia de otros hombres. Sus limitaciones y requerimientos, por vivir en sociedad, lo llevan imperativamente al intercambio, y para esto tiene que negociar.

La negociación surge de una necesidad de intercambio consustancial a la vida en grupo y de la incapacidad natural de poder satisfacer la totalidad de sus requerimientos.

Podemos señalar que la negociación puede manifestarse en uno de varios planos.

Apreciamos, a primera vista, negociaciones que se realizan en el plano nacional, así como en el internacional.

La negociación entre gobiernos, la existencia de los representantes diplomáticos y los tratados internacionales, son una clara demostración de la negociación que se lleva a cabo en el plano internacional, la que puede desarrollarse entre pequeños y grandes países.

En los últimos tiempos, el mundo ha atestiguado, inclusive, negociaciones impuestas por actos de terrorismo, en las cuales se pretendía obtener concesiones por medio de la coacción ejercida sobre personas capturadas y amenazadas en su integridad física.

En el plano interno, podemos observar, con mayor facilidad y cercanía, el problema de la negociación. Un proceso electoral es una negociación entre el elegido y sus electores, por el cual el primero ofrece a los segundos, un programa de acción a cambio de sus votos.

En lo familiar o sentimental, la necesidad también se manifiesta entre padres e hijos, entre esposos y entre novios, para obtener obediencia unos, cariño y atención otros; y finalmente, armonía o sometimiento. En estos casos el castigo, el llanto, el mal humor son las armas de las que se valen los negociadores.

El procedimiento de negociación es, pues, inherente a la naturaleza humana y constituye un mecanismo encaminado a satisfacer necesidades o deseos. La negociación es una expresión del intercambio que, en diversos momentos, tienen que realizar los hombres para satisfacer sus necesidades.

De lo expuesto se desprende, que la verdadera noción de lo que es la negociación, se obtiene a través de la observación y de la propia experiencia. Esto nos permite advertir, por otra parte, que la negociación es con frecuencia utilizada para concertar un acuerdo de voluntades, que generalmente adopta la forma de un contrato, sea verbal o escrito.

Los acuerdos más trascendentales son a menudo objeto de una negociación más o menos corta, de acuerdo con su importancia.

Hasta los niños, cuando intercambian objetos de juego, se ajustan a ciertas reglas básicas de negociación, en las que intervienen elementos similares a la de los adultos.

La negociación es, en la mayor parte de los casos, una etapa previa a la concertación de un acuerdo, fijando las partes en ella, los términos de éste, lo que no implica, de manera alguna, que la negociación tenga que ser, obligatoriamente, un proceso largo y tedioso, pues ello depende, en gran parte, de lo que se está negociando.

Importancia de la Negociación Colectiva

La negociación colectiva constituye un procedimiento común y generalizado, por el cual, trabajadores y empleadores, intentan armonizar y conciliar intereses contrapuestos relacionados con su particular posición en el contrato de trabajo.

Se reconoce la importancia de ese mecanismo no sólo por las partes interesadas, sino también por el Estado, a nivel nacional, y por la Organización Internacional del Trabajo, habiéndose llegado a adoptar no sólo algunos acuerdos bajo la forma de Convenios Internacionales y a formular las respectivas Recomendaciones, (j) sino que también ha sido reconocido como objetivo de aquella. Organización, como aparece en la Declaración adoptada en Filadelfia, que señaló, entre otros fines, fomentar en todas las naciones, programas que permitieran el efectivo derecho de la negociación colectiva.

La negociación colectiva se ha convertido en un instrumento coadyuvante de la paz social, a través del mejoramiento de las condiciones económicas y laborales en que se ejerce el trabajo, permitiendo solucionar problemas que no se podrían resolver adecuadamente, sino por medio del diálogo y del intercambio de ideas.

La negociación colectiva, y su generalización, han ido imponiendo el convencimiento de que los problemas laborales y los antagonismos que surgen, por la propia naturaleza del contrato de trabajo, pueden ser solucionados de una

manera satisfactoria para ambos contratantes, por los directamente interesados. (Elias mantero, 1980, págs. 9, 11, 23 y 24).

Los principios de la OIT sobre el derecho de Negociación Colectiva

El derecho de negociación colectiva, según (Gernigon) es un derecho fundamental aceptado por los miembros de la OIT al incorporarse a la organización, que deben respetar, promover y hacer realidad de buena fe.

La titularidad del derecho de negociación colectiva corresponde a los empleadores y sus organizaciones por una parte y a las organizaciones de trabajadores por otra, solo siendo posible en ausencia de tales organizaciones que representantes de los trabajadores interesados celebren negociaciones colectivas.

El reconocimiento del derecho de negociación tiene carácter tanto en el sector privado como en el público y solo puede excluirse de su ejercicio a las fuerzas armadas, a la policía y a los funcionarios en la administración del Estado.

La negociación colectiva tiene como objeto las condiciones de trabajo y empleo en sentido amplio y la regulación de diversas prestaciones entre las partes.

Los acuerdos o convenios colectivos tienen carácter vinculante, deben poder fijar condiciones de trabajo más favorables porque en las establecidas por ley no se debe dar preferencia a los contratos individuales respecto de los convenios colectivos, salvo lo que respecta a las disposiciones del contrato individual que sean más favorables.

El ejercicio de derecho de negociación colectiva exige para ser efectivo que las organizaciones de trabajadores sean independientes y no estén colocadas bajo el control de un empleador o de una organización de empleadores, y que el proceso de negociación colectiva se realice sin injerencia indebida de las autoridades.

Es admisible que el sindicato que representa la mayoría de un porcentaje elevado de trabajadores de una unidad de negociación goce de derechos preferenciales o exclusivos de negociación.

El *principio de buena fe* en la negociación colectiva entraña reconocer a las organizaciones representativas, realizar esfuerzos para llegar a un acuerdo, desarrollar negociaciones verdaderas y constructivas, evitar retrasos injustificados en la negociación y respetar mutuamente los compromisos asumidos, teniendo en cuenta los resultados de las negociaciones de buena fe.

Dado que el carácter voluntario de negociación colectiva es un aspecto fundamental de los *principios de la libertad sindical*, la negociación colectiva no puede ser impuesta a las partes; el nivel de las negociaciones no debe ser impuesto unilateralmente por la legislación o las autoridades, debiendo poder desarrollarse en cualquier nivel.

Son admisibles la conciliación y la mediación impuestas por la legislación en el marco del proceso de negociación colectiva si tiene plazos razonables. (Gernigon, Revista Internacional del Trabajo, 2005, pág. 45)

En cambio, el arbitraje es obligatorio cuando las partes no llegan a un acuerdo de manera general, contrario al principio de la negociación colectiva voluntaria y solo es admisible en:

1. Los servicios esenciales en sentido estricto del término (aquellos en cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de una persona o parte de la población.
2. Respecto a los funcionarios de la administración del Estado.
3. Cuando tras negociaciones prolongadas e infructuosas es obvio, por demás, que el bloqueo de las negociaciones no será superado sin una iniciativa de parte de las autoridades a quien le corresponda esa función.
4. En caso de crisis nacional aguda. (Camacho Solis J. I., 2017)

La Negociación Colectiva

El principio de libre competencia prohíbe el acuerdo entre empresas para evitar que concierten los precios del mercado y con ello prohibiría que acuerden el abono de sueldos bajos y malas condiciones de trabajo. Lo señalado permite y fomenta la celebración de convenciones colectivas entre las empresas y los trabajadores. La convención colectiva es un contrato que tiene fuerza obligatoria entre las empresas y los sindicatos, y si es un acuerdo con un sindicato de actividad tendrá fuerza normativa en todas las empresas donde laboren sus afiliados.

La dinámica de la negociación colectiva

La técnica de las convenciones colectivas, apareció en 1936. En Francia, ésta técnica fue considerada por mucho tiempo en un segundo plano. Sin embargo, al introducirse en el Derecho Francés por una ley de 1919 se modificó la negociación colectiva a un modo privilegiado de transformación y adaptación del derecho del trabajo, considerando el efecto erga omnes a la convención, es decir, hacerla oponible a todos y que por resolución ministerial aplique su efecto normativo a las empresas que no están afiliadas a las organizaciones patronales que firmaron.

Otra práctica que se desarrolló en los años setenta fue la llamada práctica de leyes negociadas que consiste en dar fuerza de ley a todo o a parte de un acuerdo nacional interprofesional, negociado a iniciativa de los actores sociales o del gobierno, para reformar un área del derecho del trabajo (mensualización, capacitación profesional, empleos precarios, despido, ordenación del horario de trabajo, etc.).

Por su parte, el derecho comunitario utilizará, la técnica de la ley negociada, al permitir a los actores sociales europeos redactar un proyecto de directiva en el área social. Las reformas Auroux, en 1982, impusieron a las ramas profesionales y a las empresas obligaciones de negociar (desde entonces ésta lista sigue en aumento) y codificaron la posibilidad de concluir acuerdos de excepción que impiden la aplicación de ciertas disposiciones legislativas o reglamentarias.

Sin embargo, éste avance del derecho de la negociación colectiva estuvo acompañado de varios cambios; se verificó que las convenciones de rama de actividad, los acuerdos de empresa o los acuerdos interprofesionales no sirven para asegurar una política social de la competencia, sino para contractualizar, las fuentes del derecho del trabajo. Esto se manifiesta en la técnica de los acuerdos de excepción, pero, sobre todo, en la evolución de los objetos de la negociación colectiva, el cual no se limita a un intercambio entre cantidades (tiempo de trabajo / monto de los sueldos), sino que involucra otros aspectos cualitativos de las relaciones de trabajo (capacitación profesional, igualdad entre hombres y mujeres, previsión social, empleo, etcétera).

El derecho de las convenciones colectivas

La convención colectiva es el acuerdo escrito ya concluida, entre los sindicatos que representan a los trabajadores y, por otra parte, una o varias empresas. *En un sentido más restringido, la convención colectiva designa a aquella que tiene por vocación tratar el conjunto de las condiciones de empleo y de trabajo, mientras que el acuerdo colectivo trata sobre una cuestión determinada* (Supiot, 2008)

La convención colectiva es el acuerdo que advierte a los trabajadores del acuerdo colectivo que se aplicará en la empresa y a quienes se aplicará. Este acuerdo se impone a lo concertado en los contratos de trabajo y puede, por lo tanto, ser modificado sin el acuerdo individual de los trabajadores.

La regla expresada en el párrafo anterior tiene dos limitaciones:

1. Una convención que se anula mantiene su vigencia hasta la firma de una nueva convención,
2. Los trabajadores van a conservar los beneficios individuales que se adquirieron durante la vigencia de la convención que fue anulada.

2.3 LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Es importante mencionar que en América latina, como en otras partes del mundo, cuando nos referimos a la negociación colectiva la legislación juega un doble papel: en la medida en que regula directamente y con lujo de detalles las condiciones de trabajo, la legislación puede restar razón de ser y campo de acción a la negociación colectiva. En la medida en que establece el marco de la negociación y fija sus reglas de juego, la legislación favorece sin lugar a dudas el proceso de negociación.

En la práctica latinoamericana la primera influencia se dejó sentir primero y afectó adversamente, como se ha visto, el desarrollo de la negociación colectiva. En los últimos años, en cambio, se ha procurado dar importancia a la promulgación de reglas dirigidas a fomentar y canalizar el proceso de negociación, con lo que implícitamente se ha reconocido que la legislación y la negociación colectiva no se excluyen, sino que se complementan. Este reconocimiento puede, en cierta medida, interpretarse como el resultado de la relativamente reciente elevación del principio de la negociación colectiva a la jerarquía constitucional. El derecho de negociación colectiva figura en efecto en las constituciones de varios países de la región; tales como Argentina, Bolivia, Brasil, Perú y Venezuela.

De este modo la negociación colectiva ha sido objeto de un replanteo bastante profundo en legislaciones, entre las que cabe mencionar la reforma del Código Sustantivo del Trabajo de Colombia, en 1965, la de la ley federal del trabajo de México, de 1969, del reglamento de la ley del trabajo de Venezuela, en 1973, los códigos de trabajo de Ecuador y Panamá de 1971, el anteproyecto de código del trabajo de Bolivia y el código de trabajo de Chile, también contienen innovaciones con respecto al régimen anterior en dichos países.

La influencia de la legislación sobre la negociación colectiva se ejerce de diversos modos, la legislación determina, en primer lugar, la naturaleza y estructura de los actores de la negociación colectiva, es decir, prescribe las

reglas a que deberán sujetarse la constitución y funcionamiento de las organizaciones de trabajadores y, en su caso, de empleadores. Estas reglas aparecen en casi todas las legislaciones de los países de la región. Otra función de la legislación, que es consecuencia de la primera, sería la de determinar los criterios para el reconocimiento del sindicato a los fines de la negociación.

En segundo lugar, la legislación puede facilitar la negociación mediante la imposición al empleador de la obligación de negociar, cosa desde luego distinta de la obligación de concluir un acuerdo. El cumplimiento de dicha, obligación — que figura en la mayor parte de los códigos de trabajo de la región - está a veces, pero no siempre, complementado por una sanción jurídica.

En tercer lugar, la legislación cumple en América latina el papel fundamental de fijar las reglas que deberán observarse durante la negociación. Esta cuestión, como se verá más adelante, tiene singular importancia porque prescribe las diferentes formas de intervención de la administración del trabajo en la dinámica de la negociación colectiva.

La ley establece también los requisitos formales necesarios para la validez del convenio colectivo. En todos los casos se requiere la forma escrita y una determinada pluralidad de ejemplares. A menudo se agrega también como requisito el depósito o registro del convenio colectivo ante un tercero, por lo general la autoridad administrativa del trabajo o, como en México, la autoridad judicial. Por lo general, este depósito se lleva a efecto una vez cumplido el procedimiento llamado de homologación, al que se hará referencia más adelante. A veces también se exige la publicación del convenio; este requisito es importante sobre todo cuando se negocia a nivel de la industria o de la rama de industria, donde pueden existir empleadores que, por no haber participado en la negociación, desconocen el contenido del convenio.

Por último, la ley fija normas relativas al contenido, alcance y duración de los convenios colectivos y, si fuere el caso, los procedimientos para su denuncia y revisión. En algunos países estas normas ocupan capítulos enteros del código del trabajo.

2.4 LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PRIVADO

La negociación colectiva en el sector privado se deriva de un derecho fundamental, contemplado en nuestra Constitución Política de 1993, el cual permite que los trabajadores mediante la presentación de un pliego de reclamos aspiren a mejoras remunerativas y condiciones de trabajo, esto en el desarrollo de un dialogo concertado denominado negociación colectiva. Por lo indicado, el Estado Constitucional y Democrático de Derecho ha diseñado un conjunto de instrumentos para procesar y resolver las controversias laborales de manera pacífica y ofreciendo las alternativas que estimulen la solución.

En este contexto, la importancia de atender la conflictividad laboral de manera pacífica se encuentra consagrada en el artículo 28 de la Constitución, cuando establece lo siguiente: *“El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: (...) 2. Fomentar a negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales”*.

De la disposición citada se desprende con claridad que el Estado no puede mantener una actitud abstencionista en el campo de la solución de los conflictos laborales; por el contrario, debe trazar el camino por el cual poder transitar al respecto, a saber: el camino de la creación y promoción de los mecanismos para resolver pacíficamente los conflictos.

Al respecto, en la sentencia recaída en el expediente N° 0008-2005-PIITC, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

“A tenor del inciso 2 del artículo 28° de la Constitución, la intervención del Estado o de entes o personas de la sociedad civil en el régimen privado deben observar dos aspectos muy concretos, a saber: Fomentar el convenio colectivo. Promover formas de solución pacífica de los conflictos laborales en caso de existencia de discrepancias entre los agentes negociadores de la convención colectiva.

En cuanto al primer aspecto, el fomento se viabiliza a través de la expedición de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo para el caso de la actividad privada. En cuanto al segundo, la promoción se viabiliza según la norma anotada, a través de los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje.

Esta promoción se justifica en razón de las dos consideraciones siguientes: Asegurar que el desacuerdo entre los agentes negociadores no se prolongue indefinidamente en el tiempo, de modo que se consolide la paz laboral y el normal desarrollo de la actividad económica. Otorgar satisfacción mancomunada, por la vía pacífica, a las pretensiones de las partes contendientes en el conflicto laboral” (fundamento jurídico 35).

De lo indicado por el Tribunal Constitucional, se desprende que el Estado en una actitud vigilante no solo fomenta la negociación colectiva, sino que crea mecanismos para el correcto desarrollo de la misma, tal como es la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su Reglamento.

El Decreto Supremo N° 010-2003-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, contempla lo siguiente:

Artículo 41.- Convención colectiva de trabajo es el acuerdo destinado a regular las remuneraciones, las condiciones de trabajo y 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.

Asimismo, las etapas de la negociación colectiva se dividen de la siguiente forma:

1. Trato Directo:

El trato directo es la etapa en la que se realiza en el interior de la empresa sin ningún tipo de intermediarios en la que los trabajadores exponen su pliego de peticiones sustentándolo y definiendo sus posiciones basándose en sus necesidades.

Dentro de diez (10) días calendario de presentado el Pliego de Reclamos, debe iniciarse la negociación directa.

Las reuniones de trato directo no tienen una duración determinada, será la que las partes determinen o todo caso hasta que se agote la posibilidad de un acuerdo directo.

La finalidad de ésta etapa es que las partes arriben a un acuerdo armonioso sin la necesidad de la intervención de un tercero; consideramos que la presente etapa refleja la naturaleza más pura de la negociación colectiva, que es el dialogo entre los trabajadores y el empleador para mejoras en las condiciones de trabajo, económicas y productivas.

2. Conciliación:

Es la segunda etapa prevista en la negociación colectiva, la función conciliadora estará a cargo de un cuerpo técnico especializado y calificado en el Ministerio de Trabajo.

No existe un plazo preestablecido para su duración, se realizan las reuniones que fueran necesarias; sin embargo, si una de las partes no concurriera o si de hacerlo no estuviera de acuerdo en proseguir con ellas, se tendrá por concluida esta etapa.

La finalidad de ésta etapa es que un tercero coadyuve a las partes a dar solución a la controversia derivada del pliego de reclamos, este tercero imparcial buscará que los trabajadores y el empleador

lleguen a un acuerdo armonioso sin la necesidad de recurrir a la etapa de la huelga o el arbitraje.

3. Solución:

Esta etapa es reconocida como la última, ya que es la última opción mediante la cual se podrá solucionar el conflicto derivado del pliego de reclamos.

La presente etapa se da, al término de la negociación directa y de concluida la conciliación. Cualquiera de las partes podrá someter el diferendo a arbitraje, salvo que los trabajadores opten por la huelga.

El arbitraje se caracteriza por estar regida por los principios de moralidad, sencillez, celeridad, inmediatez, lealtad, imparcialidad y discreción. Así como tener plena independencia dentro de los marcos que las leyes les faculden.

Si bien es cierto, este esquema se rige y se aplica también en la negociación colectiva del sector público, la gran diferencia con la negociación colectiva del sector privado se genera en base a la utilidad que ha generado la empresa.

En efecto, en la negociación colectiva del sector privado se realiza en el tenor de la utilidad generada por la empresa privada, la misma que puede ser variable y que legalmente se permite su distribución.

Escenario que no resulta similar en el sector público, toda vez que la recolección o utilidad generada se deriva directamente al tesoro público, y es el Estado quien determina su distribución.

2.5 LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO

El Estado, como cualquier empleador, está sujeto al principio de negociación colectiva, libre y voluntaria, no pudiendo imponer un marco de inexistencia de negociación con sus organizaciones sindicales.

El derecho a la negociación colectiva, reconocido en el artículo 28 de la Constitución Política del Perú, es un derecho reconocido a todos los trabajadores, sean estos públicos o privados.

Los trabajadores privados así como también los trabajadores públicos, son antes que nada trabajadores. Y el tipo de empleador no desaparece el régimen contractual que ambos generan. Por esta razón, los trabajadores públicos también tienen que regularse bajo el artículo 28 de la Constitución Política del Perú. (Arce, pág. 146).

La negociación colectiva en el sector público fue una realidad social la que envió al Derecho respuestas que implicarían su racional adecuación a los hechos. (Negociación Colectiva en el Sector público, 2013).

(López), señala que la negociación colectiva para el empleo público y concretamente para la función pública, se ha beneficiado en la laboralización de los derechos de los funcionarios públicos; en la cual se benefician también los funcionarios públicos.

Son derechos que se han construido históricamente para los trabajadores pero que en su reconocimiento constitucional y de desarrollo legislativo ordinario también se extienden, por tanto, a los funcionarios públicos. Se han ido ampliando los derechos de los funcionarios públicos, además de los derechos que derivan de la regulación jurídica estatutaria o funcionarial con determinados derechos laborales, que proceden del ámbito del Derecho del Trabajo. (López, 2016).

Tenemos claro que la negociación colectiva puede conceptualizarse como el procedimiento por el cual los trabajadores y empleadores, mediante el intercambio recíproco de propuestas y contrapropuestas, examinan llegar a un acuerdo sobre remuneraciones, condiciones de trabajo y otros aspectos de carácter laboral.

Tomando en cuenta lo dispuesto en el Convenio N° 151 de la OIT, nos atrevemos a definir que este Convenio sobre las relaciones de trabajo en la Administración Pública confirma la posibilidad de que puedan existir procedimientos de negociación colectiva u otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos a participar en la determinación de condiciones de empleo.

De este modo, parece que el reconocimiento del derecho de negociación colectiva es evidente en favor de los servidores públicos y que ello permitiría negociar condiciones de empleo, es decir, condiciones económicas (remunerativas) y de trabajo. (Arce, pág. 147).

La negociación colectiva en la administración pública plantea problemas particulares que se derivan fundamentalmente, por una parte, de la existencia de uno o varios estatutos nacionales con vocación uniformadora, en general aprobados por el Parlamento, aplicables a los funcionarios públicos, que a menudo reglamentan de manera casi exhaustiva los derechos, deberes y condiciones de servicio, prohibiendo o dejando escaso margen a la negociación, y, por otra parte, del hecho de que las remuneraciones y otras condiciones de empleo de los funcionarios que implican un coste económico deben reflejarse en los presupuestos públicos cuya aprobación compete a órganos (parlamento, ayuntamientos, etc.) que no siempre son los empleadores de los funcionarios públicos y cuyas decisiones tienen que tener en cuenta la situación económica del país y el interés generales. Es muy frecuente por ello que las personas jurídicas que negocian en la administración pública se vean sometidas a las directivas o al control de un órgano exterior (ministerio de finanzas, comisión interministerial, etc.). (Gernigon, Odero, & Guido, LA NEGOCIACION COLECTIVA - Normas de la OIT y principios de los órganos de control, 2000).

En el Perú la naturaleza laboral especial del vínculo del servidor público con el Estado quedó definida a partir de la tantas veces mencionada sentencia del Tribunal Constitucional que resolvió la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley Marco del Empleo Público, cuando en dicha sentencia se sostiene que *"(...) que es necesario desarrollar el marco constitucional del régimen del*

trabajo, toda vez que sus normas, con las particularidades y excepciones que ella misma prevé, se aplican tanto al régimen público como constitucional de la función pública, para el análisis de la constitucionalidad de los artículos impugnados”.

El Tribunal Constitucional, sobre el derecho de los servidores públicos a la negociación colectiva, comentando el artículo 42 de la Constitución, nos dice lo siguiente:

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

Respecto a los límites a la negociación colectiva celebrada por los servidores públicos el Tribunal Constitucional, sobre la sentencia antes citada, señala lo siguiente:

“En el caso del Perú, el ejercicio del derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos, a través de sus organizaciones sindicales, como cualquier otro derecho, no es absoluto y está sujeto a límites.

En efecto, dentro de las condiciones nacionales a que hace referencia el Convenio 151, la Constitución establece determinadas normas relativas al presupuesto público. En efecto, a tenor de los artículos 77 y 78 de la Norma Suprema, el presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, y su proyecto debe estar efectivamente equilibrado.

Consecuentemente, si el empleador de los servidores públicos es el Estado a través de sus diferentes dependencias, las limitaciones presupuestarias

que se derivan de la Constitución deben ser cumplidas en todos los ámbitos del Estado.

Por ello, en el caso de las negociaciones colectivas de los servidores públicos, éstas deberán efectuarse considerando el límite constitucional que impone un presupuesto equilibrado y equitativo, cuya aprobación corresponde al Congreso de la República, ya que las condiciones de empleo en la administración pública se financian con recursos de los contribuyentes y de la Nación”.

Sobre el derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos el Servir ha opinado lo siguiente: *“El hecho que en el artículo 42 de la Constitución no se reconozca de manera expresa el derecho a la negociación colectiva a los servidores públicos, no necesariamente puede inducirnos a afirmar que no son titulares de dicho derecho, toda vez que el citado precepto constitucional debe ser interpretado conjuntamente con otras disposiciones de la Constitución y los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por el Perú”.*

En otra parte del informe antes mencionado el Servir concluye: *“(…) tanto los servidores públicos comprendidos en el régimen laboral de la actividad privada como aquellos que se encuentran bajo el régimen laboral público, tienen derecho a la negociación colectiva”.*

Límites legales al derecho a la negociación colectiva

El último párrafo del artículo 40 de la Ley del Servicio Civil señala expresamente la limitación siguiente: *“Ninguna negociación colectiva puede alterar la valorización de los puestos que resulten de la aplicación de la presente Ley”.*

Por su parte, el artículo 42 de la Ley del Servicio Civil también limita los alcances de la negociación colectiva cuando señala: *“Los servidores civiles tienen derecho a solicitar la mejora de sus compensaciones no económicas, incluyendo el cambio de condiciones de trabajo o de empleo, de acuerdo con las posibilidades*

presupuestarias y de infraestructura de la entidad y la naturaleza de las funciones que en ella se cumplen”.

Se desprende con claridad del texto de la norma transcrita que no se considera la posibilidad de solicitar la mejora de compensaciones de carácter económico, como sería el incremento de remuneraciones, bonificaciones, asignaciones, o cualquier otro beneficio económico.

Además, deberá tenerse en cuenta las restricciones impuestas por el Texto Único Ordenado de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto aprobada por Decreto Supremo N° 304-2012-EF, vigente desde el 2 de enero de 2013 (en adelante, el TUOLSNP), esta ley presupuestal impone las restricciones siguientes:

- a. La Cuarta Disposición Transitoria, inciso 1) del TUOLSNP, establece que: *"Las remuneraciones, bonificaciones, asignaciones y demás beneficios del Sector Público se aprueban por Decreto Supremo refrendado por el Ministerio de Economía de Finanzas a propuesta del Titular del Sector. Es nula toda disposición contraria, bajo responsabilidad”.*

Esta disposición, pues, impide que se pueda celebrar cualquier convenio colectivo sobre los conceptos laborales antes mencionados.

- b. La Quinta Disposición Transitoria, inciso 1 del TUOLGNSP, establece que: *"Las entidades del Sector Público, independientemente del régimen que las regule, otorgan a sus funcionarios, servidores y lo pensionistas, únicamente hasta doce remuneraciones y/o pensiones anuales una bonificación por escolaridad, un aguinaldo o gratificación por fiestas patrias y un aguinaldo o gratificación por navidad, según corresponda”.*

Esta norma impide cualquier convenio colectivo que permita percibir más de doce remuneraciones mensuales o más de una gratificación o aguinaldo por Fiestas Patrias o Navidad.

- c. La Quinta Disposición Transitoria inciso 2 del TUOLSNP, establece que: *"Las Leyes de Presupuesto del Sector Público fijan los montos que por conceptos de aguinaldos o gratificaciones por fiestas patrias y navidad, según corresponda, y bonificación por escolaridad, se otorgan a los funcionarios, servidores, obreros, personal sujetos a carreras reguladas por Leyes específicas, así como a los pensionistas del Sector Público"*.

Esta norma no permite que por convenio colectivo se pueda fijar un monto mayor al establecido en las Leyes del Presupuesto para cada año por concepto de aguinaldos, gratificaciones o bonificación por escolaridad.

Igualmente, la sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 03885-2010-PA/TC-Callao, del veinticinco de mayo del dos mil once, señala que no se puede negociar la reducción de la jornada de trabajo de siete horas y cuarenta y cinco minutos establecida para la Administración Pública por el Decreto Legislativo N° 800.

Sobre las limitaciones del derecho a la negociación colectiva, Servir ha opinado lo siguiente: *"El derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos no se ejerce de modo irrestricto, sino que está sujeto a las limitaciones de la ley, entre ellas, las que regulan materias presupuestales"*.

Inicio de la negociación colectiva

El primer párrafo del artículo 43 de Ley del Servicio Civil establece que: *"La negociación colectiva se inicia con la presentación de un pliego de reclamos que debe contener un proyecto de convención colectiva (...)"*.

El pliego de reclamos podemos definirlo como el pedido formal que presenta la organización sindical de servidores públicos ante la entidad pública respectiva conteniendo sus pretensiones sobre condiciones de empleo que serán objeto de debate durante la negociación colectiva.

Respecto al contenido del pliego de peticiones, el artículo 7 del Convenio N° 151 de la OIT señala que debe estar referido a condiciones de empleo.

El artículo 43 de la Ley del Servicio Civil señala que el pliego de reclamos deberá contener lo siguiente:

"a) Nombre o denominación social y domicilio de la entidad pública a la cual se dirige".

El nombre o denominación social de la entidad será el que figura en su norma legal de creación, mientras que el domicilio está referido a la dirección donde se le debe notificar válidamente.

"b) Denominación y número de registro del o los sindicatos que lo suscriben, y domicilio único que señalen para efectos de las notificaciones".

La denominación del sindicato será la consignada en su estatuto y el número de registro será el que le ha sido otorgado conforme al procedimiento de Registro Sindical regulado por la Ley N° 27556 y el Decreto Supremo N° 003-2004-TR.

En cuanto al domicilio, podrá ser el mismo consignado en su estatuto o uno específicamente previsto a efectos de las notificaciones de la negociación colectiva.

“c) De no existir sindicato, las indicaciones que permitan identificar a coalición de trabajadores que lo presenta”.

La posibilidad de presentar pliegos de reclamos no es privativa de los sindicatos, sino también es posible que ante la inexistencia de estos sea una coalición de servidores públicos la que presente el pliego de reclamos; en este caso se deberá brindar los datos que permitan identificar a los trabajadores que representan a la coalición.

“d) La nómina de los integrantes de la comisión negociadora no puede ser mayor a un servidor por cada cincuenta (50) servidores civiles de la entidad que suscriben el registro del sindicato basta un máximo de seis (6) servidores civiles”.

Esta disposición pretende establecer el número de trabajadores que deberán conformar la comisión negociadora, sin embargo, su redacción es confusa, pues nos dice que será de un (1) trabajador por cada cincuenta que suscribieron el registro del sindicato lo que nos lleva a pensar que en una entidad con más de cincuenta y menos de cien (100) la comisión será de un (1) trabajador, lo que parece absurdo. Más acertado hubiera sido establecer en dos miembros como mínimo la comisión negociadora y uno más por cada cincuenta servidores hasta un máximo de seis.

“e) Las peticiones que se formulan respecto a condiciones de trabajo o de empleo que se planteen deben tener forma de cláusula e integrarse armónicamente dentro de un solo proyecto de convención. Se consideran condiciones de trabajo o condiciones de empleo los permisos, licencias, capacitación, uniformes, ambiente de trabajo y, en general, todas aquellas que faciliten la actividad del servidor civil para el cumplimiento de sus funciones”.

En cuanto a la redacción de las cláusulas del pliego de reclamos, estas deben ser integradas de una manera armónica en un proyecto de convención, estando referidas a condiciones de trabajo o condiciones de empleo.

“f) Firma de los dirigentes sindicales designados para tal fin por la asamblea, o de los representantes acreditados, de no haber sindicato”.

La firma por los dirigentes sindicales o por los representantes acreditados por la asamblea implica la conformidad de la parte laboral con el contenido de las peticiones que se formulan, así como que los dirigentes gozan de facultades para participar de los actos procesales propios de la negociación colectiva.

Procedimiento de Negociación Colectiva

De acuerdo con el artículo 44 de la Ley del Servicio Civil, la negociación colectiva sigue el trámite siguiente:

- “a) El pliego de reclamos se presenta ante la entidad pública entre el 1 de noviembre y el 30 de enero del siguiente año.
- b) La contrapropuesta o propuestas de la entidad relativas a compensaciones económicas son nulas de pleno derecho.
- c) Las negociaciones deben efectuarse necesariamente hasta el último día del mes de febrero. Si no se llegara a un acuerdo, las partes pueden utilizar mecanismos de conciliación hasta el 31 de marzo.
- d) Los acuerdos suscritos entre los representantes de la entidad pública y de los servidores civiles tienen un plazo de vigencia no menor de dos (2) años y surten efecto obligatoriamente a partir del 1 de enero del ejercicio siguiente. Similar regla se aplica a los laudos arbitrales.
- e) Los acuerdos y laudos arbitrales no son de aplicación a los funcionarios públicos, directivos públicos ni a los servidores de confianza. Es nulo e inaplicable todo pacto en contrario”.

Solución del conflicto por un tribunal arbitral

Sobre el particular, (Arévalo Vela) señala que se puede desprender del texto del inciso e) del artículo 44 de la Ley del Servicio Civil que la negociación colectiva puede terminar tanto por un acuerdo, derivado del trato directo, la mediación o la conciliación, así como consecuencia de un laudo arbitral cuando las partes no hayan podido llegar a un acuerdo entre ellas.

El tribunal arbitral deberá expedir su laudo sobre la base de la información y documentos que obran en el expediente que se pone a su consideración y teniendo en cuenta las limitaciones establecidas por las normas presupuestales.

El penúltimo párrafo del artículo 44 establece para el ejercicio del cargo de árbitro la prohibición siguiente: “Están prohibidos de representar intereses contrarios a los del Estado en procesos arbitrales referidos a la materia de la presente ley o en los casos previstos en el presente artículo quienes ejercen cargos de funcionarios o directivos públicos, incluso en los casos en que los mismos se realicen ad honorem o en órganos colegiados. Esta prohibición también alcanza a cualquiera que ejerza como árbitro o conciliador”. (Arévalo Vela, 2013).

2.6 LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y EL DIÁLOGO SOCIAL

Considerando que la negociación colectiva busca mejorar la situación de los seres humanos en el mundo laboral, debemos remitirnos a la 87ª Conferencia Internacional de la OIT, de 1999, donde se aprobó la Memoria del Director General, Sr. Juan Somalia, titulada "Trabajo Decente para todos", este constituye el primer documento en el que la OIT hace referencia al Trabajo Decente.

El Director General hace una referencia especial a la necesidad de crear empleo de calidad. Ello en clara alusión a quienes han criticado las normas laborales bajo el argumento de que entorpecen la creación de empleo y que son una traba para el desarrollo de la economía. En este sentido, se señala claramente que *"No se trata simplemente de crear puestos de trabajo, sino que han de ser de una calidad aceptable. No cabe dissociar la cantidad del empleo de su calidad"*.

Este énfasis resulta necesario particularmente en América Latina y el Caribe donde la mayor parte de los nuevos empleos creados a partir de las reformas laborales corresponden a las pequeñas empresas y la economía informal, lo que significa que se trata de empleos en malas condiciones laborales, improductivos, no remunerados adecuadamente y que en muchos casos no están reconocidos o protegidos por la ley.

De la definición podemos establecer claramente los cuatro componentes del Trabajo Decente:

a.- Promoción de los derechos fundamentales en el trabajo

Conforme señaláramos precedentemente, uno de los hechos más sobresalientes del siglo XX ha sido la promoción de los derechos humanos. Para la OIT las prioridades en este ámbito son:

Promover la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998; Intensificar la lucha contra el trabajo infantil; y renovará sus actividades para la ratificación de las normas internacionales de trabajo.

b.- El empleo

La creación de empleo es una función primordial de la OIT. Sin un empleo productivo resulta imposible alcanzar los objetivos de un nivel de vida digno, del desarrollo social y económico. Sin embargo, ello no debe servir para señalar que lo esencial es el crecimiento y la flexibilidad del mercado de trabajo, como condicionantes del crecimiento del empleo. La OIT promueve el crecimiento del empleo en el marco de la competencia y las calificaciones de las personas.

c.- La protección social

Debido al proceso de envejecimiento que sufre la población mundial son varios los países que han iniciado un proceso de reforma de los sistemas de protección social. Aparecen nuevos factores a los cuales deben hacer

frente los sistemas de seguridad social, como, por ejemplo: el gran número de cabezas de familia de sexo femenino, una pobreza más extendida, el incremento de trabajadores autónomos y una mayor movilidad laboral. Ello trae como consecuencia que establezcan como tareas: la revisión de los sistemas nacionales de protección social y la creación de mayor cobertura de la protección social.

d.- El diálogo social

La OIT como organización tripartita en la que conviven representantes de los estados, trabajadores y empleadores es una muestra clara de la posibilidad de llegar a acuerdos satisfactorios mediante el diálogo. En este sentido, ha manifestado el convencimiento de que se consigue la solución óptima por medio del diálogo social, en sus múltiples formas y niveles, desde la cooperación y las consultas tripartitas a nivel nacional hasta la negociación colectiva en la propia empresa. El diálogo permite que los interlocutores sociales se pueden fortalecer, además, contribuye a la democratización de los gobiernos, lo cual genera una estabilidad social y económica duraderas.

La negociación colectiva, como parte integrante de la libertad sindical, tiene la función de armonizar los intereses entre trabajadores y empleadores, y por tanto constituye un elemento clave en el diálogo social.

Para garantizar el ejercicio de la negociación colectiva es indispensable respetar el principio de la libertad sindical y de asociación, y permitir el ejercicio del derecho de huelga. La descentralización productiva a los contingentes laborales que antes estaban concentrados y, por ello, viene reforzando la posición de los empleadores. Por lo que resulta necesario que el estado fomente la negociación colectiva en la medida que ello fortalecerá a los sindicatos y permitirá generar canales de solución pacífica a las controversias sociales.

Con miras a generar un diálogo social provechoso, las organizaciones de empleadores y de trabajadores necesitan modernizarse en el plano orgánico, así como estar dispuestos a ceder dentro del proceso de negociación.

El derecho de libertad sindical encuentra, por tanto, una doble referencia en la definición de trabajo decente, pues además de estar comprendido como uno de los derechos fundamentales, también está reconocido como parte del diálogo social. Consideramos importante resaltar esta característica pues denota la trascendencia que tiene este derecho en el ámbito de las relaciones laborales. (Barreda Mazuelos, Agosto 2010).

2.7 LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y EL DERECHO AL BIENESTAR

La negociación colectiva tiene como una de sus finalidades brindar bienestar laboral, económico, familiar y social al trabajador como al empleador, resumido esto en el llamado derecho al bienestar, dicha materia en lo específico se encuentra prevista en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú de 1993.

Desde una perspectiva histórica su génesis se remonta a finales de la década de los 60 del siglo pasado, cuando la Organización de Naciones Unidas (ONU) observó y cuestionó la contradicción supina entre el pleno bienestar de una parte ínfima de la población mundial y aquella otra inmensamente mayoritaria agobiada por los azotes de la penuria y el infortunio. Por ende, se planteó la necesidad de procurar la mejora de la calidad de vida de los más pobres y desposeídos.

El derecho al bienestar, plantea el atributo de aspirar y acceder a la satisfacción de las necesidades materiales indispensables para una existencia digna y compatible con la condición humana (vivienda, vestido, alimentación, etc.). Asimismo, alejado de situaciones convivenciales perturbadas por la brutalidad.

Asimismo, debe tener presente que todo ser humano tiene la potestad de alcanzar una vida libre y digna dentro de la comunidad. Por ende, puede pretender una existencia cualitativa y cuantitativa mejor. En suma, esto implica que tanto el Estado como los particulares tienen la responsabilidad conjunta de

crear las condiciones para que el ser humano mejore su condición económica, social, cultural, etc.

Mediante el derecho al bienestar se alcanza plenitud de vida, ya que esta no solo consiste en el mero existir.

Ahora bien, en los párrafos precedentes se ha desarrollado el derecho a la negociación colectiva, su evolución histórica y legislación comparada con otros países de Latinoamérica; sin embargo, es importante señalar a manera de conclusión que existe una clara diferencia entre la negociación colectiva del sector privado y sector público, siendo un gran error el otorgar la misma tratativa para ambas negociaciones.

En efecto, como se ha indicado en el sector privado la rentabilidad que puede generar en un año fiscal se trasluce en el margen de utilidad neta que tiene como resultado, lo cual le permite tener un mayor margen o posibilidad de negociación.

Por su parte, en el sector público dicha figura no se presenta, toda vez que la rentabilidad que genera una institución o empresa estatal, no se trasluce en su propia utilidad neta, sino que tiene que derivarse al tesoro público, lo cual no permite tener margen o posibilidad de negociación.

En ese sentido, se postula que cada negociación al tener sus propias características no resulta viable que tengan la misma tratativa; como sabemos la negociación colectiva en el sector privado tiene un procedimiento regulado por la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su reglamento, procedimiento que en dicho sector ha funcionado. Sin embargo, en el sector público sería necesario establecer un nuevo procedimiento tomando en consideración las limitaciones que tiene el Estado en virtud al presupuesto público; esto no quiere decir, que se deba prohibir el aumento económico mediante la negociación colectiva, sino que el procedimiento especial que se debe crear contemple dicha posibilidad de aumentos económicos pero observando el principio de equilibrio presupuestal.

CAPÍTULO III

SOLUCIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: EL ARBITRAJE ECONÓMICO LABORAL

3.1 EL ARBITRAJE ECONÓMICO

Para (Castillo Freyre), los conflictos colectivos económicos se expresan, y deben encontrar su solución natural, en la negociación colectiva. Esta es un proceso de intercambio entre los empleadores y los trabajadores, en el que no sólo la

consistencia de las posiciones de las partes sino, también -y a veces de una manera determinante - la fuerza de los protagonistas cumple un rol importante.

En la negociación colectiva se patentiza la divergencia de intereses que caracteriza las relaciones entre empresarios y trabajadores, por lo que la solución del conflicto debe encontrarse en la misma negociación, mediante el acuerdo de las partes o, de no ser posible este, acudiendo a otros procedimientos, que deben ser respetuosos del principio de autonomía colectiva, esto es del derecho de las partes sociales a regular sus propias relaciones sin la intervención del Estado (Castillo Freyre, 2004, pág. 59).

En esa misma línea, el Derecho del Trabajo admite dos formas de solución de los conflictos en materia económica:

- La autocomposición, mediante el cual son las mismas partes quienes directamente arreglan el conflicto.
- La heterocomposición, mediante el cual un tercero ajeno a las partes es quien arregla el conflicto, pudiendo distinguirse a su vez entre los procedimientos obligatorios y los voluntarios, según que la intervención del tercero se produzca por disposición de la ley o por acuerdo de. Para contribuir a la solución del conflicto, existe un elenco de procedimientos que la praxis social ha legitimado y que las normas internacionales y los ordenamientos nacionales fomentan. Estos son, básicamente, la conciliación, la mediación y el arbitraje, los cuales obedecen al propósito de que los conflictos laborales no se mantengan abiertos durante largos períodos, afectando la paz social, y, asimismo, que las partes de las controversias satisfagan, cuando menos de forma parcial, sus pretensiones.

La conciliación y la mediación puede ser considerado como lo mismo, mecanismos de autocomposición de conflictos; sin embargo, ambos procesos

guardan diferencias que deben tenerse en cuenta para saber lo que se puede obtener al recurrir por alguno de ellos.

En la mediación las partes alcanzan un acuerdo mediante la ayuda de un tercero, intervención que busca desarrollar la negociación coadyuvando a las partes a generar alternativas de solución, pero sin que brindar alguna recomendación que interfiera o vicie la decisión de las partes.

Asimismo, la conciliación también un tercero ayuda a que las partes lleguen a un acuerdo; sin embargo, en este mecanismo el conciliador propone soluciones las cuales podrán ser aceptadas o no, por las partes involucradas.

Por su parte, la conciliación y la mediación son diferentes al arbitraje, siendo este un típico mecanismo de heterocomposición del conflicto, en dichos mecanismos las partes someten referéndum de un tercero (ajeno y neutral) la decisión de la controversia. En este caso, la decisión adoptada por el árbitro deberá ser aceptado por las partes involucrada, obligadas a acatar su laudo. Desde esta perspectiva, el arbitraje es concebido como un mecanismo de "solución", definitiva del conflicto laboral, dentro de la concepción de que este debe ser resuelto y no permanecer abierto, por ser ello contrario a la paz social.

En materia laboral, aplicando categorías comunes a otras ramas del Derecho, pueden identificarse tres clases de arbitraje: el voluntario o facultativo, el obligatorio y el potestativo.

i. El arbitraje voluntario:

El arbitraje voluntario queda definido como un arbitraje en el cual las partes en conflicto aceptan la solución que imponga el árbitro, sea cual sea dicha decisión.

Tiene como génesis el común acuerdo voluntarios de las partes de someter la controversia a la decisión de un tercero. Su legitimidad

radica básicamente en la manifestación de voluntad de las partes involucradas, invistiendo al tercero o terceros de la potestad de dirimir el conflicto, decisión vinculante y obligatoria para las partes.

ii. El arbitraje obligatorio:

Aquel que se realiza sin existencia de voluntad de la partes, incluso contra ésta, toda vez que ocurrido es desacuerdo definitivo sin posibilidad de solución de manera autocompositiva, el conflicto es sometido al arbitraje con solo la decisión o voluntad de una de las partes; este tipo de arbitraje que a todas luces ataca su naturaleza voluntaria, obedece a la idea de que el Estado debe intervenir en aquellos casos en los cuales las propias partes no lleguen a un arreglo armonioso, tal como es el caso de los conflictos laborales, con la finalidad de garantizar la paz social.

No obstante, el arbitraje obligatorio es considerado contrario al Convenio 98 de la OIT, considerando que el arbitraje obligatorio solo es admisible respecto de los conflictos laborales en el marco de los servicios esenciales, que por obvias razones no pueden derivarse en la etapa de huelga.

iii. El arbitraje potestativo:

El arbitraje potestativo vio la luz en el año 2009, en virtud a la STC N° 03561-2009-PA/TC (Caso Portuarios), en dicho pronunciamiento el Tribunal Constitucional creo este nuevo tipo de arbitraje, al cual llamó “arbitraje potestativo”; es menester recordar que el TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-2013-TR (LRCT), solo regulaba dos clases de arbitraje: i) el voluntario, mediante el cual las partes deciden, de común acuerdo, someter la controversia a un tercero designado (artículo 61); y, ii) el obligatorio, que es el impuesto a las partes por el Estado,

debiendo aquellas acudir necesariamente a un tercero para la resolución de un conflicto (artículo 68).

Entonces, el arbitraje laboral “potestativo” -llamado también unilateral o voluntario vinculante- que tiene un reconocimiento a nivel constitucional y jurisprudencial, según la interpretación del Tribunal Constitucional, es definido como aquel mecanismo extrajudicial mediante el cual, en función de una prerrogativa normativa (artículos 61, 62 y 63 de la LRCT) e inspirada en la jurisprudencia constitucional (STC Nos. 03561-2009-PA/TC, 2566-2012-PA/TC, 3243-2012-PA/TC y 3361-2013-PA/TC)–, “las partes se encuentran facultadas para someter la solución del conflicto a la decisión de un tercero, ajeno a ellas, con competencia para resolverlo a través de un laudo o fallo arbitral; quedando obligada la otra parte a dicho sometimiento y decisión” (STC N° 03561-2009-AA/TC).

3.2 LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE ECONÓMICO

La doctrina laboral tiene conceptos divergentes sobre los conflictos laborales de carácter jurídico, de aquellos de carácter económico. Conflicto jurídico o de derecho: Es aquella controversia que se origina en la aplicación o interpretación de una norma preexistente (ley, contrato, estatutos, convención colectiva, pacto colectivo) y que naturalmente debe ser decidido por la autoridad competente (generalmente los jueces del trabajo). Conflicto económico o de intereses: Es un conflicto para modificar un derecho existente o para crear uno nuevo, por parte de los protagonistas de la relación laboral a través del principio de la autocomposición de sus intereses.

i.El arbitramento como función jurisdiccional:

La mayoría de los tratadistas de derecho procesal consideran al arbitraje en su naturaleza como un acto de la función jurisdiccional, por lo cual se denomina esta teoría como la de los procesalistas.

Al respecto Francesco Carnelutti, sostiene que no existen diferencias de fondo entre el árbitro y el juez ordinario, pues al efectuar una comparación entre ellos, ambos ejercen las mismas funciones, es decir, de jueces y además tienen el mismo poder de competencia, respecto de la cual la única diferencia puede encontrarse en la naturaleza de la controversia por decidir. Afirma que unos y otros se distinguen en cuanto el árbitro es elegido por las partes, mientras que el juez no, pero que este hecho poco importa, en cambio sí importa y mucho que se tenga en cuenta que es la Ley la que otorga ese poder jurisdiccional, que lo confiere a base del compromiso. Agrega que la autoridad del árbitro deriva, no de la voluntad de las partes, sino de la voluntad del Estado y que la que la fuente del poder jurisdiccional es en sí misma, la Ley, tanto para los árbitros como para los jueces, la única diferencia radica en la forma de elección del órgano. Concluye que el arbitraje es por naturaleza un acto de la función jurisdiccional, de la misma manera que el realizado por los jueces del Estado y que los árbitros son verdaderos jueces cuando pueden pronunciar la sentencia por sí mismos (Carnelutti, 1952).

Comparte también esta teoría el profesor (Rocco) quien expresa que el ejercicio de la función jurisdiccional corresponde naturalmente a los órganos del Estado, pero que ello no obsta, para que dado cierto supuesto, como cuando una norma de derecho objetivo lo permite expresamente, pueda un particular actuar como órgano jurisdiccional del Estado y uno de estos eventos es el arbitraje en donde el Estado otorga a los particulares, sin despojarse de su calidad, la facultad de ejercer una función pública, siempre y cuando se cumplan las condiciones previstas en la Ley y exista el hecho jurídico fundamental del compromiso. Agrega más adelante que la facultad conferida a los árbitros de actuar como órganos del Estado, deriva solamente de la Ley y no de la voluntad de las partes, porque ellas no pueden otorgarles un poder jurisdiccional que no tienen o sea el derecho de jurisdicción; la voluntad de las partes expresada mediante el compromiso únicamente produce entre ellas efectos jurídicos privados, los efectos de derecho público, como el otorgamiento de poderes jurisdiccionales a los árbitros no derivan de la voluntad de las partes, sino de la Ley, las partes suministran el modo para que se produzcan tales efectos jurídicos.

Finalmente sostiene que así como en el compromiso existen dos clases de relaciones jurídicas distintas una de derecho privado entre las partes y otra de derecho público entre los árbitros y el Estado, también se dan dos clases de efectos jurídicos: unos privados, o sea los derechos y obligaciones entre las partes de comprometer en árbitros y otros públicos, cuando el Estado por medio de la ley confiere a los árbitros poderes jurisdiccionales y concluye afirmando que los árbitros desempeñan funciones públicas jurisdiccionales (Rocco, 1944, págs. 88 - 89).

Dentro de esta tendencia se encuentra el doctor Hernando Morales Molina, quien define el arbitraje como "La jurisdicción que con el compromiso es conferida a los árbitros". Fundamenta su teoría diciendo "El arbitramento disciplinado por las normas del derecho procesal es esencialmente un instituto jurisdiccional, su carácter excepcional y complementario frente al normal desarrollo de la jurisdicción civil, no puede inducir a considerarlo como institución que pueda encontrar sitio en el campo del derecho privado (Rocco, 1944, pág. 57).

En contra de esta teoría se ha manifestado el ilustre tratadista José Chiovenda quien expresa, que en el arbitraje la función de los árbitros no es un acto jurisdiccional al igual que la función del juez ordinario, en los siguientes términos: *"La opinión sostenida por algunos escritores y dominantes en la jurisprudencia, que atribuye al arbitraje carácter jurisdiccional me parece profundamente equivocada. Basta observar que el carácter jurisdiccional debería aparecer durante el arbitraje, pero es justamente durante el arbitraje cuando la naturaleza meramente privada de la actividad arbitral se manifiesta en la falta de todo poder"*.

Considera que con el compromiso, mediante el cual las partes renuncian a las autoridades ordinarias, se detiene el poder de la jurisdicción y que aunque el proceso arbitral se asemeja al proceso ordinario en cuanto tiene por objeto la resolución del diferendo por persona ajena al mismo, en aquel el árbitro no es un órgano del Estado, no tiene jurisdicción propia, ni delegada, no actúa la Ley y tampoco la ejecuta, simplemente sus facultades derivan de la voluntad de las partes (Chiovenda, 1936, pág. 83).

ii. Naturaleza contractual del arbitraje:

Predica esta tesis que el arbitramento es de naturaleza contractual por cuanto las partes mediante un acuerdo, deciden someter la solución de sus controversias al juicio de árbitros.

Así para José Chiovenda, *"Cuando el arbitraje se basa en un compromiso de las partes, adquiere el carácter de institución jurídica privada y la sentencia arbitral a la que las partes declaran de antemano someterse o que voluntariamente aceptan, no es más que un contrato cuyas condiciones han sido determinadas por un tercero con el consentimiento de las partes, ello vale para el arbitraje voluntario"* (Chiovenda, 1936, pág. 116).

Comparte esta teoría Manuel Alonso García, al afirmar que en el arbitramento voluntario la obligatoriedad del laudo arbitral, depende únicamente de la fuerza interna que conlleva la decisión y no por el hecho de ser el árbitro quien la dicte y agrega:

"Dicha fuerza interna no tiene fundamento en el carácter del órgano que la dicte, como ocurre en la sentencia del juez, sino en la adhesión que las partes le han prestado de antemano, es decir en el compromiso, en virtud del cual las partes han decidido someter sus diferencias a la decisión arbitral antes de conocerla, de modo que cualquiera que esta sea, siempre que se mueva dentro de los límites del compromiso citado, se impondrá obligatoriamente. La voluntad de los sujetos sigue aquí jugando un papel importante. Su influencia, no obstante, termina en el mismo momento en que el compromiso ha sido formulado. Bien puede decirse, según esto, que el arbitraje se caracteriza por la existencia de un tercero que decide, decisión que se impone, y compromiso de las partes que condiciona de antemano los límites de la decisión y crea para ellos la obligación de someterse a aquélla" (Chiovenda, 1936, págs. 238 - 239).

3.3 LA NATURALEZA VOLUNTARIA DEL ARBITRAJE

El convenio colectivo es una institución autónoma de carácter excepcional, por lo que resulta evidente el arbitraje económico es una institución similar que se gobierna por sus propias normas y procedimientos especiales.

El arbitraje económico significa el ejercicio de un derecho que ha sido delegado por los interesados a terceros (árbitros), para que sean estos los que resuelvan el conflicto existente o aquellos que puedan derivarse de una relación jurídica patrimonial. Los titulares del derecho delegado para su resolución renuncian a la vía ordinaria que ofrece el Estado, decidiendo por la vía autónoma del arbitraje.

De igual manera, las partes suscriben un convenio arbitral que tiene presencia y vida propia independiente del contrato que lo contiene. Este pacto da origen al principio denominado de Separabilidad del Convenio Arbitral que establece que convenio arbitral es un contrato independiente.

El arbitraje exige a las partes que expresen su deseo de manera cierta e indubitable. En este aspecto, la validez del convenio arbitral está condicionada a la existencia de un acuerdo entre las partes (que debe ser escrito) ya que no hay posibilidad de realizar presunciones ni interpretaciones sobre una voluntad que no ha sido puesta en conocimiento de manera cierta y expresa, escenario que no se observa en el arbitraje potestativo.

Es así que, la llamada competencia arbitral surge por el acuerdo entre particulares y su voluntad clara e indubitable de renunciar al sistema de justicia ordinario, excepción al principio de la unicidad y exclusividad de la función jurisdiccional establecida en el artículo 139° de la Constitución Política del Perú

En ese camino, el arbitraje importa la renuncia expresa al ejercicio de un derecho sustantivo, esto es, al de recibir tutela judicial efectiva a través de la jurisdicción ordinaria o común que proporciona el Poder Judicial.

En relación a su regulación, el arbitraje posee su base en el Decreto Legislativo N° 1071, cuyos artículos 1° al 9° contiene las disposiciones generales bajo las cuales de rige la presente institución. Sin embargo, dicha norma no posee la definición legal de arbitraje, dejando abierta la posibilidad a la doctrina o jurisprudencia para definir el arbitraje.

El artículo 4° del Decreto Legislativo N° 1071 hace referencia a aquella materia objeto de arbitraje y aquellas que no pueden promoverse. En ese sentido, pueden ser materia arbitral:

1. Para los efectos de este Decreto Legislativo, la referencia a Estado Peruano comprende el Gobierno Nacional, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y sus respectivas dependencias, así como las personas jurídicas de derecho público, las empresas estatales de derecho público, de derecho privado o de economía mixta y las personas jurídicas de derecho privado que ejerzan función estatal por ley, delegación, concesión o autorización del Estado.
2. Las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados entre estas entidades estatales pueden someterse también a arbitraje nacional.
3. El Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros domiciliados en el país.
4. El Estado puede también someter a arbitraje internacional, dentro o fuera del país, las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros no domiciliados en el país.
5. En caso de actividades financieras, el arbitraje podrá desarrollarse dentro o fuera del país, inclusive con extranjeros domiciliados en el país.

3.4 LA EQUIDAD FRENTE A LOS FALLOS EN CONFLICTO LABORALES DE CARÁCTER ECONÓMICO

En una conferencia en el Primer Seminario de Derecho Laboral realizado en la Universidad Externado de Colombia, (Montenegro Bacca), manifestó:

"La equidad es la adaptación de la ley a la realidad, una corrección de la generalidad de la ley, esto es, una justicia mayor que la legal, porque esta, dada su generalidad, no puede adecuarse a todos los casos posibilidades"
(Montenegro Bacca, 1977, pág. 172).

El autor distingue entre la equidad *latu sensu* y la *strictu sensu*. La primera "se confunde con los principios fundamentales del derecho y la justicia". La segunda "está constituida por esos mismos fundamentos de derecho y de justicia, en cuanto opera en la solución del caso concreto y del caso singular, sin sumisión al rigorismo del texto frío de la norma jurídica, sino más bien con sentido más humano y ético atenuando su rigor, sus imperfecciones y sus lagunas".

(Montenegro Bacca), concluye que la equidad se puede presentar de tres maneras frente a la ley:

- i. *Secundum legem* (dentro de la ley);
- ii. *Praeter legem* (mas allá de la ley), y
- iii. *Contra legem* (contra la ley).

En el derecho individual del trabajo se aplica la equidad *secundum legem* y *praeter legem*, pero no *contra legem*, puesto que el juez en este último caso se convertiría en legislador. Según el autor, en la equidad *contra legem*, que se da en las reclamaciones colectivas de trabajo, puede ocurrir la colisión entre la equidad y la ley escrita. Montenegro (1977) señala que - por ejemplo - en el sistema laboral colombiano, por efectos de la delimitación de la competencia de los árbitros, y por estar sometido expresamente el laudo a la ley y a la Constitución

Política, la equidad contra legem no puede presentarse. Sobre el tema mencionado agrega dicho autor:

“La equidad en el derecho moderno sirve de criterio para la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, temperando el rigor de la ley. Sirve para integrar el derecho con la creación de nuevas normas jurídicas. “El derecho laboral, frente a las vastísimas y profundas transformaciones que apareja la cuestión social, busca regular esas mutaciones aceleradas y múltiples creando nuevas regulaciones sociales «sub specia iuris», esto es, creando nuevas normas jurídicas; esto se ve en forma robusta en las relaciones colectivas laborales a través de la negociación colectiva, de la convención colectiva o de los laudos expedidos por la jurisdicción del trabajo, tornándose en living law (ley viva)” (Montenegro Bacca, 1977, pág. 172).

El arbitraje en equidad es una institución procesal de gran auge actualmente, como lo son todos los mecanismos alternativos de resolución de conflictos. A través del se resuelven disputas concretas, por lo que en la doctrina se habla de un derecho vivo, en contraposición con el legislador, de una pauta de juicio para discernir el carácter justo o no de una regla de derecho y como poder complementario del mismo. (Gamboa Morales, 2003, pág. 12)

En ese sentido, resulta importante señalar que no existe rivalidad entre norma y justicio o derecho y equidad, toda vez que la legislación es la máxima presión de la justicia general; por su parte, la equidad es el ajuste de esta a las particularidades del caso, ya que el culto irrestricto por la ley escrita no toma en consideración un conjunto más complejo de circunstancias de la realidad que logran una decisión donde la igualdad sea más efectiva que formal.

3.5 EL ARBITRAJE OBLIGATORIO Y EL ARBITRAJE POTESTATIVO

El arbitraje obligatorio.-

Como su nombre lo indica este tipo de arbitraje, difiere del voluntario detallado desarrollado en líneas anteriores, en esencia, por la nota distintiva de su obligatoriedad y se dice entonces, que es aquel en que la decisión de someterse al arbitraje, no depende de la voluntad de las partes en conflicto, sino que por el contrario, es el Estado quien impone a las partes la obligación de acudir al procedimiento arbitral como medio de solución.

Aunado a ello, es importante reiterar que el arbitraje obligatorio es considerado contrario al Convenio 98 de la OIT, considerando que el arbitraje obligatorio solo es admisible respecto de los conflictos laborales en el marco de los servicios esenciales, que por obvias razones no pueden derivarse en la etapa de huelga.

Sobre el particular, el profesor (Despotin) afirma que el arbitraje obligatorio *“responde a la tendencia de la moderna legislación del trabajo en los países de gran desarrollo industrial y se conforma con la modalidad de que la huelga debe ser considerada como una verdadera amenaza a la tranquilidad social, y así como en el orden de la higiene de la colectividad, el Estado deja a un lado escrúpulos institucionales o doctrinarios sobre la libertad individual en obsequio del bien de todos, ordenando vacunaciones preventivas, etc., así también en un conflicto de esta naturaleza se impone una legislación enérgica, que en breve termino imponga la solución obligatoria para las partes, por intermedio de organismos especialmente creados con este propósito”* (Despotin, 1947, pág. 380).

El arbitraje voluntario.-

El arbitraje voluntario se ha definido como *“toda decisión dictada por un tercero, con autoridad para ello, en una cuestión o en un asunto que las partes, por intereses divergentes, han sometido a su decisión”* (Despotin, 1947, pág. 525).

Al respecto, se considera como arbitraje voluntario aquel que se basa en la voluntad de la partes de someterse a un procedimiento arbitral.

Resulta importante señalar que, el arbitraje voluntario ha ido cobrando protagonismo en los últimos años con respecto a los conflictos derivados de los convenios colectivos, más aun cuando son las propias partes involucradas quienes ven la necesidad de someter la discusión a decisión un organismo arbitral.

En el Perú, el TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el D.S. N° 010-2003-TR, establece lo siguiente:

“Artículo 61.- Si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, podrán las partes someter el diferendo a arbitraje.”

Si bien es cierto, la citada norma no señala y define expresamente el arbitraje voluntario, algunos tratadistas interpretaban dicho artículo como un acto voluntario de las partes, toda vez que del propio texto se podía desprender que si las partes no llegan a un acuerdo entre en la etapa de trato directo y conciliación, podrán someter el diferendo arbitral; esto quiere decir, que son ambas partes que voluntariamente deben someter a arbitraje la solución de la controversia en virtud a la presentación del pliego de reclamos.

No obstante, la interpretación del artículo 61 del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo que postulaba la voluntariedad del arbitraje, fue aclarada por el Tribunal Constitucional, en la Resolución Aclaratoria de la Sentencia recaída en el Expediente 03561-2009-PA/TC, no dudó en señalar que el arbitraje del artículo 61 es uno de tipo potestativo.

El arbitraje obligatorio y el arbitraje potestativo.-

En esencia, el arbitraje es un procedimiento por el cual los adversarios aceptan transigir en vez de enfrentarse abiertamente. Así pues, por

definición, se trata de un modo de reducir el uso de la fuerza por las partes, con lo cual se estimula a cada una de ellas a tomar en consideración ciertas soluciones que no aceptarían normalmente. Aunque el hecho de recurrir a la acción directa no garantice en absoluto la satisfacción de las demandas que originaron el conflicto laboral, a veces parece más lógico o comprensible no efectuar las concesiones hasta después de la huelga. Ahora bien, semejante modo de actuar no suele ser posible con el sistema de arbitraje obligatorio, dado que supone la imposición de un derecho de huelga restringido.

Tal es fundamentalmente la razón por la cual se estima a menudo que el arbitraje obligatorio es incompatible con la libre negociación colectiva. Desde un punto de vista más práctico, muchos especialistas del arbitraje en los conflictos de intereses opinan que hay más posibilidades de llegar a una solución constructiva y aceptable de un conflicto cuando las partes deciden someterse libremente al arbitraje que cuando están obligadas a ello.

No siempre es posible fundar la distinción entre el arbitraje voluntario y el obligatorio en una simple comparación de dos soluciones bien definidas y radicalmente opuestas. En ambas formas de arbitraje puede haber diversos grados de libertad de elección o de obligatoriedad.

Por ejemplo, el arbitraje puede ser obligatorio en función de la índole del caso, si el gobierno está facultado para ordenar un arbitraje en ciertos conflictos, con objeto de impedir consecuencias particularmente nocivas. Según este sistema, si el gobierno no decide actuar en un caso preciso, las partes tienen plena libertad para proceder como mejor les parezca, recurriendo incluso a la huelga.

En los sistemas de carácter voluntario, para que un conflicto llegue a la fase del arbitraje debe existir un acuerdo entre las partes en el sentido de autorizar a un tercero a zanjar su disputa. A esto se lo denomina a veces acuerdo de arbitraje, y en él se suelen especificar los asuntos que habrán de someterse a arbitraje, así como los pormenores del procedimiento pertinente para iniciarlo y designar a un árbitro. Las partes con implicación directa no

siempre habrán establecido en forma previa semejante acuerdo entre ellas, pero el hecho de que no hayan firmado un acuerdo para que intervenga un árbitro no significa que tengan automáticamente la facultad de organizar una huelga o un cierre patronal.

En efecto, puede haber un acuerdo de larga duración entre una federación sindical y una organización patronal de un nivel más alto, por el cual deban someterse a arbitraje todos los conflictos pendientes. Ese acuerdo obligara a todos los miembros y afiliados de dichas organizaciones, incluidos los distintos empleadores o sindicatos implicados en un conflicto. En tal caso, aunque las partes no deseen zanjar su disputa mediante el arbitraje, puede decirse que el procedimiento tiene un carácter esencialmente voluntario, por estar establecido el arbitraje en un acuerdo entre organizaciones en las que están integradas.

Un acuerdo de larga duración de ese tipo puede situarse al margen de los convenios colectivos vigentes y, si solo es valedero para un periodo de tiempo limitado, será también renovable o rescindible en forma periódica. Ciertos países en los que existen acuerdos semejantes (por ejemplo, los países escandinavos y Suiza) tienen un largo historial de paz laboral. En los últimos años se han establecido acuerdos similares en la industria del acero del Canadá y de los Estados Unidos de América. En el denominado Acuerdo experimental de negociación, el sindicato y los empresarios del ramo convinieron en someter todos los conflictos posibles a un arbitraje obligatorio, al expirar el convenio colectivo vigente, renunciando a la huelga y al cierre patronal.

En la práctica, a los empleadores o a los trabajadores les resulta a menudo más fácil aceptar el arbitraje obligatorio cuando les consta su escasa fuerza para negociar, en comparación con la de sus antagonistas. En tales casos, el arbitraje puede favorecer a la parte más débil. Pero los motivos tácticos de los sindicatos que aceptan un arbitraje impuesto no deben confundirse con su actitud fundamental ante él.

El arbitraje voluntario cuenta con un apoyo claro en la mayoría de los países, incluidos aquellos cuyo gobierno ha calificado su intervención como provisional, aun manteniendo en cierto grado el arbitraje obligatorio. En las normas internacionales sobre el particular se expresa también el principio del acatamiento tripartito de los procedimientos arbitrales de carácter voluntario, y es muy significativo que en el título de la única de esas normas que se refiere directamente a la conciliación y el arbitraje figure la palabra voluntarios.

Finalmente, se debe tener en cuenta que si un conflicto ha sido sometido al arbitraje, con el consentimiento de todas las partes interesadas, para su solución final, debería estimularse a las partes para que se abstengan de recurrir a huelgas y a *lockouts* mientras dure el procedimiento de arbitraje y para que acepten el laudo arbitral.

Cabe señalar asimismo que el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT ha estimado que la prohibición general de las huelgas (que normalmente está unida al arbitraje obligatorio general) es incompatible con los principios de libertad de asociación enunciados en el Convenio sobre la Libertad Sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (número 87). En cambio, no se ha estimado que sea incompatible con esos principios una prohibición semejante, referida al servicio público o a los servicios esenciales (*stricto sensu*), acompañada de un arbitraje imparcial.

En conclusión, se observa que el arbitraje ha pasado de ser la etapa final de la negociación colectiva o último mecanismo para la solución de la controversia negocial, al único mecanismo utilizado por la partes para resolver sus diferencias en torno al pliego de reclamos que inicio la negociación.

Tal situación no se presenta de manera marcada en la negociación colectiva del sector privado, ya que como se ha indicado este sector no posee las limitaciones que posee el sector público, siendo más viable la posibilidad de solucionar la controversia en las etapas de trato directo o conciliación, sin recurrir a la etapa final del arbitraje; situación que no se presenta en el sector público.

En efecto, el terreno de los hechos se ha visto que es una práctica habitual que las organizaciones sindicales del sector público realicen las etapas de trato

directo y negociación como simples actos protocolarios, toda vez que su finalidad es llegar al arbitraje para que un Tribunal Arbitral ampare su propuesta económica; es decir, se desnaturaliza la institución de la negociación colectiva, toda vez que no son las partes quienes arriban a un acuerdo sino que tienen que esperar que un tercero lo haga.

CAPÍTULO IV EL PRESUPUESTO PÚBLICO

4.1 DEFINICIÓN DE PRESUPUESTO PÚBLICO

El presupuesto constituye una herramienta que le permite a la entidad pública cumplir con la producción de bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades de la población de conformidad con el rol asignado al Estado en la economía.

En este contexto, el presupuesto público moderno tiene dos elementos fundamentales: i) relacionado con los objetivos y los resultados esperados y, ii) con la programación y asignación de los recursos necesarios para el cumplimiento de dichos objetivos.

Esta relación con lo objetivo y asignación de los recursos, es la que le da sentido al presupuesto, de lo contrario, sólo sería un listado de compras del gobierno a realizar en un ejercicio financiero.

El presupuesto público es uno de los principales instrumentos del Plan Operativo Anual (POAN), en el cual se asignan los recursos financieros para el cumplimiento de los objetivos y metas establecidos por el gobierno. (Paredes, pág. 37).

El presupuesto público es un instrumento de gestión del Estado mediante el cual se asignan recursos públicos sobre la base de una priorización de las necesidades de la población, a través de la prestación de servicios y logro de metas de cobertura con equidad, eficacia y eficiencia por las Entidades Públicas; así también, establece los límites de gastos durante el año fiscal, por cada una de las Entidades del Sector Público y los ingresos que los financian, acorde con la disponibilidad de los Fondos Públicos, a fin de mantener el equilibrio fiscal, y en función de las prioridades, objetivos y metas del Estado. (El Presupuesto Público)

(Romero Romero) define al presupuesto público “como una herramienta de carácter financiero, económico y social que permite a la autoridad estatal planear, programar y proyectar los ingresos y gastos públicos en un periodo fiscal, a fin de que lo programado o proyectado en materia presupuestal sea lo más cercado a la ejecución” y que “debe estar orientado a atender las necesidades básicas de la comunidad establecidas como fines esenciales del Estado y dar cumplimiento a los planes y programas de desarrollo económico y social y de inversión pública que se proponga la administración”

Para (Barrantes), el presupuesto público se divide en dos grandes componentes, “el primero, atiende al objetivo de eficiencia en la asignación de recurso, es decir, a la necesidad de proveer el nivel de bienes públicos deseados por la sociedad y expresados en el acuerdo político vigente y el segundo, es redistribuido y atiende a consideraciones de equidad cuando se financia la provisión de bienes públicos a aquellos que no tributan”

Entonces el presupuesto es la representación cuantitativa de los principios, objetivos y metas de un gobierno. Es en el presupuesto público en donde las políticas y los compromisos gubernamentales se cristalizan en decisiones de las prioridades en materia de la prestación de servicios como salud, educación, o de los programas sociales para superar la pobreza u otros para construir infraestructura vial o productiva.

Es así también, como lo define el artículo 8° de la Ley General del Sistema Nacional del Presupuesto – Ley N° 28411, que señala lo siguiente:

“8.1 El Presupuesto constituye el instrumento de gestión del Estado que permite a las entidades lograr sus objetivos y metas contenidas en su Plan Operativo Institucional (POI).

Asimismo, es la expresión cuantificada, conjunta y sistemática de los gastos a atender durante el año fiscal, por cada una de las Entidades que forman parte del Sector Público y refleja los ingresos que financian dichos gastos.”

Por otro lado, en el segundo párrafo del artículo 8° de la Ley General del Sistema Nacional del Presupuesto – Ley N° 28411, se establece la conformación por el ámbito de presupuestos:

“(...) por el ámbito de aprobación de los Presupuestos, éstos están conformados por la Ley de Presupuesto del Sector Público, los Presupuestos de los Gobiernos Regionales, los Presupuestos de los Gobiernos Locales y el Presupuesto del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado - FONAFE y sus empresas, (...).”

Ahora bien, el presupuesto público se encuentra a cargo del Sistema Nacional de Presupuesto, conjunto de órganos, normas y procedimientos que conducen el proceso presupuestario de todas las entidades y organismos del Sector Público, en sus fases de programación, formulación, aprobación, ejecución y evaluación.

En el Perú, el Sistema Nacional de Presupuesto es uno de los sistemas de la Administración Financiera del Sector Público y es quien tiene la misión de conducir el proceso presupuestario de todas las entidades y organismos del Sector Público. De allí la necesidad que se conozca su importancia, las reglas que rigen su funcionamiento y que además aseguran una adecuada asignación de los recursos públicos para lograr el desarrollo de la mano con un manejo responsable de la economía.

4.2 LEY GENERAL DEL SISTEMA NACIONAL DE PRESUPUESTO

En esta Ley se establecen los principios, los procesos y procedimientos que regulan el Sistema Nacional de Presupuesto, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 11° de la Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público – Ley N° 28112, en concordancia con los artículos 77° y 78° de la Constitución Política.

Los principios regulatorios del sistema presupuestario:

De conformidad a lo establecido en el Título Preliminar de la Ley General de Sistema Nacional de Presupuesto – Ley N° 28411, los principios regulatorios del sistema presupuestario son los siguientes:

- **Equilibrio presupuestario**
Es la correspondencia entre los ingresos y los recursos a asignar de conformidad con las políticas públicas de gasto. Se encuentra prohibido incluir autorizaciones de gasto sin el financiamiento correspondiente. (Según el Artículo I del Título Preliminar de la Ley)
- **Equilibrio macrofiscal**
Los presupuestos de las entidades preservan la estabilidad conforme al marco de equilibrio macrofiscal. (Según el Artículo II según el Artículo I del Título Preliminar de la Ley)
- **Especialidad cuantitativa**
Todo gasto público debe estar cuantificado en el presupuesto autorizado a la entidad. Toda medida que implique gasto público debe cuantificarse mostrando su efecto en el presupuesto autorizado a la entidad y cuyo financiamiento debe sujetarse estrictamente a dicho presupuesto. (Según el Artículo III del Título Preliminar de la Ley).
- **Especialidad cualitativa**
Los créditos presupuestarios aprobados para las Entidades se destinan, exclusivamente, a la finalidad para la que hayan sido autorizados en los Presupuestos del Sector Público, de lo contrario se considerará malversación de gastos. (Según el Artículo IV del Título Preliminar de la Ley)

- **Universalidad y unidad**

Todos los ingresos y gastos del Sector Público, así como todos los Presupuestos de las Entidades que lo comprenden, se sujetan a la Ley de Presupuesto del Sector Público. (Según el Artículo V del Título Preliminar de la Ley)
- **De no afectación predeterminada**

Los fondos públicos de cada una de las Entidades se destinan a financiar el conjunto de gastos públicos previstos en los Presupuestos del Sector Público. (Según el Artículo VI del Título Preliminar de la Ley)
- **Integridad**

Los ingresos y los gastos se registran en los Presupuestos por su importe íntegro, salvo las devoluciones de ingresos que se declaren indebidos por la autoridad competente. (Según el Artículo VII del Título Preliminar de la Ley)
- **Información y especificidad**

El presupuesto y sus modificaciones deben contener información suficiente y adecuada para efectuar la evaluación y seguimiento de los objetivos y metas. (Según el Artículo VIII del Título Preliminar de la Ley).
- **Anualidad**

El Presupuesto del Sector Público tiene vigencia anual y coincide con el año calendario. Durante dicho período se afectan los ingresos percibidos dentro del año fiscal, cualquiera sea la fecha en los que se hayan generado, así como los gastos devengados que se hayan producido con cargo a los respectivos créditos presupuestarios durante el año fiscal. (Según el Artículo IX del Título Preliminar de la Ley)

- **Eficiencia en la ejecución de los fondos públicos**

Las políticas de gasto público deben establecerse en concordancia con la situación económica y la estabilidad macrofiscal, y su ejecución debe estar orientada a lograr resultados con eficiencia, eficacia, economía y calidad. (Según el Artículo X del Título Preliminar de la Ley)
- **Centralización normativa y descentralización operativa**

El Sistema Nacional del Presupuesto se regula de manera centralizada en lo técnico normativo, correspondiendo a las Entidades el desarrollo del proceso presupuestario. (Según el Artículo XI del Título Preliminar de la Ley)
- **Transparencia presupuestal**

El proceso de asignación y ejecución de los fondos públicos sigue los criterios de transparencia en la gestión presupuestal, brindando o difundiendo la información pertinente, conforme la normatividad vigente. (Según el Artículo XII del Título Preliminar de la Ley)
- **Exclusividad presupuestal**

La ley de Presupuesto del Sector Público contiene exclusivamente disposiciones de orden presupuestal. (Según el Artículo XIII del Título Preliminar de la Ley)
- **Principio de Programación Multianual**

El proceso presupuestario se orienta por el logro de resultados a favor de la población, en una perspectiva multianual, y según las prioridades establecidas en los Planes Estratégicos Nacionales, Sectoriales, Institucionales y en los Planes de Desarrollo Concertado. (Según el Artículo XIV del Título Preliminar de la Ley)

- **Principios complementarios**

Constituyen principios complementarios que enmarcan la gestión presupuestaria del Estado el de legalidad y el de presunción de veracidad, de conformidad con la Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público - Ley N° 28112. (Según el Artículo XV del Título Preliminar de la Ley)

4.3 ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE PRESUPUESTO

Asimismo, el Artículo 2° de la Ley General de Sistema Nacional de Presupuesto – Ley N° 28411, presenta un ámbito de aplicación que son representadas por las siguientes Entidades:

- a. Las entidades del Gobierno General, comprendidas por los niveles de Gobierno Nacional, Gobierno Regional y Gobierno Local:

Gobierno Nacional:

- Administración Central, comprende a los organismos representativos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y sus organismos públicos descentralizados, las universidades públicas y los organismos constitucionalmente autónomos.
- Los Organismos Reguladores.
- Los Organismos Recaudadores y Supervisores.
- Los Fondos Especiales con personería jurídica.
- Las Beneficencias y sus dependencias.

Gobierno Regional

Los Gobiernos Regionales y sus organismos públicos descentralizados.

Gobierno Local

Los Gobiernos Locales y sus organismos públicos descentralizados.

- b. Las empresas de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales.
- c. Los Fondos sin personería jurídica, los cuales se financian total o parcialmente con fondos públicos.
- d. Los organismos carentes de personería jurídica que tienen asignado un crédito presupuestario en la Ley de Presupuesto del Sector Público, sin perjuicio de las particularidades que establezcan sus respectivas normas de creación, organización y funcionamiento.
- e. El Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado – FONAFE y sus empresas, en el marco de la Ley N° 27170, solo y exclusivamente cuando así lo señale expresamente la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto.
- f. Otras entidades públicas no mencionadas en los numerales precedentes.

4.4 LEY DE PRESUPUESTO DEL SECTOR PÚBLICO

La Ley de Presupuesto cumple la función constitucional específica de consignar o incluir ingresos y gastos debidamente balanceados para la ejecución de un ejercicio presupuestal concreto. Por ello, todo lo relacionado con la previsión de los ingresos del Estado y la habilitación de los gastos para la ejecución en un ejercicio presupuestal debe estar dentro de un solo y único texto normativo, con carácter anual, que expresamente delimite y guíe la política económico-financiera del Estado (Fundamento 17 del Pleno Jurisdiccional – Caso Ley de Presupuesto Público. Expedientes N° 0003-2013-PI/TC, 0004-2013-PI/TC y 0023-2013-PI/TC).

4.5 ESTRUCTURA DE LA LEY DE PRESUPUESTO DEL SECTOR PÚBLICO:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 77° de la Constitución Política del Perú de 1993, la estructura del presupuesto del sector público se divide en dos secciones, las cuales son las siguientes:

- a. **Gobierno Central.-** comprende los créditos presupuestarios aprobados al Gobierno Nacional que incluye a los Poderes

Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y sus Instituciones Públicas Descentralizadas. Asimismo, se consideran comprendidos en el Gobierno Nacional, en calidad de pliegos, el Ministerio Público, Jurado Nacional de Elecciones, Oficina Nacional de Procesos Electorales, Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Consejo Nacional de la Magistratura, Defensoría del Pueblo, Contraloría General de la República, Tribunal Constitucional, Universidades Públicas, los organismos reguladores, recaudadores y supervisores; y, demás Entidades que cuenten con un crédito presupuestario en la Ley de Presupuesto del Sector Público.

- b. Instancias descentralizadas.-** comprende las transferencias a los pliegos representativos de los niveles de Gobierno Regional y Gobierno Local.

4.6 CONTENIDO DE LA LEY DE PRESUPUESTO DEL SECTOR PÚBLICO:

Conforme el artículo 9° de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, el presupuesto está comprendido por:

- a. Los gastos que, como máximo, pueden contraer las Entidades durante el año fiscal, en función a los créditos presupuestarios aprobados y los ingresos que financian dichas obligaciones.
- b. Las metas de resultados a alcanzar y las metas de productos a lograrse por cada una de las Entidades con los créditos presupuestarios que el respectivo presupuesto les aprueba.

4.7 PROYECTO DE LEY DE PRESUPUESTO

El proyecto debe contener una parte normativa que regule los aspectos que están vinculados a la materia presupuestaria, asimismo, debe estar acompañado por los documentos complementarios siguientes, de conformidad con lo

dispuesto en el numeral 21.2 del artículo 21° Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto – Ley N° 28411:

- a. Exposición de Motivos, señalando los objetivos de política fiscal y los supuestos macroeconómicos que serán tomados del Marco Macroeconómico Multianual del año correspondiente, en que se sustenta el proyecto de ley de presupuesto del sector público.
- b. Anexo de Subvenciones para Personas Jurídicas.
- c. Cuadros Resúmenes Explicativos de los Ingresos y Gastos, que incluyen la relación de cuotas a organismos internacionales.
- d. Información del presupuesto de los pliegos del Gobierno Nacional y de los gobiernos regionales, detallado por: pliego, función, programa, subprograma, actividad/proyecto, componente, meta y genérica de gasto.
- e. Información de los ingresos para los pliegos del Gobierno Nacional y de los gobiernos regionales, detallado por: pliego, genérica de ingresos y subgenérica.
- f. Información de avances de desempeño y de metas de los Programas Presupuestales.

Por otro lado, la Constitución Política del Perú señala que el Presidente de la República envía al Congreso el proyecto de Ley de Presupuesto dentro de un plazo que vence el 30 de agosto de cada año. Dicho proyecto presupuestal debe estar efectivamente equilibrado, es decir, debe existir equivalencia entre los ingresos proyectados y los gastos corrientes, conforme a lo regulado en el artículo 78° de la Constitución Política del Perú.

4.8 SUSTENTACIÓN DEL PRESUPUESTO PÚBLICO

El artículo 80° de la Constitución Política del Perú de 1993, señala que el pliego de ingresos es sustentado por el Ministro de Economía y Finanzas, ante el Pleno del Congreso de la República, así como cada ministro sustenta los pliegos de egresos de su sector; previamente sustentan los resultados y metas de la ejecución del presupuesto del año anterior y los avances en la ejecución del presupuesto del año fiscal correspondiente.

El Presidente de la Corte Suprema, el Fiscal de la Nación y el Presidente del Jurado Nacional de Elecciones sustentan los pliegos correspondientes a cada institución.

Si la autógrafa de la Ley de Presupuesto no es remitida al Poder Ejecutivo hasta el treinta de noviembre, entra en vigencia el proyecto de este, que es promulgado por decreto legislativo.

4.9 PROCESO PRESUPUESTARIO

Asimismo, la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto presenta un proceso presupuestario, compuesto por cinco fases de conformidad con la Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público – Ley N° 28112, las cuales son las siguientes:

i. Programación Presupuestaria

En esta fase, el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), plantea anualmente al Consejo de Ministros, los límites de los créditos presupuestarios que corresponderá a cada Entidad que se financie total o parcialmente con fondos Tesoro Público, y posteriormente conseguir su aprobación. Dichos límites son programados en función a lo establecido en el Marco Macroeconómico Multianual y de los topes máximos de gasto no financiero del Sector Público, de acuerdo a lo señalado en el Artículo 15° de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto – Ley N° 28411.

ii. Formulación Presupuestaria

En esta fase, se determina la estructura funcional-programática del pliego, la cual debe reflejarse del pliego, la cual debe relejar los objetivos institucionales, debiendo estar diseñada a partir de las categorías presupuestarias consideradas en el Clasificador presupuestario respectivo. Asimismo, se determinan las metas en función de la escala de prioridades y se consignan las cadenas de gasto y las respectivas Fuentes de Financiamiento, según lo estipulado en el Capítulo II de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto – Ley N° 28411.

iii. Aprobación de la Ley de Presupuesto del Sector público

Acorde a lo establecido en el artículo 22 de la Ley en mención, en esta fase, las leyes de Presupuesto del Sector público son aprobadas por el Congreso de la República, que constituye el total del crédito presupuestario, que comprende el límite máximo de gasto a ejecutarse en el año fiscal.

A la Ley de Presupuesto del Sector Público se acompañan los estados de gastos del presupuesto que contienen los créditos presupuestarios estructurados siguiendo las clasificaciones: Institucional, Funcional-Programático, Grupo Genérico de Gasto y por Fuentes de Financiamiento.

Antes del inicio del respectivo año fiscal se publica la Ley de Presupuesto del Sector Público en el Diario Oficial El Peruano y en el portal del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF).

iv. Ejecución Presupuestaria

De acuerdo al artículo 25 de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto - Ley N° 28411, en esta fase se perciben los ingresos y se atienden las obligaciones de gasto de conformidad a los créditos presupuestarios autorizados previamente por el Congreso de la

República. Inicia el 1 de enero y culmina el 31 de diciembre de cada año fiscal.

En el artículo 26° de la Ley antes mencionada, se establece que el control presupuestal se encuentra a cargo de la Dirección Nacional del Presupuesto Público, quien es el que realiza un seguimiento de los niveles de ejecución de egresos respecto a los créditos presupuestarios autorizados por la Ley de Presupuesto del Sector Público y sus modificaciones.

A su vez, la Contraloría General de la República y los órganos de Control interno de las Entidades supervisan la legalidad de la ejecución del presupuesto público comprendiendo la correcta gestión y utilización de los recursos y bienes del Estado. El Congreso de la República fiscaliza la ejecución presupuestaria, así lo dispone el artículo 31° de la misma Ley.

La ejecución de los fondos públicos se realiza en tres (3) etapas:

- a. **Estimación:** cálculo o proyección de los ingresos que se espera alcanzar durante el año fiscal.
- b. **Determinación:** Acto por el que se establece o identifica con precisión el concepto, el monto, la oportunidad y la persona natural o jurídica, que debe efectuar un pago o desembolso de fondos a favor de una Entidad.
- c. **Percepción:** proceso de recaudación, captación u obtención efectiva del ingreso.

La ejecución del gasto público comprende tres (3) etapas:

- a. **Compromiso:** acto mediante el cual se acuerda luego del cumplimiento de los trámites legalmente establecidos, la realización de gastos previamente aprobados, por un importe determinado o determinable, afectando total o

parcialmente los créditos presupuestarios, en el marco de los Presupuestos aprobados y las modificaciones presupuestarias realizadas.

- b. Devengado:** acto mediante el cual se reconoce una obligación de pago, derivada de un gasto aprobado y comprometido, que se produce previa acreditación documental ante el órgano competente de la realización de la prestación o el derecho del acreedor; regulado en forma específica por las normas de Sistema Nacional de Tesorería.
- c. Pago:** acto mediante el cual se extingue, en forma parcial o total, el monto de la obligación reconocida, debiendo formalizarse a través del documento oficial correspondiente; previamente devengado. Y es regulado en forma específica por las normas del Sistema Nacional de Tesorería.

Los montos y las finalidades de los créditos presupuestarios contenidos en los Presupuestos del Sector Público solo podrán ser modificados durante el ejercicio presupuestario, dentro de los límites y con arreglo al procedimiento establecido mediante:

- a. Modificaciones en el Nivel Institucional:** constituyen modificaciones presupuestarias en el Nivel Institucional:
 - Los Créditos Suplementarios, constituyen incrementos en los créditos presupuestarios autorizados, provenientes de mayores recursos recepto de los montos establecidos en la Ley de Presupuesto del Sector Público.
 - Las Transferencias de Partidas, constituyen traslados de créditos presupuestarios entre pliegos.
- b. Modificaciones en el Nivel Funcional Programático:** modificaciones presupuestarias en el nivel Funcional Programático que se efectúan dentro del marco del Presupuesto Institucional vigente de cada pliego, las

habilitaciones y las anulaciones que varíen los créditos presupuestarios aprobados por el Presupuesto Institucional para las actividades y proyectos, y que tienen implicancia en la estructura funcional programática compuesta por las categorías presupuestarias que permiten visualizar los propósitos a lograr durante el año fiscal:

- Las Anulaciones constituyen la supresión total o parcial de los créditos presupuestarios de actividades o proyectos.
- Las Habilitaciones constituyen el incremento de los créditos presupuestarios de actividades y proyectos con cargo a anulaciones de la misma actividad o proyecto, o de otras actividades y proyectos.

La reserva de contingencia conforme el artículo 45 de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto – Ley N° 28411:

- Las Leyes de Presupuesto de Sector Público consideran una Reserva de Contingencia que constituye un crédito presupuestario global dentro del presupuesto del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), destinada a financiar los gastos que por naturaleza y coyuntura no pueden ser previstos en los Presupuestos de los Pliegos.
- Las Transferencias o Habilitaciones que se efectúen con cargo a la Reserva de Contingencia se autorizan mediante decreto supremo refrendado por el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), destinadas a la distribución interna se autorizan por Resolución del Titular del Pliego Presupuestario.

v. Evaluación Presupuestaria

En esta fase, se realiza la medición de los resultados obtenidos y el análisis de las variaciones físicas y financieras observadas, en relación a lo aprobado en los presupuestos del Sector

Público, utilizando instrumentos tales como indicadores de desempeño en la ejecución del gasto.

Las Entidades deben determinar los resultados de la gestión presupuestaria, sobre la base del análisis y medición de la ejecución de ingresos, gastos y metas, así como las variaciones observadas señalando sus causas, en relación con los programas, proyectos y actividades aprobados en el Presupuesto; es decir:

- a. El Ministerio de Economía y Finanzas (MEF).
- b. La Dirección Nacional del Presupuesto Público.
- c. Dirección General de Programación Multianual del Sector Público.
- d. Dirección General de Asuntos Económicos y Sociales, entre otras dependencias y Entidades.

4.10 EVOLUCIÓN DE LA LEY DE PRESUPUESTO PÚBLICO

La ley del presupuesto público es una herramienta en la que se va a permitir planificar aquellas actividades de los entes gubernamentales, incorporando entes cualitativos y cuantitativos y así guiar durante un año fiscal con base en los proyectos, programas y metas realizados previamente.

Si bien es cierto la ley de presupuesto tuvo una gran evolución con el tiempo, abordando desde el año 1930 hasta el año 2004, en la que se aprueba la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto que actualmente está regida para todas las Entidades del Sector Público, con personería jurídica de Derecho Público, así como también para las Empresas que conforman la Actividad Empresarial del Estado.

Veamos a continuación la siguiente evolución de la Ley de Presupuesto Público:

Ley 6784 del 28 de febrero de 1930: Se crea la Contraloría General de la República integrada por los actuales Direcciones del Tesoro, Contabilidad y Crédito Público en el Ministerio de Hacienda.

Esta ley va a autorizar al Poder Ejecutivo para que en el presente año se atienda al pago de los haberes y sostenimiento de la Contraloría General.

Decreto Ley N° 14260 del 21 de diciembre de 1962: Se aprueba el Presupuesto Funcional, o Presupuesto por Programas. Su contenido se inspiró en las recomendaciones formuladas al gobierno peruano por técnicos en presupuestos de la CEPAL y en experiencias realizadas por funcionarios peruanos en algunas reparticiones de los Ministerios de Hacienda, de Fomento y de la Defensa Nacional.

Ley N° 14816 del 16 de enero de 1964: Se establece la Ley Orgánica del Presupuesto Funcional de la República del Perú.

Leyes N° 15257, 15682, 16360 y 16567: Son el complemento de la Ley N° 14816 “Ley Orgánica del Presupuesto Funcional de la República del Perú”.

La Ley 16360 se añadió disposiciones que se venían repitiendo; en la cual destacaban los siguientes puntos:

- Las autorizaciones para concreta operaciones de crédito externo o interno se separan del presupuesto.
- Se establece una multa equivalente a un día de haber básico, por cada día que demoren los funcionarios responsables en el envío de la documentación contable a la contraloría.
- Las partidas del sub-pliego iniciativa parlamentaria no girada, no revierten al tesoro.
- Varias normas sobre licitaciones públicas, remuneraciones y operaciones.

- Corresponde también al primer gobierno de Belaunde, la creación del banco de la nación en reemplazo de la antigua caja de depósitos y consignaciones; y la reforma tributaria a impulso del ministro Ulloa, que no fue tocada por el régimen militar subsiguiente.

En el año 1982, se implementó por parte del Gobierno una nueva metodología presupuestaria, identificada con el presupuesto Base Cero, incluye además la Unidad Presupuestaria como categoría programática.

En el año 1986, el Presupuesto por Programas vuelve y se ajustan los presupuestos de acuerdo a la inflación.

Decreto Ley N° 25875 del 18 de noviembre de 1992: Se crea La Ley de Marco del Proceso Presupuestario, en la cual tiene como finalidad en aprobar la misma, que establece normas para las distintas fases del proceso presupuestario y los mecanismos operativos que posibiliten cumplir el rol del Sistema Nacional de Presupuesto, en concordancia con los roles de la otras entidades vinculadas a la gestión de la administración financiera del Sector Público.

Ley N° 26199 del 16 de junio de 1993: Se crea la Ley Marco del Proceso Presupuestario para el Sector Público, tiene como finalidad aprobar las normas para las distintas fases del proceso presupuestario y los mecanismos operativos que posibiliten cumplir el rol del Sistema Nacional de Presupuesto, en concordancia con los roles de las otras entidades vinculadas a la administración financiera del Sector Público.

Ley N° 26703 del 09 de diciembre de 1996: Se aprueba la Ley de Gestión Presupuestaria Del Estado, en la cual se establece las normas fundamentales que rigen las distintas fases del proceso

presupuestario, los criterios técnicos y los mecanismos operativos que permitan optimizar la gestión administrativa y financiera del Estado, en concordancia con lo dispuesto por los artículos 77° y 58°, en la parte pertinente, de la Constitución Política del Perú.

Y se establece el Presupuesto Funcional Programático, modificada por la Ley N° 26884.

Ley N° 27209 del 28 de febrero de 1999: Se aprueba la Ley de Gestión Presupuestaria del Estado, establece las normas fundamentales que rigen las distintas fases del proceso presupuestario, los criterios técnicos y los mecanismos operativos que permitan optimizar la gestión administrativa y financiera del Estado, en concordancia con lo dispuesto por los artículos 77° y 58°, en la parte pertinente, de la Constitución Política del Perú.

- **Ley N° 28411, del 25 de noviembre de 2004:** Se aprueba la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto; señalando la derogación Ley N° 27209 – “Ley de Gestión Presupuestaria del Estado” así como todas las normas y disposiciones legales y administrativas, generales y específicas, sin excepción, que se opongan o limiten la aplicación de la Ley General.

DISTRIBUCIÓN DEL PRESUPUESTO PÚBLICO SEGÚN NIVEL DE GOBIERNO 2010 – 2020



(Gráfico creado por el autor de la presente tesis)

Según se puede observar en el gráfico, el presupuesto público asignado para cada año siempre está en aumento; sin embargo, esto no significa que el aumento sea en mayor número que el año anterior, en algunas ocasiones tiene un crecimiento poco usual.

Con un ejemplo actual, de lo que se puede apreciar en el gráfico, en el periodo de 2019-2020 el presupuesto ha aumentado en un 5,5% que es menor al aumento correspondiente al periodo de 2018-2019 que registró un aumento de 6,9%.

Para este año 2020, el presupuesto tiene como objetivo mantener una política fiscal. El sector de Educación recibirá la mayor parte de los recursos, siguiéndole el sector Transporte y Salud.

Cabe resaltar, que desde el año 2010 la Ley de Presupuesto del sector Público no ha variado en cuando a las prohibiciones de otorgamiento, reajuste o incrementos de beneficios sociales económicos que puedan ser dispuestos por la vía del arbitraje laboral, así lo dispone el artículo 6° de la Ley antes mencionada.

“Artículo 6. Ingresos del personal

Prohíbese en las entidades del Gobierno Nacional, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, Ministerio Público; Jurado Nacional de Elecciones; Oficina Nacional de Procesos Electorales; Registro Nacional de Identificación y Estado Civil; Contraloría General de la República; Junta Nacional de Justicia; Defensoría del Pueblo; Tribunal Constitucional; universidades públicas; y demás entidades y organismos que cuenten con un crédito presupuestario aprobado en el presente Decreto de Urgencia, el reajuste o incremento de remuneraciones, bonificaciones, beneficios, dietas, asignaciones, retribuciones, estímulos, incentivos, compensaciones económicas y conceptos de cualquier naturaleza, cualquiera sea su forma, modalidad, periodicidad y fuente de financiamiento. Asimismo, queda prohibida la aprobación de nuevas bonificaciones, beneficios, asignaciones, incentivos, estímulos, retribuciones, dietas, compensaciones económicas y conceptos de cualquier naturaleza con las mismas características señaladas anteriormente. Los arbitrajes en materia laboral se sujetan a las limitaciones legales establecidas por la presente norma y disposiciones legales vigentes. La prohibición incluye el incremento de remuneraciones que pudiera efectuarse dentro del rango o tope fijado para cada cargo en las escalas remunerativas respectivas”.

4.11 DISTRIBUCIÓN DE LA RIQUEZA

Una de las funciones con poderosa institución social es la función de distribución de la riqueza que con las desigualdades económicas se han convertido en la

mayor amenaza para la economía mundial y la vida de millones de personas en el mundo entero.

Es necesario adoptar, medidas necesarias para redistribuir la riqueza y, en particular, los ingresos dentro de los países y entre ellos. El trabajo decente, la negociación colectiva, el acceso a un salario mínimo vital y los sistemas de protección social universal son los elementos fundamentales de un programa de desarrollo que pueda garantizar equidad, crecimiento incluyente y prosperidad compartida. Ahora bien, la redistribución de la riqueza está estrechamente vinculada a la redistribución del poder. ((CSI), 2015).

El doctor Guy Ryder señala que “la negociación colectiva es un mecanismo que ha utilizado el movimiento sindical para crear justicia social y lograr una redistribución de los ingresos. La OIT está tomando posición en la lucha en pos de la negociación colectiva a partir de una base fuerte. Sin lugar a dudas, La Oficina de Actividades para los Trabajadores (ACTRAV) supondrá una contribución a nuestros esfuerzos”.

Luc Cortebeeck, el Presidente del Grupo de los Trabajadores en el Consejo de Administración de la OIT, ahondó en lo dicho por el Director General de la OIT afirmando que “para reducir la desigualdad hace falta empleo de calidad. La aplicación universal de las normas de trabajo, la formalización de la economía informal y la eliminación del empleo precario y la ampliación de la negociación colectiva centralizada resultan esenciales para detener la carrera descendente”.

Recordó a los participantes que la negociación colectiva y el derecho de huelga son esenciales para que los trabajadores sean capaces de reequilibrar una relación laboral desigual. “Sin una negociación colectiva integral es imposible crear una clase media amplia y sociedades democráticas. (...) Hemos debatido en qué modo una mayor cobertura de la negociación colectiva y los sistemas centralizados de negociación colectiva reducen la desigualdad de los salarios y la discriminación. Por lo tanto, necesitamos una defensa sin ambages por parte de la OIT para contrarrestar los ataques que sufre la negociación colectiva y resaltar la contribución de las instituciones del mercado de trabajo, en particular

la negociación colectiva, a la hora de reducir la desigualdad de los ingresos”. (2013).

Debemos señalar que la negociación colectiva afecta tanto al nivel salarial general como a su distribución. Numerosos estudios de investigación de la OIT indican que una alta tasa de afiliación sindical, una amplia cobertura de la negociación colectiva y la existencia de estructuras coordinadas de negociación tienen una relación directa con bajos niveles de desigualdad salarial tanto a nivel general como en el segmento inferior de la distribución salarial. ((CSI), 2015).

Considerando lo desarrollado en el presente capítulo, se puede colegir que se ha analizado el presupuesto público como un instrumento de gestión del Estado mediante el cual se asignan recursos públicos sobre la base de una priorización de las necesidades de la población, a través de la prestación de servicios y logro de metas de cobertura con equidad, eficacia y eficiencia por las Entidades Públicas; así también, establece los límites de gastos durante el año fiscal, por cada una de las Entidades del Sector Público y los ingresos que los financian, acorde con la disponibilidad de los Fondos Públicos, a fin de mantener el equilibrio fiscal, y en función de las prioridades, objetivos y metas del Estado.

En ese sentido, resulta claro que el presupuesto público tiene un papel protagónico en la negociación colectiva del sector público, ya que el otorgamiento descontrolado y desmesurado de beneficios económicos a los servidores públicos sin la observancia del principio de equilibrio presupuestal, podría generar una consecuencia mayor que afectaría a la colectividad, pudiéndose afectar servicios públicos de primera necesidad como salud, educación, seguridad, etc.

CAPÍTULO V

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

5.1 LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El término derechos fundamentales es el que se ha venido desarrollando y utilizando a lo largo de los últimos años, esto se debe a diversas razones, entre ellas las destacadas por el maestro (Peces - Barba, 1991), quien opina que utilizar el término derechos fundamentales como sustituto de la expresión de derechos humanos, se debe a las siguientes razones:

- La expresión derechos fundamentales es más precisa que derechos humanos y carece del contenido de la ambigüedad que esta supone. Puede abarcar las dos dimensiones que en las que aparecen los derechos humanos. El término derechos fundamentales puede comprender tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica del ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica.
- Por otro lado, manifiesta el profesor (Peces - Barba, 1991), que es más adecuado el término derechos fundamentales que los términos derechos naturales o derechos morales, que mutilan a los derechos humanos de su faceta jurídico - positiva, es decir, que formulan su concepto sin tener en cuenta su dimensión jurídico-positiva. Las tradiciones lingüísticas de los juristas atribuyen al término derechos fundamentales esa dimensión vinculándola a su reconocimiento constitucional o legal.

Además de lo anterior, señala el maestro (Peces - Barba, 1991), que es más adecuado que utilizar los términos derechos públicos subjetivos o libertades

públicas, que pueden perder de vista la dimensión moral, y ceñir la estipulación del sentido a la faceta de la pertenencia al ordenamiento.

5.2 LAS CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Entre las principales son dignas de consignar las seis siguientes:

- a. Universalidad. La titularidad de los derechos fundamentales es para todo ser humano por su propia condición, salvo circunstancias políticas o de hecho.
- b. Absolutos. La titularidad de los derechos fundamentales es intrínseca y altísima de todo ser humano, no pudiendo ser objeto de desplazamiento o anulación; encontrándose como fin supremo la satisfacción del goce cabal de los mismos sin excepción.
- c. Inalienabilidad. La titularidad es irrenunciable. Los derechos fundamentales al margen del consentimiento expresado por todo ser humano, tienen un carácter irrenunciable; toda vez que no pueden ser objeto de disposición o negociación.
- d. Irreversibilidad. La titularidad es irrevocable y perpetua. Los derechos fundamentales tienen una característica permanente en el ser humano, encontrándose adheridos de manera definitiva.
- e. Interdependencia. Los derechos fundamentales se encuentra relacionas y conectados entre sí, trato que se da para el cabal goce de los mismos.
- f. Inmutabilidad. Los derechos fundamentales no cambian en el tiempo ni sufren de variaciones, esta característica indeleble e inmutable la han adquirido por su propia jerarquía y naturaleza.

5.3 LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN

Como sabemos los derechos fundamentales por su propia naturaleza se encuentran destinados para encontrarse contemplados en la norma de máxima jerarquía del Estado, es por ello que se hayan consagrados en la Constitución Política del Perú de 1993.

Por ello, entre las normas pertinentes a los derechos fundamentales que se encuentran en la Constitución del Perú, son las siguientes:

Artículo 1.- Defensa de la persona humana La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. (Fin: Persona Humana-estado-sociedad).

Artículo 2° de la Constitución Política del Perú.- Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

3. A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público.

4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.

Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación.

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del Juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.

6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar. 7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias.

Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviadas en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

8. A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión.

9. A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o

sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley.

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial.

11. A elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería.

12. A reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas.

13. A asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa.

14. *A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.*

15. *A trabajar libremente, con sujeción a ley.*

16. *A la propiedad y a la herencia.*

17. *A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum.*

18. *A mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquiera otra índole, así como a guardar el secreto profesional.*

19. *A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.*

Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad.

20. *A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad. Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional sólo pueden ejercer individualmente el derecho de petición.*

21. *A su nacionalidad. Nadie puede ser despojado de ella. Tampoco puede ser privado del derecho de obtener o de renovar su pasaporte dentro o fuera del territorio de la República.*

22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

23. A la legítima defensa.

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

b. No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas.

c. No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios.

d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.

e. Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

f. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito.

El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia.

Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. En tales casos, las autoridades policiales pueden

efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales. Deben dar cuenta al Ministerio Público y al juez, quien puede asumir jurisdicción antes de vencido dicho término.

g. Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos por la ley. La autoridad está obligada bajo responsabilidad a señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida.

h. Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquélla imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad.

5.4 CUESTIONES GENERALES RELATIVAS AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Al hablar del principio de proporcionalidad, es imprescindible mencionar al autor alemán Robert Alexy, quien afirma que las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales y/o bienes colectivos presentan la estructura de principios, que caracteriza como mandatos de optimización, es decir, normas que requieren el máximo grado de realización en función de las posibilidades fácticas y jurídicas que contextualizan su ejercicio (Alexy, 1993, pág. 81).

Para Alexy, una norma de derecho fundamental, según su estructura, puede ser principio o regla (Alexy, 1993, pág. 83). Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización. En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces, hay que hacer exactamente lo que ella exige. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo posible, tanto en

lo fáctico como en lo jurídico. La diferencia entre regla y principios no es de grado, sino cualitativa (Alexy, 1993, pág. 86).

Según Alexy, los derechos fundamentales pueden colisionar entre sí o entrar en colisión con bienes colectivos. Precisa que en sentido estrecho, una colisión entre derechos fundamentales tiene lugar cuando el ejercicio o la realización del derecho fundamental por parte de su titular tienen una repercusión negativa en el derecho fundamental del otro titular. Por lo que, cuando entra en colisión, lo cual sucede en el caso de que su aplicación conduzca a resultados incompatibles, debe utilizarse el principio de proporcionalidad para establecer entre ellas una relación de precedencia condicionada (Alexy, 1993, pág. 86).

En la misma línea que el autor citado, se puede colegir que los derechos fundamentales por su propia naturaleza y rango normativo pueden colisionar entre sí, toda vez que el ejercicio de los mismos por parte de sus titulares generaría dicho fenómeno jurídico; no obstante, ello no significa que la colisión de derechos fundamentales resultaría un problema jurídico sin solución, debido a que afirmar eso sería indicar que no nos encontramos en un estado de derecho.

Es así que, al encontrarnos frente a la colisión de derechos fundamentales el remedio jurídico es la aplicación del principio de proporcionalidad, el cual se aplica mediante la técnica de la ponderación o test de proporcionalidad de los derechos fundamentales, el cual consiste en establecer el peso o importancia de los principios jurídicos en conflicto.

5.5 PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En algún sentido, todos estos argumentos se pueden también encontrar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano (en adelante, TC). Nuestro Tribunal, en efecto, en una visita retrospectiva a su jurisprudencia, ha asumido la tesis de la *pluralidad complementaria* para la fundamentación constitucional del principio de proporcionalidad. El punto de partida en esta tarea reconstructiva

lo constituye, sin lugar a dudas, la famosa sentencia en el caso de la legislación contra el terrorismo de febrero de 2003 (STC N° 0010-2002-AI/TC).

En dicha ocasión, el Tribunal, partiendo del artículo 200 *in fine* de la Constitución, vino a expandir sus efectos, al sostener que:

“El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, este se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe solo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona” (STC N° 0010-2002-AI/TC, fundamento jurídico 195).

Tal proyección del principio de proporcionalidad como "principio general" se fundamenta también en la consideración de que se trata de un principio que *"(...) se derive de la cláusula del Estado de Derecho" que, a decir del Tribunal, exige "concretas exigencias de justicia material" que se proyectan a la actuación no solo del legislador, sino de todos los poderes públicos.* (STC N° 0010-2002-AI/TC, fundamento 197 al 199)

No obstante a ello, es importante recalcar que no es la primera oportunidad que el Tribunal fundamentó en términos constitucionales la presencia del principio de proporcionalidad. Por ejemplo, en el caso Vaca Avalos (STC 408-1997-AA), el Tribunal estableció que:

"(...) así como el debido proceso es distorsionado formalmente cuando se contravienen los derechos y principios de quien es procesado judicial, administrativa o corporativamente, (hipótesis que, por cierto, también ha ocurrido en el caso de autos) dicho atributo es igualmente distorsionado,

empero, en términos materiales o sustantivos, cuando, como en el presente caso, no hay coherencia entre la infracción cometida y la sanción adoptada" (STC 0408-1997-AA, fundamento jurídico 4).

La dimensión "sustantiva" del debido proceso fue también el argumento que utilizó el Tribunal como punto de partida, años más tarde y ya en "libertad" para establecer la desproporción en el otorgamiento de una medida cautelar por parte de un juez, configurando uno de los primeros casos en los que el TC sometió al control de proporcionalidad a una decisión del propio Poder Judicial, en una suerte de "ponderación de la ponderación". En efecto en el caso *Ambev vs. Backus* (STC 1209-2006-AA), el TC estableció que:

"(...) la dimensión sustancial del debido proceso abre las puertas para un control no solo formal del proceso judicial, sino que incide y controla también los contenidos de la decisión en el marco del Estado Constitucional. Es decir, la posibilidad de la corrección no solo formal de la decisión judicial, sino también la razonabilidad y proporcionalidad con que debe actuar todo juez en el marco de la Constitución y las leyes" (Fundamento jurídico 28).

A partir de esta constatación, el Tribunal establecido en aquella ocasión que una medida cautelar resultaba "inadecuada" y en consecuencia, desproporcionada, cuando afecta a más bienes de los estrictamente necesarios para satisfacer el cumplimiento de una eventual sentencia definitiva a favor del solicitante de la medida".

En otras ocasiones el Tribunal ha apelado a la cláusula del Estado democrático de Derecho (artículos 3 y 43 de la Constitución) y más en concreto, a una de sus manifestaciones implícitas, el principio de interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio del poder público. Este fue el caso de la STC N.4 090-2004-AA, en que el Tribunal sometió) a controles la potestad discrecional del Presidente de la República, respecto al pase al retiro de los oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. En dicha ocasión, el TC dejó establecido que:

"Aunque no explícitamente, al reconocer en los artículos 3 y 43 de la Constitución, el Estado social y democrático de Derecho, se ha incorporado el principio de interdicción o prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta. Este principio tiene un doble significado: (i) en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; (ii) en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo". (STC N° 090-2004-AA/TC)

En esa misma línea, la exclusión o "interdicción" de actos arbitrarios en la actuación de los poderes públicos también se encuentra vinculada directamente con el valor justicia a decir del Tribunal. En tal sentido, en el caso Espinoza Soria (STC 1803-2004-AA) con relación al control de las potestades discrecionales de la administración, el TC tuvo ocasión de establecer que:

"La razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado al valor justicia y está en la esencia misma del Estado constitucional de derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el use de las facultades discrecionales, y exige que las decisiones que se toman en ese contexto, respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias" (Fundamento 13).

Pero, además, el valor justicia exige, cuando se trata de la ilimitación de los derechos fundamentales, que tales limitaciones sean razonables, esto es, que tengan una finalidad constitucional que la justifique. En tal sentido en el caso del control a la reforma del régimen de pensiones (STC N° 0050-2004-AI/TC - acumulados), el Tribunal estableció que:

"El test de razonabilidad es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia; constituye, por lo tanto, un para metro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando esta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales" (Fundamento Jurídico 109).

En ese sentido, se ha podido establecer que el Tribunal Constitucional ha buscado en innumerables pronunciamientos un respaldo constitucional del principio de proporcionalidad, teniendo como premisa principal que los derechos fundamentales no toleran sacrificios injustos y arbitrarios.

Como bien lo ha precisado Javier BARNES, citando a la Jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán, también en nuestro sistema jurídico, *"cualquier restricción de la esfera de libertad que se encuentra protegida por los derechos fundamentales habrá de respetar con todo escrúpulo el principio de proporcionalidad de los medios"* (Barnes, 1994, pág. 510). En esta misma línea de razonamiento, el TC peruano también ha enfatizado que, *"(...) todo límite a los derechos fundamentales, por tratarse de tales, no debe superar, por así llamarlo, el límite de los límites', es decir, los principios de razonabilidad y proporcionalidad"* (STC N° 4677-2004-AA/TC, Fundamento 28).

De esta forma, es de afirmarse que la Constitución que contenga como premisa clave los derechos fundamentales y la dignidad humana, intrínsecamente tiene al principio de proporcionalidad como mecanismo de defensa frente al intervencionismo o limitación de los poderes públicos o privados.

5.6 ESTRUCTURA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad no solo es un principio de indudable relevancia constitucional, tal como ha quedado expuesto. Es también una estructura, esto es, una estrategia argumentativa para resolver conflictos de derechos. Como lo ha sostenido Bernal Pulido, "al igual que el silogismo, la ponderación es solo una estructura, que está compuesta por tres elementos, mediante los cuales se puede fundamentar una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, para así establecer cuál de ellos debe determinar la solución del caso concreto" (Bernal Pulido, Estructura y límites de la ponderación, 2003, pág. 227). En cuanto estructura, cabe hablar ya no del principio sino del test de proporcionalidad.

A nivel dogmático, Robert Alexy ha establecido una estructura de tres niveles para la aplicación del test de proporcionalidad. El punto de partida de su teoría es, como ya se ha adelantado supra, la consideración de los derechos fundamentales como principios. En tanto a principios, los derechos fundamentales constituyen mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas y jurídicas. La verificación respecto de las posibilidades de hecho en que pueden ser cumplidos los derechos fundamentales corre a cuenta de los sub principios de idoneidad y necesidad; mientras que el análisis respecto de las posibilidades de cumplimiento de los derechos fundamentales en cuanto a sus posibilidades jurídicas, corresponde al sub principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (Alexy, 1993, págs. 92 - 93).

El objeto del test de proporcionalidad sería el establecimiento de una relación de preferencia condicionada por las circunstancias de un caso en particular, la misma que actuaría, al final de cuentas, como una premisa mayor que debe dar respuesta al caso planteado. De este modo, el test de proporcionalidad operaría para reducir los márgenes de discrecionalidad en la delimitación del contenido de los derechos fundamentales considerados como principios, estableciendo como consecuencia, una "jerarquía axiológica móvil" entre principios en conflicto (Grández Castro, 2007, pág. 636).

En esta estructura triádica: idoneidad, necesidad y ponderación; sin duda, ha sido en el test de ponderación o sub principio de proporcionalidad en sentido estricto, donde se ha centrado la discusión de los últimos tiempos a nivel dogmático. Este no es lugar para ingresar en ese debate, baste decir que se trata de una discusión orientada a la racionalidad o no del procedimiento de preferencia entre dos o más derechos en conflicto en sentido estricto (Bernal, 2007).

En cuanto a los sub principios de idoneidad y necesidad, Robert Alexy ha expresado que, "Se trata de impedir ciertas intervenciones en los derechos fundamentales, que sean evitables sin costo para otros principios", en buena cuenta, se trata de trasladar la tesis del Optimo de Pareto al ámbito de actuación

de los derechos fundamentales en la dinámica de sus conflictos (Alexy, 1993, pág. 149).

En tales circunstancias, una decisión será óptima siempre que las medidas que se tomen sean adecuadas o eficaces para promover el fin y siempre que no existan otros medios, que permitan lo mismo con menos riesgos o lesiones para los derechos. El control de las posibilidades fácticas no constituye propiamente un control jurídico, sino más bien convoca la racionalidad práctica, en la medida que tiene que ver con aproximaciones del entendimiento racional común para la evaluación de medios y fines y de las posibilidades reales de su realización.

Una medida resultara idónea para lograr un fin, cuando razonablemente pueda inferirse que de su puesta en práctica resultan ventajas tangibles a favor del derecho o principio que está siendo alentado o promovido. Así, (Carbonell & Grández, 2010) sostienen que, "*Si el afectado tiene que soportar una restricción a su derecho, por lo menos, se espera que el medio pueda fomentar el logro del fin*". Se trata entonces de una exigencia de idoneidad del medio no estricta sino más bien "débil" como ha sugerido mayoritariamente la doctrina.

Por el juicio de necesidad, una medida resulta indefectible si es que el análisis fáctico del caso arroja como resultado que no ha medios alternativos o los que los que aparecen como tales, resultan menos ventajosos o eficaces con relación a la promoción del bien constitucional materia de examen; en consecuencia se debe proseguir con el análisis de proporcionalidad en sentido estricto.

Se debe recordar que la medida es necesaria cuando: a) la existencia de otros medios, y; b) la posibilidad de que tales medios puedan ser mejor calificados respecto de su nivel de eficacia en la promoción del fin constitucional.

En cuanto al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conocido también en la jurisprudencia alemana como juicio de ponderación, Alexy lo ha estructurado en tres niveles o elementos de análisis: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y la carga de la argumentación. Su núcleo sin embargo está centrado en la concreción de la ley de la ponderación que reza: "*Cuando mayor sea el grado de*

no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro" (Alexy, 1993).

De este modo, la ponderación consiste en una operación de confrontación de expectativas que se fundan en disposiciones iusfundamentales que prima facie promueven acciones contradictorias. Para establecer racionalmente cuales expectativas tienen respaldo a partir de la norma fundamental, Alexy propone tres pasos: "En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro" (Carbonell & Grández, 2010). La suerte de la ponderación depende de que sea factible dar estos tres pasos siguiendo algún plan racional.

5.7 RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD

Como ha ocurrido también en otros escenarios, la estructura alemana del test de proporcionalidad en sus tres niveles de evaluación (idoneidad, necesidad y ponderación) no siempre estuvieron presentes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, siendo su incorporación una respuesta a un cierto grado de desarrollo y estandarización de la jurisprudencia de nuestro país.

En un primer momento, tampoco han sido claras las distinciones entre proporcionalidad y razonabilidad (Rubio Correa, 2005), en la medida que el Tribunal los venía tratando como un "par conceptual inescindible". Posteriormente, el Tribunal intentó una distinción analítica siguiendo un planteamiento de Manuel Atienza (Atienza, 1987). En tal sentido el Tribunal estableció que una decisión resultara razonable, en cuanto a su resultado en un caso concreto, si es que sigue un procedimiento racional para la toma de dicha decisión. El procedimiento racional sería, en este caso, el test de proporcionalidad. Así, a decir del Tribunal:

"(...) Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres sub principios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación" (STC N° 2192-2004-AA, Fundamento 15).

No obstante, esta argumentación resulto ser transitoria. En la sentencia 045-2004-AI el Tribunal se decide por incluir dentro de la estructura del test de proporcionalidad el análisis de razonabilidad. El contexto, es el análisis de una ley a la que se le imputa un tratamiento discriminatorio. En esta ocasión, tras establecer que *"(...) la razonabilidad aparece como una exigencia de fundamento, de una razón o base que justifique el tratamiento diferente"*, el Tribunal recuerda su jurisprudencia, conforme a la que:

"Por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional" (STC N° 2192-2004-AA, Fundamento 06).

De este modo, si la razonabilidad se vincula con el establecimiento de fines o la exigencia de justificación prima facie, de toda intervención en el ámbito de los derechos fundamentales, entonces:

"(...) la razonabilidad, en estricto, se integra en el principio de proporcionalidad. Uno de los presupuestos de este es la exigencia de determinar la finalidad de la intervención en el derecho de igualdad. Por esta razón, lo específico del principio de razonabilidad está ya comprendido como un presupuesto del principio de proporcionalidad".

Como ha escrito Bernal Pulido, comentando precisamente esta decisión del Tribunal Peruano, *"El primer sub principio de la proporcionalidad, es decir el sub principio de idoneidad, (...), presupone, es obvio, que esta finalidad exista"* (Bernal Pulido, La aplicación del principio de proporcionalidad en el juicio de igualdad. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 045-2004-PI/TC, 2006). En tal sentido, para el máximo Tribunal: *"el principio de proporcionalidad ya lleva consigo, como presupuesto, la exigencia de razonabilidad y, por otra parte, integra adicionalmente el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación"*.

Pero no es solo con relación a la aclaración conceptual entre razonabilidad y proporcionalidad en lo que aporta la sentencia N.º 045-2004-AI. También aquí aparece por vez primera planteados de manera analítica los pasos del test alemán de proporcionalidad, aun cuando con alguna peculiaridad tratándose del análisis de una medida discriminatoria. A partir de esta sentencia, también en la jurisprudencia peruana, el análisis de proporcionalidad de cualquier medida que interviene en el ámbito prima facie protegido por un derecho fundamental, deberá realizarse mediante los tres pasos progresivos de idoneidad del medio, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

El test de idoneidad del medio y/o medida.-

Según el Tribunal: *"La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin"*.

Este análisis debe vincular, a juicio del Tribunal, los medios, la finalidad y el objetivo. Para decirlo en términos más sencillos, debe tratarse de medidas que se vinculan con fines constitucionales y a su vez, debe tratarse del logro de acciones o estado de cosas tangibles (objetivos) (Bernal Pulio, 2005). En palabras del Tribunal, el análisis de idoneidad supone, "(...) de un lado, que ese objetivo sea legítimo; y, de otro, que la idoneidad de la medida examinada tenga relación con el objetivo, es decir, que contribuya de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante" (STC N° 003-2005-AI/TC, Fundamento 69).

El análisis de idoneidad, al no ser exigente no ha sido materia de mayores pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Limitándose a desarrollar algunos casos para identificar sus diferentes pronunciamientos.

En primer Lugar, incluso antes de la estructura en tres niveles, en la ya referida sentencia sobre la legislación contra el terrorismo, el Tribunal llegó a establecer, sin ambages, que en el ámbito de actuación del legislador penal, estaba proscrita, por in idónea, la pena de cadena perpetua. Esto porque a decir del TC: *"la proyección del principio de dignidad comporta la obligación estatal de realizar las medidas adecuadas y necesarias para que el infractor de determinados bienes jurídicos-penales pueda reincorporarse a la vida comunitaria"* (STC N° 010-2002-AI/TC, Fundamento 187)

Con ello el Tribunal dejó sentado que: *"La cadena perpetua, en si misma considerada, es repulsiva con la naturaleza del ser humano. El Estado Constitucional de Derecho no encuentra justificación para aplicarla, aun en el caso que el penado, con un ejercicio antijurídico de su libertad, haya pretendido destruirlo o socavarlo"* (STC N° 010-2002-AI/TC, Fundamento 188).

De este modo, la cadena perpetua resultaría a decir del TC, una medida desproporcionada por inadecuada con relación a los fines constitucionales de la pena, que no puede sino orientarse hacia la resocialización del condenado y no a su "cosificación" en el que este termina considerado como un objeto de la

política criminal del Estado, sin posibilidades de ser objeto de medidas hacia su resocialización.

Años más tarde, sin embargo, el Tribunal declinaría de esta postura garantista inicial, al convalidar la cadena perpetua para el caso de los reincidentes (STC N° 014-2006-AI/TC, Fundamento 47).

El test de necesidad o indispensabilidad.-

La sentencia 045-2004-AI, se analiza sobre la existencia de medios alternativos optados por el legislador que no sean gravosos, o que en la mayoría de los casos respete el medio utilizado. Según el Tribunal Constitucional se trataría del “análisis de una relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos”.

Respecto al examen de necesidad, el Tribunal Constitucional ha señalado que éste importa el análisis de dos aspectos:

- I. Identificación de si hay medios hipotéticos alternativos idóneos;
- II. Determinación si tales medios idóneos no intervienen en la prohibición de discriminación; y,
- III. Determinación si la intervención reviste menor intensidad;

Dicho análisis de medios alternativos se efectúa con relación al objeto del trato diferenciado y no con su finalidad. Cabe recordar que el medio alternativo hipotético debe ser idóneo para la consecución del objeto del trato diferenciado.

En ese sentido, son dos los aspectos que han de analizarse bajo el sub principio de necesidad:

- a) Que existan medios alternativos igualmente idóneos para la realización del objetivo; y,

- b) Que tales medios no afectan el principio de igualdad o, de hacerlo, la afectación reviste menor intensidad que la contenida en la norma impugnada.

El test de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.-

La sentencia 045-2004-AI (Caso PROFA), se dejó establecido que: *“La proporcionalidad en sentido estricto o ponderación consiste en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho fundamental”* (STC N° 045-2004-AI/TC, Fundamento 40).

Al respecto, ha quedado establecido que la ponderación supone evaluar las posibilidades jurídicas de realización de un derecho que se encuentra en conflicto con otro. Tal como lo señala ALEXY *“si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio contrapuesto, entonces las posibilidades jurídicas para la realización de la norma de derecho fundamental dependen del principio contrapuesto”* (Alexy, 1993).

Asimismo, es de observarse que la asignación de valores fue la fórmula que ha seguido el Tribunal al momento de efectuar la comparación entre grados de intervención y niveles de satisfacción, muchos juristas hablan así de intervenciones intensas, medias y leves.

Según lo desarrollado en la STC N° 045-2004-AI/TC, el Tribunal opta por una estructura de tres niveles (bajo, medio y alto); sin embargo, quizá podría seguirse otros modelos a efectos de lograr puntos intermedios: por ejemplo, Muy intenso, intenso moderado e intenso. Así podrían establecerse en cada nivel, para evitar posibilidades de empates que generan frustraciones en el análisis de proporcionalidad.

Lo expuesto en el presente capítulo, permite concluir que el otorgamiento descontrolado de incrementos económicos a los servidores públicos sin la

observancia del principio de equilibrio presupuestal, podría generar un impacto directo al presupuesto público; y por ende, afectar los derechos fundamentales del colectivo, toda vez que implicaría el reajuste del presupuesto en sectores como la salud, educación, etc.

Es importante tener presente que el sector público es muy diferente al sector privado, éste último distribuye su utilidad en el marco del alcance que le corresponde; sin embargo, en el sector público la utilidad que genera sus empresas o entidades públicas se deriva al tesoro público, y es el Estado quien debe realizar una correcta redistribución de la riqueza sin la existencia de preferencias a sectores exclusivos, sino que el presupuesto que designe para un año fiscal pueda cubrir las necesidades de todos los ciudadanos.

CAPÍTULO VI

UN ARBITRAJE ECONÓMICO LABORAL EN EL SECTOR PÚBLICO QUE RESPETE EL EQUILIBRIO PRESUPUESTAL

6.1 LÍMITES LEGALES AL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL SECTOR PÚBLICO

La negociación colectiva puede definirse como el procedimiento por el cual los trabajadores y empleadores, mediante el intercambio recíproco de propuestas y contrapropuestas, buscan llegar a un acuerdo sobre remuneraciones, condiciones de trabajo y otros aspectos de carácter laboral (Arévalo Vela, Las Relaciones Colectivas de Trabajo en la Ley del Servicio Civil en Homenaje Aniversario de la SPDTSS, 2013).

A nivel constitucional, el derecho a la negociación colectiva válido para todo tipo de trabajadores, se encuentra consagrado en el artículo 28 de nuestra Constitución Política, la cual dispone:

“Artículo 28.- El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

- 1. Garantiza la libertad sindical.*
- 2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos.*
- 3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones.”*

Asimismo, encontramos una disposición de carácter específico respecto de los servidores públicos:

“Artículo 42. - Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos.

No están comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de la Fuerzas Armadas y Policía Nacional”.

Es de observarse que la Constitución de 1993 establece expresamente el derecho de los servidores públicos a la sindicación y la huelga, pero no hace mención expresa de su derecho a la negociación colectiva; no obstante, no puede generarse una interpretación negativa para esos trabajadores, ya que como se ha desarrollado en el presente trabajo si tienen dicho derecho.

De acuerdo con lo señalado, se podría decir que la negociación colectiva “comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de:

- a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o
- b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o
- c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores.”

Como se puede observar la negociación colectiva tiene como foco de atención las condiciones de trabajo y la regulación de las relaciones entre los empleadores y los trabajadores a través del dialogo entre las partes.

Por su parte, el derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos se encuentra reconocido de manera específica en el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo (ratificado por nuestro país el 27 de octubre de 1980), cuyo artículo 7 dispone: *“Deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que*

permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones.”

El artículo 8 del mismo del citado convenio dispone de forma complementaria: *“La solución de los conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá tratar de lograr, de manera apropiada a las condiciones nacionales, por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, establecidos de modo que inspiren la confianza de los interesados.”*

Asimismo, y como se ha señalado en los párrafos precedentes, la negociación colectiva de los servidores y los trabajadores de las entidades o empresas del Sector Público se encuentra garantizada en los artículos 28 y 42 de nuestra Constitución, no es menos cierto las evidentes diferencias entre la negociación colectiva en el ámbito privado y el público, siendo que ésta última requiere del respeto al equilibrio de los presupuestos en los que se basa el Estado para una correcta y segura conducción del país.

Como podemos observar, el artículo constitucional no autoriza a imponer a los servidores públicos limitaciones o exclusiones respecto al ejercicio de los derechos de libertad sindical, entre ellos, los de negociación colectiva, más allá de los casos mencionados en el texto constitucional de modo expreso y de las admitidas expresamente por las normas internacionales sobre la materia ratificadas por el Perú. Sin embargo, no tener en cuenta el principio de equilibrio presupuestal del Estado claramente afectaría las regulaciones previstas en la Ley de Presupuesto del Sector Público y de la Ley del Servicio Civil - Ley N° 30057.

El Tribunal Constitucional en el fundamento quinto de la sentencia del expediente 0785-2004-AA/TC estableció que el derecho constitucional a la negociación colectiva se concreta también en el deber del Estado de fomentar y estimular la negociación colectiva entre los empleadores y trabajadores, conforme a las condiciones nacionales, de modo que la convención colectiva que se deriva de

la negociación colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado. Esto significa que el Estado no puede negar de manera alguna la posibilidad de alentar la negociación colectiva con sus servidores, más aún cuando el propio Tribunal Constitucional ha sostenido en la sentencia del expediente 0008-2005-PI/TC que *“(...) los derechos de sindicación y huelga que la Constitución reconoce a los trabajadores, también son aplicables a los empleados públicos, con las limitaciones que el propio texto constitucional establece.”*

En la misma sentencia el Tribunal Constitucional recuerda que *“(...) ha dejado establecido que, para una adecuada interpretación del derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, es preciso tener en cuenta el Convenio N.º 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.”*

Ahora, si bien el Tribunal Constitucional ha establecido el derecho de los todos los trabajadores a la negociación colectiva laboral, también ha precisado que el ejercicio del derecho a la negociación colectiva, como cualquier otro derecho, no es absoluto y está sujeto a límites, entre los que se encuentran las normas en materia presupuestaria para el caso de los trabajadores del sector público. En ese sentido, las negociaciones colectivas de los servidores públicos deben realizarse tomando en cuenta el límite constitucional de un presupuesto equilibrado y equitativo, el cual es aprobado por el Congreso de la República.

Igualmente, el Tribunal Constitucional ha precisado que, el que se regulen disposiciones legales que obligan a que todo acto relativo al empleo público que tenga incidencia presupuestaria deba estar debidamente autorizado y presupuestado, no vulnera per se el derecho a la negociación colectiva y a la libertad sindical. Por ello, los acuerdos logrados mediante la negociación colectiva que tengan incidencia económica se podrán autorizar y programar en el presupuesto.

Como resulta claro, el Tribunal Constitucional ha establecido que toda mejora económica debe armonizarse con la disponibilidad presupuestaria, a cuyo efecto

debe tenerse asegurado su financiamiento mediante ingresos propios, a fin de no afectar el equilibrio presupuestario (Fundamento 11 de la STC 01035-2001-AC/TC, publicada el 3 de junio de 2003).

Aunado a ello, es importante señalar que en todo proceso de negociación colectiva y de arbitraje de las entidades o empresas del sector público deben respetarse las normas y resoluciones del Tribunal Constitucional que detallamos a continuación:

- El artículo 77 de la Constitución Política del Perú, el cual prescribe que:

“La Administración económica y financiera del Estado se rige por la Ley de Presupuesto que anualmente aprueba el Congreso de la República”

(...)

El Presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden de eficiencia y necesidades sociales básicas y de descentralización”.

- El artículo 78 de la Constitución Política del Perú, el cual señala que:

“El Presidente de la República envía al Congreso el proyecto de Ley de Presupuesto dentro de un plazo que vence el 30 de agosto de cada año.

En la misma fecha, envía también los proyectos de ley de endeudamiento y equilibrio financiero.

El proyecto presupuestal debe estar efectivamente equilibrado”

- El artículo 82 de la Constitución Política del Perú, el cual establece que:

“La Contraloría General de la República (...) es el órgano superior del Sistema Nacional de Control. Supervisa la legalidad de la ejecución

del presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control”

- El artículo 6 de la Ley 30879, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2019 establece que:

“Se encuentra prohibido (...) el reajuste o incremento de remuneraciones, bonificaciones, dietas, asignaciones, retribuciones, estímulos, incentivos, compensaciones económicas v conceptos de cualquier naturaleza, cualquiera sea su forma o modalidad, periodicidad o fuente de financiamiento.

Asimismo, prohíbe la aprobación de nuevas bonificaciones, beneficios, asignaciones, incentivos, estímulos, retribuciones, dietas, compensaciones económicas y conceptos de cualquier naturaleza con las mismas características señaladas anteriormente”.

Agregado que:

“Los arbitrajes en materia laboral se sujetan a las limitaciones legales establecidas por la presente norma y disposiciones legales vigentes”

- El numeral 7.2 del artículo 7 de la Ley de Presupuesto para el año fiscal 2019, Ley N° 30879, el cual establece que:

“7.2. Las entidades públicas que cuenten con personal del régimen laboral de la actividad privada se sujetan a la Ley N° 27735 para el abono de las gratificaciones... (...) Asimismo, otorgan la bonificación por escolaridad hasta por el monto señalado en el inciso b) del numeral 7.1, salvo que por disposición legal vengán entregando un monto distinto del señalado.

El inciso b) del numeral 7.1 precisa que:

La bonificación por escolaridad que se incluya en la planilla de pago correspondiente a Enero, asciende hasta la suma de S/.400.00”.

- La Quincuagésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951 - Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, la cual estableció que:

“(…) los procedimientos de negociación o arbitraje laboral sólo podrán contener condiciones de trabajo. Asimismo, dispone que son nulos de pleno derecho /os acuerdos, resoluciones o los laudos arbitrales que se adopten en violación de lo dispuesto por la presente disposición, agregando que dicha disposición es de carácter permanente en el tiempo”

- Artículo 2 de la Ley 30880 - Ley del Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2019, el cual precisa que:

“Artículo 2.- La estabilidad de la ejecución del Presupuesto de Sector Público para el Año Fiscal 2019, se sustenta en la observancia de las disposiciones previstas en el Decreto Legislativo 1276, decreto que aprueba el Marco de la Responsabilidad y Transparencia Fiscal del Sector Público no financiero”

- El Artículo 42 de la Ley 30057, el cual circunscribe la negociación colectiva a nivel de las entidades de la Administración Pública a las condiciones no económicas, indicando lo siguiente:

“Artículo 42.- Solicitudes de cambio de condiciones de trabajo o condiciones de empleo.

Los servidores civiles tienen derecho a solicitar la mejora de sus compensaciones no económicas, incluyendo el cambio de condiciones de trabajo o condiciones de empleo, de acuerdo con las posibilidades

presupuestarias y de infraestructura de la entidad y fa naturaleza de las funciones que en ella se cumplen.”

- El Artículo 43, inciso e) de la Ley 30057, que delimita el alcance de la negociación colectiva a las condiciones de trabajo o empleo, excluyendo las condiciones económicas:

“Artículo 43.- Inicio de la negociación colectiva.

La negociación colectiva se inicia con la presentación de un pliego de reclamos que debe contener un proyecto de convención colectiva, con Jo siguiente:

(...)

e) Las peticiones que se formulan respecto a las condiciones de trabajo y empleo que se planteen deben tener forma de cláusula e integrarse armónicamente dentro de un proyecto de convención. Se consideran condiciones de trabajo de empleo, los permisos, licencias, capacitación, uniformes, ambiente de trabajo y, en general todas aquellas que faciliten la actividad del servidor civil para el cumplimiento de sus funciones.”

- El artículo 44 de la Ley del Servicio Civil, Ley N° 30057, señala que:

“La negociación y los acuerdos en materia laboral se sujetan a lo siguiente:

a) El pliego de reclamos se presenta ante la entidad pública entre el 1 de noviembre y el 30 de enero del siguiente año.

b) La contrapropuesta o propuestas del a entidad relativas a compensaciones económicas son nulas de pleno derecho

e) Las negociaciones deben efectuarse necesariamente hasta el último día del mes de febrero. Si no se llegara a un acuerdo, tas partes pueden utilizar los mecanismos de conciliación hasta el 31 de marzo

d) Los acuerdos suscritos entre los representantes de la entidad pública y de los servidores civiles tienen un plazo de vigencia no menor

de dos años y surten efecto obligatoriamente a partir del 1 de enero del ejercicio siguiente. Similar regla se aplica a los laudos arbitrales.

e) Los acuerdos y los laudos arbitrales no son de aplicación a los funcionarios ni a los servidores de confianza. Es nulo e inaplicable todo pacto en contrario

Son nulos los acuerdos adoptados en violación de lo dispuesto en el presente artículo.”

- El Reglamento General de la Ley de Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM que en su artículo 76, señala que:

“El laudo arbitral en las negociaciones colectivas del Sector Público: En ningún caso podrá pronunciarse sobre compensaciones económicas o beneficios de esta naturaleza, ni disponer medida alguna que implique la valorización de los puestos que resulten de la aplicación de la ley y sus normas reglamentarias”.

- Los artículos 73 y 74 del Reglamento General de la Ley de Servir aprobado por Decreto Supremo N° 0402014-PCM en los cuales se establece:

“Artículo 73.- Vigencia del convenio.

Los convenios colectivos tienen una vigencia de dos (02) años que se inicia el 1 de enero del año inmediato siguiente a que se llegue a acuerdo en la negociación, siempre que esta no tenga efecto presupuesta/ o que teniéndolo pueda ser asumido por la entidad. Si el acuerdo se produjera luego del quince (15) de junio y el efecto presupuestal no pudiera ser asumido por la entidad, el acuerdo regirá en el periodo presupuestal subsiguiente”

“Artículo 74.- Del arbitraje

De no llegarse a 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. En el supuesto que el laudo se emita hasta el quince {15} de junio se aplicará lo establecido en el artículo anterior. Si el laudo se emitiera luego de esa fecha, el mismo regirá en el periodo presupuesta/ subsiguiente.”

- La Sentencia emitida en el Proceso de inconstitucionalidad N° 00008-2005- PI/TC (Caso Ley Marco del Empleado Público) en la cual se establece lo siguiente:

“En el caso del Perú, el ejercicio del derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos, a través de sus organizaciones sindicales, como cualquier otro derecho, no es absoluto y está sujeto a límites.”

En efecto, dentro de las condiciones nacionales a que se hace referencia el convenio 151, la Constitución establece determinadas normas relativas al presupuesto público. En efecto, a tenor de los artículos 77 y 78 de la Norma Suprema, el presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, y su proyecto debe estar efectivamente equilibrado.

Consecuentemente sí el empleador de los servidores públicos es el estado a través de sus diferentes dependencias, las limitaciones presupuestales que se derivan de la Constitución deben ser cumplidas en todos los ámbitos del Estado.

Por ello, en el caso de las negociaciones colectivas de los servidores públicos éstas deberán efectuarse considerando el límite constitucional que impone un presupuesto equilibrado y equitativo, cuya aprobación corresponde al Congreso de la República ya que las condiciones de empleo en la administración pública se financian con los recursos de los contribuyentes y de la Nación” (el resaltado es agregado)

De acuerdo con las normas y pronunciamientos antes señalados, se puede colegir que legalmente existen limitaciones para las entidades o empresas del sector público que restringen su capacidad negocial, viéndose en un estado de desventaja o desigualdad ante la organización sindical que presenta el pliego de reclamos.

6.2 LA GARANTÍA DEL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD, DEL CONTROL CONCENTRADO EFECTUADO SOBRE LAS MISMAS NORMAS LEGALES POR EL MÁXIMO INTÉRPRETE DE LA CONSTITUCIÓN, DE LA VACATIO SENTENTIAE Y LA COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL

No habiendo cuestionamiento alguno respecto de la especial naturaleza del arbitraje como una sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, se debe reconocer también la garantía del ejercicio del control difuso ante la presencia de una norma que resulte incompatible con la Constitución y los derechos reconocidos en ella, así como también la garantía del ejercicio del control concentrado efectuado por el máximo intérprete de la Constitución.

En este sentido el Tribunal Constitucional se ha pronunciado de manera concluyente en la Sentencia recaída en el Expediente N° 00142-2011-PA/TC, al señalar lo siguiente:

“Siendo el arbitraje una jurisdicción independiente (...), y debiendo toda jurisdicción poseer las garantías de todo órgano jurisdiccional (como las del Poder Judicial), es consecuencia necesaria de ello que la garantía del control difuso de constitucionalidad, prevista en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución pueda también ser ejercida por los árbitros en la jurisdicción arbitral, pues el artículo 138 no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal, como exclusiva de la jurisdicción ordinaria o constitucional” (Fundamento jurídico N° 24).

Como consecuencia de lo antes indicado, en la misma sentencia el Tribunal Constitucional dispone que “(...) *de presentarse en un proceso arbitral una incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los árbitros deben preferir la primera*” (Fundamento jurídico N° 25).

De esta manera, la garantía del ejercicio del control difuso se encuentra plenamente reconocida para los árbitros en la jurisdicción arbitral, conforme lo ha indicado el Tribunal Constitucional, la cual ha sido aplicada en diversos pronunciamientos.

Sin embargo, lo antes expuesto no puede desconocer lo regulado en el artículo 201° de la Constitución Política del Perú, que señala que el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Así, nos hallamos frente a un “*control concentrado*” de la Constitución que, de acuerdo con su artículo 202°, implica que el Tribunal Constitucional es competente – entre otros aspectos – para conocer, en instancia única, las acciones de inconstitucionalidad promovidas contra las normas con rango de Ley.

De ahí que, el artículo 204° de la Constitución indica que, la sentencia del Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de una norma, se publica en el diario oficial y, al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. En concordancia con ello, el Artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237, señala –entre otros- que los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada.

Ciertamente, el Artículo VI antes citado regula las pautas que los Jueces y, en consecuencia, los miembros de los Tribunales Arbitrales, deben observar al momento de aplicar la facultad del “Control Difuso”. Así, la referida norma indica lo siguiente:

“Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional

Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.

(El énfasis es añadido).

De esta manera, la consagración constitucional del arbitraje como sede jurisdiccional, implica reconocer de un lado el ejercicio del control difuso de constitucionalidad, y al mismo tiempo de otro lado, reconocer y respetar el ejercicio del control concentrado efectuado por el máximo intérprete de la Constitución y con las mismas garantías y limitaciones previstas para su ejercicio en sede judicial (por los Jueces).

Por tanto, si los jueces están obligados a no dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad, del mismo modo están obligados a respetar la interpretación que de ellas ha efectuado el supremo intérprete de la Constitución, por lo que si de ellas se

concluye la aplicación de un periodo de “*vacatio sententiae*”, dicha obligación es también aplicable a los miembros que compongan un tribunal arbitral.

En efecto, lo antes indicado ha sido reconocido por el propio Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 00142-2011-PA/TC, fundamento 26, en concordancia con el Acápito 2 de la Parte Resolutiva de la referida Sentencia, estableció con carácter de precedente de observancia obligatoria, la siguiente regla:

“El control difuso de la jurisdicción arbitral se rige por las disposiciones del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia vinculante dictada por este Tribunal Constitucional sobre el control difuso. Sólo podrá ejercerse control difuso de constitucionalidad sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes”.

(El énfasis es añadido).

Consecuentemente, la posibilidad de aplicar el control difuso es posible siempre y cuando se ejercite directamente sobre una norma legal, pero este control no tiene cabida, ni puede ejercerse sobre interpretaciones ya efectuadas sobre las mismas normas por el propio Tribunal Constitucional, ya que ello importaría una revisión de lo dispuesto en una Sentencia con carácter de cosa juzgada constitucional.

En este sentido, si bien es cierto en fuero arbitral se puede aplicar el control difuso, éste solo se puede aplicar en ciertos casos; es por ello, que cualquier laudo arbitral que conceda mejoras económicas, se apartaría de la interpretación hecha por las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional sobre la “*vacatio sententiae*” y procede en forma contraria a la

cosa juzgada constitucional al re examinar, re interpretar y disentir de la decisión tomada por el máximo interprete, vaciando de contenido o como si no existiera un periodo de *vacatio sententiae* sujeto al cumplimiento de condiciones suspensivas, la dación de una nueva ley sobre relaciones colectivas de trabajo para el sector público para garantizar el equilibrio presupuestal, y más aún cuando la misma sentencia exhortativa exige que cualquiera fuese el modelo por el que opte el legislador, la aprobación final de los beneficios o compensaciones de carácter económico ha de contemplar la aprobación parlamentaria, puesto que es necesario que el resultado de la negociación colectiva no genere un exceso de gastos que conlleven un desbalance en el Presupuesto General de la República conforme a lo señalado de manera expresa en el Fundamento 192 de la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 26 de abril de 2016, sobre la inconstitucionalidad de la Ley de SERVIR.

Si esto es así, cualquier laudo que contemple condiciones de carácter económico debe pasar previa y necesariamente por la aprobación del Congreso de la Republica en acatamiento de lo dispuesto, supuesto de la sentencia exhortativa que no puede ser desconocido, pues de lo contrario importaría la nulidad de cualquier acuerdo de carácter económico por inobservancia del debido proceso.

Lo cierto es que una vez que el Tribunal Constitucional interpreta la norma y determina el modo y forma en la que debe aplicarse, no cabe volver a cuestionarla, así sea por motivos o razones diferentes. La garantía de la cosa juzgada constitucional y la seguridad jurídica así lo exige, por lo que no cabe proceder a un nuevo análisis así sea desde una perspectiva distinta de una supuesta caducidad del periodo de un año para legislar sobre la materia, ni menos aun cuando no se ha regulado el sistema de aprobación parlamentaria de los acuerdos de contenido económico.

En conclusión, una vez que el Tribunal Constitucional interpreta la norma y determina el modo y forma en la que debe aplicarse, no cabe volver a cuestionarla, así sea por motivos o razones diferentes. La garantía de la cosa

juzgada y la seguridad jurídica así lo exige, por lo que no cabe proceder a un nuevo análisis así sea desde una perspectiva distinta.

6.3 LA DEFINICIÓN DE LA VACATIO SENTENTIAE, DEL EQUILIBRIO PRESUPUESTAL Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE ACUMULADO N° 003-2013- PI/TC, 0004-2013-PI/TC Y 0023-2013-PI/TC QUE RESOLVIÓ LA DEMANDA SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE PRESUPUESTO PÚBLICO:

Asimismo, debe tenerse presente que en la Sentencia del Plena Jurisdiccional de fecha 03 de setiembre de 2015, recaída en el expediente acumulado N° 003-2013-PI/TC, 0004-2013- PI/TC y 0023-2013- PI/TC, el Tribunal Constitucional ha evaluado y se ha pronunciado respecto de la constitucionalidad por la forma y por el fondo del artículo 6 de la Ley 29951 (Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2013), cuyo contenido es el mismo que la Ley de Presupuesto de Sector Público para el año fiscal 2016 (Ley N° 30372), la Ley de Presupuesto de Sector Público para el año fiscal 2017 (Ley N° 30518), la Ley de Presupuesto de Sector Público para el año fiscal 2018 (Ley N° 30693) y la Ley de Presupuesto de Sector Público para el año fiscal 2019 (Ley N° 30880).

Asimismo se ha pronunciado respecto de la constitucionalidad por la forma de la Quincuagésima Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 29951. declarando que las limitaciones indefinidas o que impidan que en el futuro los trabajadores puedan negociar sus condiciones laborales, más allá de un periodo de tres (03) años, en sí misma es inconstitucional, pero que debe observarse el principio del equilibrio presupuestal, decretando también en base a ello la "vacatio sententiae", postergando los efectos de dicha declaración, considerando el impacto de su decisión en el ámbito de la economía nacional y el deber primordial del Estado que proclama el artículo 44 de la Constitución de promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

Baja esta premisa, de obligatorio cumplimiento establecida por el máximo interprete de la Constitución, dicho periodo de "vacatio sententiae" comenzara contarse desde la primera legislatura ordinaria del periodo 2016-2017, y no podrá

exceder de un año, exhortando al Congreso de la República para que emita la legislación pertinente, conforme a lo dispuesto en dicha sentencia; hecho que recién se logró en el año 2020, mediante el Decreto de Urgencia 014-2020, Decreto de Urgencia que regula disposiciones generales que son necesarias para la negociación colectiva en el sector público, el cual será materia de comentario en líneas siguientes.

Sin perjuicio de señalado en las últimas líneas del párrafo anterior, lo cierto es que la determinación de la "Vacatio Sententiae" no está contenida en un solo pronunciamiento del Tribunal Constitucional, o de manera aislada, respecto de una de las normas legales cuestionadas; sino que lo ha hecho de manera reiterada al pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de algunos artículos de la Ley de SERVIR y su Reglamento; así como también sobre la inconstitucionalidad de algunos artículos de la Ley de Presupuesto, pero en ambos casos ha determinado y concluido la necesidad de diferir los efectos jurídicos y económicos de las mismas; hecho incontrovertible frente al cual, los árbitros no pueden abocarse a revisar lo resuelto, ni cuestionar dicha decisión e interpretación.

Así debe tenerse en cuenta que la definición de la "Vacatio Sententiae" ha sido determinada por el propio Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente No. 0004-2006-PUTC en la que señala que:

"...La potestad de los Tribunales Constitucionales de diferir los efectos de sus sentencias de acuerdo a la naturaleza de los casos sometidos a su conocimiento, constituyen un elemento de vital importancia en el Estado Constitucional, pues se difiere con el objeto de evitar los efectos destructivos que podría generar la eficacia inmediata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley. Ello no implica una total discrecionalidad, o arbitrario accionar por parte del Tribunal Constitucional, sino todo lo contrario. Como sostiene Zagrebelsky, esta potestad de diferir los efectos de sus decisiones "empleada con prudencia y, al mismo tiempo, con

firmeza por parte de la Corte Constitucional, serla la demostración de un poder responsable y consciente de las consecuencias." El orden y la gradualidad en la transformación del derecho son exigencias de relevancia, no simplemente de hecho, sino constitucional. Es por ello que la Corte no puede desinteresarse de los efectos de los pronunciamientos de inconstitucionalidad, cuando estos pueden determinar consecuencias que trastornen aquel orden y aquella gradualidad. En tales casos, ella no puede observar Pura y simplemente- es decir ciegamente- la eliminación de la ley inconstitucional, tanto para el pasado como para el futuro. La &lea de la responsabilidad exige esta atención".

Bajo esta premisa, se puede concluir que la "vacatio sententiae" decretada por el supremo intérprete de la Constitución, no puede ser objeto de revisión por un órgano de inferior jerarquía o por un tribunal arbitral, ya que contiene un mecanismo para modular los efectos de sus sentencias en el tiempo cuya finalidad es evitar los efectos destructivos y las lagunas normativas que se generarían desconociendo su responsabilidad constitucional, si se decidiera que la sentencia de inconstitucionalidad surta efectos al día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano.

Nos guste o no, los tribunales, jueces ordinarios y árbitros no están facultados a contradecir, disentir, revisar o re interpretar las Sentencias del Tribunal Constitucional. Por el contrario, conforme a lo dispuesto por el párrafo final del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional deben aplicar las normas y reglamentos según los preceptos conforme a la interpretación de los mismos que resulten de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

Consecuentemente, habiendo ya ejercido el Tribunal Constitucional el control concentrado como máximo intérprete de la Constitución, se concluye que en mérito de dicha interpretación, quedan firmes y se mantienen como válidas y vigentes las prohibiciones o restricciones de índole presupuestal que impiden el

incremento remunerativo, así como el otorgamiento de beneficios de naturaleza económica solicitados vía negociación colectiva establecidas en las Leves de Presupuesto del Sector Público, toda vez que el Tribunal Constitucional ha establecido con meridiana claridad que debe mediar previamente la dación una nueva norma con rango de ley, norma que a la fecha no existe, encontrándose por ello vigentes los alcances de la limitación presupuestal v normas existentes, más aun si en el presente caso, los trabajadores afiliados a la organización sindical han obtenido beneficios derivados de la negociación colectiva en los últimos tres años, no estando comprendidos dentro del supuesto máximo de inconstitucionalidad.

De lo expuesto se concluye que si bien es cierto es posible aplicar el control difuso sobre las leyes, no es posible hacerlo sobre interpretaciones va efectuadas por el Tribunal Constitucional sobre las mismas leyes; y menos aun cuando existen dos Sentencias del máximo intérprete de la Constitución con el carácter de cosa juzgada constitucional, las cuales al evaluar el tema han determinado un periodo de "Vacatio Sententiae", tanto para la Ley de Servir como para la Ley de Presupuesto.

6.4 EL CONTROL CONCENTRADO Y DE LA VACATIO SENTENTIAE EN LA LEY DE SERVICIO CIVIL:

La Ley del Servicio Civil, aprobada por Ley N° 30057, se publicó el 04 de julio de 2013, y tiene por objeto, establecer un régimen único y exclusivo para las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado, así como para aquellas personas que están encargadas de su gestión, del ejercicio de sus potestades y de la prestación de servicios a cargo de estas. En ese orden de ideas, en el Título III de la Ley N° 30057, se incluye el Capítulo referido a los "Derechos Colectivos", los que contienen disposiciones especiales aplicables a los servidores públicos.

Al respecto, es preciso tener en consideración lo señalado en los literales a) y d) de la Novena Disposición Complementaria y Final de la Ley N° 30057, a saber:

"NOVENA. Vigencia de la Ley

a) A partir del día siguiente de la publicación de la presente Ley, son de aplicación inmediata para los servidores civiles en los regímenes de los Decretos Legislativos 276 y 728, las disposiciones sobre el artículo III del Título Preliminar referido a los Principios de la Ley del Servicio Civil; el Título II, referido a la Organización del Servicio Civil; y el Capítulo VI del Título III, referido a los Derechos Colectivos.

Las normas de esta Ley sobre la capacitación y la evaluación del desempeño y el Título V, referido al Régimen Disciplinario y Procedimiento Sancionador, se aplican una vez que entren en vigencia las normas reglamentarias de dichas materias, con excepción de lo previsto en los artículos 17 y 18 de esta Ley, que se aplican una vez que se emita la resolución de inicio del proceso de implementación. Este dispositivo no afecta los programas de formación profesional y de formación laboral en curso.

(...)

e) Las disposiciones del Decreto Legislativo 276 y del Decreto Legislativo 728 y sus normas complementarias, reglamentarias y de desarrollo, con excepción de lo dispuesto en el literal a) de la novena disposición complementaria final de la presente Ley, son de exclusiva aplicación a los servidores sorprendidos en dichos regímenes. En ningún caso constituyen fuente supletoria del régimen que la presente ley establece".

(El énfasis es añadido).

Así, de acuerdo con lo establecido en el artículo antes citado, las disposiciones del Capítulo VI Título III, referidas a derechos colectivos, tienen aplicación inmediata para los servidores sujetos a cualquiera de los regímenes laborales, que no hayan sido excluidos de manera expresa del ámbito de aplicación de la citada norma, a partir del día siguiente de la publicación de la Ley (es decir, a partir del 05 de julio de 2013).

Es preciso entrar a analizar el contenido de dicha normativa, así como los alcances de las Sentencias recaídas en el expediente No. 00018-2013-PI/TC en la cual se evacuó la constitucionalidad de doce disposiciones de la Ley de Servir, (tales disposiciones fueron los artículos 26,31 inciso 2, 40,2,4 49 incisos i y k , y 72; la Tercera y Novena Disposiciones Complementarias; y la Cuarta y la Undécima Disposiciones Complementarias Transitorias) en la que no hubo votos suficientes para declarar su inconstitucionalidad, por lo que su constitucionalidad quedo confirmada; y la recaída en los expedientes 0025-2013-PI/TC; 0003-2014-PI/TC; 0008-2014-PI/TC y 0017-2014-PI/TC del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Servicio Civil de fecha 26 de abril de 2016, que declararon la inconstitucionalidad de varias disposiciones de la misma Ley. (tales disposiciones fueron el artículo 31.2, 42, 44.b, tercer párrafo del artículo 40 de la Ley 30057, así como de los artículos 66, primer párrafo del artículo 72, artículo 78, segundo párrafo del artículo 68 del Reglamento General de la Ley de SERVIR).

Así, desarrollaremos a continuación, en primer lugar, los aspectos de la Ley N° 30057 que reconocen los derechos de negociación colectiva a los trabajadores que se encuentran bajo su ámbito de aplicación, y en segundo, los aspectos que no fueron declarados inconstitucionales por la primera sentencia del Tribunal Constitucional, y posteriormente al ser revisados fueron declarados inconstitucionales por aplicación del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional de fecha 26 de abril de 2016, estableciéndose de forma obligatoria un periodo de “vacatio sententiae”.

Sobre el particular, el artículo 42° de la Ley N° 30057, originariamente estableció que los servidores civiles tienen derecho a solicitar únicamente la mejora de sus compensaciones no económicas, de la siguiente manera:

"Artículo 42. Solicitudes de cambio de condiciones de trabajo o condiciones de empleo

Los servidores civiles tienen derecho a solicitar la mejora de sus compensaciones no económicas, incluyendo el cambio de condiciones de trabajo o condiciones de empleo, de acuerdo con las posibilidades presupuestarias y de infraestructura de la entidad y la naturaleza de las funciones que en ella se cumplen".

En esa misma línea, el literal e) artículo 43° de la Ley N° 30057, precisaba que se entiende por condiciones de trabajo o de empleo (condiciones no económicas):

"Artículo 43. Inicio de la negociación colectiva

La negociación colectiva se inicia con la presentación de un pliego de reclamos que debe contener un proyecto de convención colectiva, con lo siguiente: (...)

f) Las peticiones que se formulan respecto a condiciones de trabajo o de empleo que se planteen deben tener forma de cláusula e integrarse armónicamente dentro de un solo proyecto de convención. Se consideran condiciones de trabajo o condiciones de empleo los permisos, licencias, capacitación, uniformes, ambiente de trabajo y, en general, todas aquellas que faciliten la actividad del servidor civil para el cumplimiento de sus funciones".

Asimismo, el artículo 44° de la Ley N° 30057, señalaba de manera expresa en su literal b) que, las contrapropuestas o propuestas de la entidad relativas a compensaciones económicas, son nulas de pleno derecho. Así, de acuerdo con el literal e) del artículo citado, los acuerdos adoptados en violación de la restricción antes indicada, eran nulos de pleno derecho.

Como consecuencia de lo expuesto, resulta evidente que la Ley N° 30057 originariamente restringió el ámbito de negociación únicamente a temas referidos a condiciones de empleo, excluyendo la negociación de conceptos de naturaleza económica. Ciertamente, lo indicado afectaba cualquier pronunciamiento arbitral, lo que incluye al arbitraje laboral, en tanto las condiciones de naturaleza económica formaban parte de las fórmulas de solución a la que se someten las partes en el curso de la negociación colectiva misma.

En este sentido, un laudo arbitral recaído en un procedimiento interpuesto para resolver un pliego de reclamos presentado por trabajadores que se encuentren en el ámbito de aplicación de la Ley N° 30057, no podría pronunciarse sobre compensaciones o beneficios de naturaleza o con impacto económico, bajo sanción de ser nulos de pleno derecho.

Tal como hemos reseñado, esta situación fue evaluada previamente en el expediente No. 00018-2013-PI/TC en la cual se evacuó la constitucionalidad de doce disposiciones de la Ley de Servir, en las que no hubo votos suficientes para declarar su inconstitucionalidad, por lo que su constitucionalidad quedó confirmada. Sin embargo, mediante la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Servicio Civil de fecha 26 de abril de 2016, recaídas en los expedientes 0025-2013 PI/TC; 0003-2014-PI/TC; 0008-2014-PI/TC y 0017-2014-PI/TC se han declarado inconstitucionales los asuntos que afectan el derecho de los trabajadores a negociar colectivamente, pero determinando de manera necesaria la observancia del equilibrio presupuestal estableciendo para el efecto, un periodo de "vacatio sententiae" que comenzara contarse desde la primera legislatura ordinaria del periodo 2016-2017, y que no

podrá exceder de un año, exhortando al Congreso de la Republica para que emita la legislación pertinente conforme a lo dispuesto en dicha Sentencia.

6.5 LA VACATIO SENTENTIAE EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE N° 00018-2013-PI/TC, QUE RESOLVIÓ LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA LA LEY N° 30057, LEY DEL SERVICIO CIVIL

Sin perjuicio de lo expuesto, es preciso nuevamente reiterar que la Ley N° 30057, en los artículos citados en el apartado precedente, había sido objeto de control constitucional por el máximo intérprete de la Constitución, como es el Tribunal Constitucional. En efecto, el colegiado se pronunció sobre la demanda de inconstitucional interpuesta contra la Ley N° 30057, a través de la sentencia recaída en el expediente N° 00018-2013-PUTC, publicada en el Diario Oficial El Peruano, el 29 de mayo de 2014.

En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional declaro fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad, solo en la expresión "(...) o judicial (...)" del segundo párrafo de la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 30057. En consecuencia, en los demás extremos de la demanda, aquella fue declarada INFUNDADA, conforme al contenido del artículo 5° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

A lo indicado, debe añadirse que el artículo 82° del Código Procesal Constitucional dispone en su primer párrafo que:

"Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad y las recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes, tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente de su publicación".

Los "efectos generales" a los que alude el dispositivo legal citado, también denominado efecto erga omnes de la cosa juzgada constitucional, obligan también a los árbitros en los procesos arbitrales laborales. Siendo ello así, el

mismo Tribunal Constitucional señaló en esta primera sentencia que los artículos 40°, 42° y 44° de la Ley N° 30057 no eran inconstitucionales, habiendo sido sometidos a control concentrado de constitucionalidad de la máxima autoridad interpretativa de los derechos contemplados en la Constitución.

Estando a ello, no resultaba posible que un Tribunal Arbitral, aplique nuevamente control difuso sobre los artículos 40°, 42° y 44° de la Ley N° 30057 pues, el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, ordena a los jueces (y en consecuencia, a los arbitrios) a no de dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

De hecho, y conforme hemos expuesto en líneas anteriores, el tercer párrafo del artículo VI Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, ordena a los miembros de los tribunales arbitrales a interpretar y aplicar las leyes, normas con rango de ley y reglamentos, conforme a —entre otros- la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

En este sentido, una vez que el Tribunal confirmó la constitucionalidad de una norma, no cabe volver a cuestionarla, así sea por razones o motivos diferentes, por cuanto ello crea inseguridad jurídica sobre la cosa juzgada. No obstante lo expuesto, cabe señalar que en el presente caso nos encontramos ante una situación *sui generis* en la que el propio Tribunal Constitucional vuelve a revisar los alcances de la Ley de SERVIR y su reglamento determinando una nueva situación jurídica distinta a la anterior, pero estableciendo una regla básica para mantener el equilibrio presupuestal de seguridad a través de la figura de la "Vacatio Sententiae" y del necesario procedimiento de aprobación parlamentaria sobre los aspectos de carácter económico que se pudieran adoptar.

Teniendo en cuenta lo expuesto, conviene dejar en claro que, la sujeción de los árbitros y tribunales arbitrales a la Constitución y a los preceptos y principios que surgen de pronunciamientos del Tribunal Constitucional, no permiten a este Tribunal Arbitral recurrir al principio *Kompetenz — Kompetenz* para revisar o re-

interpretar la interpretación que ya hizo el Tribunal Constitucional o cuestionarla dejándola sin efecto.

Cabe recordar que la sentencia exhortativa se encuentra sometida al cumplimiento de condiciones suspensivas, (la existencia de una nueva ley v que esta contemple un procedimiento de aprobación parlamentaria), por lo que en tanto no se cumplan con dichas condiciones, no es posible decretar la invalidez inmediata de las normas observadas bajo la hipótesis de una supuesta caducidad, en razón de que previamente se requiere que dichas normas sean sustituidas.

Del mismo modo, el propio Congreso de la Republica, al dictar la Ley de Presupuesto para el año 2018, manteniendo los mismos criterios de prohibición sobre el otorgamiento de beneficios de carácter económico, ratifica este criterio, al poner de manifiesto una expresa determinación de mantener su aplicación, hecho este, que lejos de demostrar la finalización de la *vacatio sententiae*, evidencia y respalda la tesis de la continuidad del periodo de suspensión, en tanto no se cumpla con la dación de una nueva norma con el agregado de que cualquier concesión de carácter económico requiere, el tantas veces mencionado procedimiento de aprobación parlamentaria.

Aceptar una hipótesis distinta, nos llevaría a contradecir el contenido del artículo 77 de la Constitución Política del Perú, el cual es desarrollado por la Ley 30693; Ley del Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2018, la cual ratifica y dispone de manera expresa la prohibición de efectuar reajustes, o incremento de remuneraciones, bonificaciones, dietas, asignaciones, retribuciones, estímulos, incentivos, compensaciones económicas y beneficios de cualquier naturaleza cualquiera sea su forma, modalidad, periodicidad y fuente financiamiento, por lo que de ello se concluye que los arbitrajes en materia laboral contenían sujetos a las limitaciones legales establecidas por la presente norma y disposiciones legales vigentes.

Es claro entonces que las normas presupuestales establecen en forma taxativa la prohibición, la excepción a la regla debe ser aprobada por ley, no a través de

un procedimiento arbitral por lo que dentro de ese contexto se mantiene de manera expresa la prohibición de que los funcionarios v/o servidores públicos, puedan proponer, negociar y solucionar pliegos de reclamos con contenido económico, bajo sanción; siendo de estricta observancia la aplicación del principio de legalidad.

En este sentido, se puede concluir que en tanto no exista una nueva norma que elimine definitivamente las disposiciones observadas como inconstitucionales se mantiene la suspensión con la consecuente observancia del principio de la legalidad. Asimismo en tanto el Tribunal Constitucional no emita un nuevo pronunciamiento por el cual declare que vencido el plazo otorgado sin que el Poder Legislativo haya cumplido la exhortación planteada, se mantiene también la suspensión.

En base a lo expuesto, se puede concluir que no puede dejar de aplicarse el contenido y mandato sobre los citados artículos 40°, 42° y 44° de la Ley N° 30057 aún vigentes, por tanto las entidades públicas no se encuentran facultadas a negociar cualquier pretensión de carácter económico.

A mayor abundamiento, cabe señalar que la Autoridad Nacional del Servicio Civil — SERVIR- a través del Oficio No. 2365-2017-SERVIR/PE ha emitido opinión técnica sobre la vigencia de la "Vacatio Sententiae", en el sentido de que siendo el mandato del Tribunal Constitucional un desarrollo legislativo, o de "configuración legal explícita", dichas limitaciones presupuestales se mantienen "per se" ; en consecuencia continua dicha limitación legal del poder pactar condición económica alguna, sin que dicha decisión contravenga el principio de equilibrio presupuestal.

NUEVAS DISPOSICIONES PARA LAS NEGOCIACIONES COLECTIVAS DEL SECTOR PÚBLICO

Al momento de finalizar la redacción de la presente investigación, se publicó en el diario oficial, El Peruano, el Decreto de Urgencia Nro. 014-2020, mediante el cual se regulan disposiciones generales que son necesarias para la negociación colectiva en el sector público.

Cómo ya lo hemos sostenido, este tema ya fue debatido por el Tribunal Constitucional en las sentencias recaídas en los expedientes: 0003-2013-PI/TC, 0004-2013-PI/TC y 0023-2013-PI/TC; y 0025-2013-PI/TC, 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-PI/TC, según las cuales, la negociación colectiva en el Sector Público es un derecho de configuración legal, por lo que resultaba necesario que se expida una norma que regule dicho derecho y garantice su adecuado ejercicio.

Si bien es cierto que la negociación colectiva de los servidores y los trabajadores de las entidades o empresas del Sector Público se encuentra garantizada en los artículos 28 y 42 de nuestra Constitución, no es menos cierto las evidentes diferencias entre la negociación colectiva en el ámbito privado y el público, siendo que ésta última requiere del respeto al equilibrio de los presupuestos en los que se basa el Estado para una correcta y segura conducción del país.

Es por ello que uno de los principales fundamentos de la promulgación del Decreto de Urgencia es la necesidad que la regulación de la negociación colectiva en el sector público contenga condiciones económicas, no económicas y de productividad que si bien respeten lo regulado por nuestra Constitución y los Convenios 98 y 151 de la OIT, también respeten el principio de equilibrio presupuestal que garantiza una correcta dirección financiera del país y tiene consolidación constitucional en los artículos 77 y 78 de la Constitución y en los Decretos Legislativos N° 1436, Decreto Legislativo Marco de la Administración Financiera del Sector Público y N° 1440, Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto Público.

Con la promulgación del Decreto de Urgencia se establece clara y rotundamente que la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR) tendrá un papel determinante en las negociaciones colectivas públicas, ya que será la encargada de que se respeten las nuevas regulaciones sobre la negociación colectiva del sector público; y, como veremos más adelante, será la encargada del Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas para entidades y empresas del Sector Público.

Principios de la negociación colectiva en el sector público:

Asimismo, un tema importante es que se ha establecido los principios que informan la negociación colectiva, tanto en sus etapas de negociación directa, como arbitral los mismos que son:

1. Legalidad.
2. Autonomía colectiva.
3. Buena fe negocial.
4. Equidad.
5. Respeto de funciones y competencias.
6. Previsión y provisión presupuestarias.
7. Responsabilidad y sostenibilidad fiscal.

Como se puede observar, tanto el principio de previsión y provisión presupuestarias, así como el de responsabilidad y sostenibilidad fiscal son determinantes para conjugar el derecho de los servidores y los trabajadores de las entidades o empresas del Sector Público a negociar mejorar en sus condiciones económicas y no económicas con el derecho que tenemos todos los ciudadanos a exigir una conducción económica del país equilibrada y responsable; y, además, exigir que en la negociación colectiva pública se establezcan condiciones de productividad en busca de un Estado eficiente.

Inaplicabilidad de los convenios colectivos y laudos arbitrales:

Conforme se establece en el artículo 42 de nuestra Constitución Política, el Decreto de Urgencia regula que los convenios colectivos y los laudos arbitrales no son de aplicación, bajo sanción de nulidad e inaplicabilidad de todo pacto en contrario, a:

1. Funcionarios públicos.
2. Directivos públicos.
3. Servidores de confianza.
4. Trabajadores que ocupan puestos de dirección.
5. Trabajadores que desempeñan cargos de confianza en empresas públicas.
6. Miembros de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional.
7. Jueces y Fiscales.

¿Quiénes participan en la negociación colectiva en este sector?

Pueden participar en la negociación colectiva del sector público:

1. Entidades Públicas:

Constituye entidad pública para efectos de la Administración Financiera del Sector Público, todo organismo con personería jurídica comprendido en los niveles de Gobierno Nacional, Gobierno Regional y Gobierno Local, incluidos sus respectivos Organismos Públicos Descentralizados y empresas, creados o por crearse; las Sociedades de Beneficencia Pública; los fondos, sean de derecho público o privado cuando este último reciba transferencias de fondos públicos; las empresas en las que el Estado ejerza el control accionario; y los Organismos Constitucionalmente Autónomos.

a) Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

b) Ministerio público, Jurado Nacional de Elecciones, Oficina Nacional de procesos Electorales, Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Junta Nacional de Justicia, Defensoría del pueblo, Tribunal Constitucional, Contraloría General de la República, así como la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (Sunat).

c) Universidades públicas.

d) Gobiernos Regionales.

e) Gobiernos Locales.

f) Organismos públicos de los niveles de gobierno regional y local.

2. Empresas Públicas:

Comprende aquellas entidades del Sector Público No Financiero pertenecientes a la actividad empresarial del Estado

a) Empresas Públicas del Gobierno Nacional, de los Gobiernos Regionales y de los Gobiernos Locales, fuera del ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE).

b) Empresas Públicas bajo el ámbito del FONAFE.

3. Otras formas organizativas que administren recursos públicos, tales como:

a) Seguro Social de Salud (EsSalud).

b) Administradores de Fondos Públicos.

Niveles de negociación colectiva en el sector público:

Se han establecido tres niveles de negociación en el sector público, conforme al siguiente cuadro:

NEGOCIACIÓN COLECTIVA A NIVEL CENTRALIZADO

Entidades	Características	Reglas
<p>1. Poder Ejecutivo: a) Ministerios y sus organismos públicos adscritos. b) Universidades Públicas.</p> <p>2. Los gobiernos regionales y sus organismos públicos adscritos.</p> <p>No están comprendidos:</p> <p>- Sector Salud: a) Profesionales de la salud. b) Personal de la salud. c) Técnicos y auxiliares asistenciales de la salud.</p> <p>- Sector Educación: a) Los docentes. b) Auxiliares de educación. c) Los docentes universitarios.</p> <p>- Poder Legislativo. - Poder Judicial. - Ministerio Público. - Contraloría General de la República. - Jurado Nacional de Elecciones. - Oficina Nacional de Procesos Electorales.</p>	<p>- Se desarrolla entre la comisión ad hoc del Poder Ejecutivo y los representantes designados por las organizaciones sindicales de los servidores públicos bajo los regímenes 276, 728, 1057 y 30057.</p> <p>- Se negocian las condiciones económicas y de productividad.</p> <p>- Las condiciones no económicas se negocian a nivel descentralizado, con la comisión ad hoc de cada entidad del Sector Público.</p>	<p>Participa la organización sindical o las organizaciones sindicales que tengan mayor representatividad de manera conjunta.</p>

<ul style="list-style-type: none"> - Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. - Junta Nacional de Justicia. - Defensoría del Pueblo. - Tribunal Constitucional. - SUNAT. - EsSalud. - INPE. - Gobiernos Locales. 		
---	--	--

NEGOCIACIÓN COLECTIVA A NIVEL CENTRALIZADO ESPECIAL

Entidades	Características	Reglas
<p>1. Sector Salud:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Profesionales de la salud. b) Personal de la salud. c) Técnicos y auxiliares asistenciales de la salud. <p>2. Sector Educación:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Los docentes. b) Auxiliares de educación. c) Los docentes universitarios. 	<ul style="list-style-type: none"> - Se desarrolla entre la comisión ad hoc del Poder Ejecutivo y los representantes designados por las organizaciones sindicales de los servidores públicos bajo normas especiales del respectivo sector. - La negociación se realiza por sector y sus alcances son para todos los servidores comprendidos en el mismo. - Se negocian condiciones económicos, no económicas y de productividad. - En caso de entidades que pertenezcan a los sectores de Salud y Educación, se establecerán Mesas Especiales. 	<ul style="list-style-type: none"> - Para el sector Educación, corresponde la negociación a la organización sindical más representativa, pudiéndose formar una coalición. - Para el sector Salud, corresponde la negociación a la organización sindical u organizaciones sindicales que afilien a la mayoría absoluta. - Las organizaciones sindicales que no representen a la mayoría absoluta, pueden conformar una coalición

NEGOCIACIÓN COLECTIVA A NIVEL DESCENTRALIZADO

Entidades	Características	Reglas
<ul style="list-style-type: none"> 1. Poder Legislativo. 2. Poder Judicial. 3. Ministerio Público. 4. Contraloría General de la República. 5. Jurado Nacional de Elecciones. 	<ul style="list-style-type: none"> - Se desarrolla entre la comisión ad hoc de cada entidad y los representantes designados por las organizaciones sindicales de los servidores públicos de la respectiva entidad. 	<ul style="list-style-type: none"> - Corresponde la negociación colectiva a la organización u organizaciones sindicales mayoritarias. Los efectos del convenio colectivo o laudo arbitral, de llevarse a cabo, son para la totalidad de los

<p>6. Oficina Nacional de Procesos Electorales. 7. Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. 8. Junta Nacional de Justicia. 9. Defensoría del Pueblo. 10. Tribunal Constitucional. 11. SUNAT. 12. EsSalud. 13. INPE. 14. Gobiernos Locales. 15. Organismos públicos y empresas públicas que no se contempladas en:</p> <p>- Poder Ejecutivo: a) Ministerios y sus organismos públicos adscritos. b) Universidades Públicas.</p> <p>- Los gobiernos regionales y sus organismos públicos adscritos.</p> <p>- Sector Salud: a) Profesionales de la salud. b) Personal de la salud. c) Técnicos y auxiliares asistenciales de la salud.</p> <p>- Sector Educación: a) Los docentes. b) Auxiliares de educación. c) Los docentes universitarios.</p>	<p>- Se negocian condiciones económicas, no económicas y de productividad.</p>	<p>servidores públicos de la entidad o de los de trabajadores de la empresa pública, según corresponda.</p> <p>- De no existir organización mayoritaria, negocian las organizaciones sindicales minoritarias. Los efectos del convenio colectivo o laudo arbitral, de llevarse a cabo, son únicamente para sus afiliados.</p> <p>- En el caso de no haber organización sindical, la negociación puede hacerse a través de delegados.</p>
---	--	--

La legitimidad para negociar según los tres niveles:

En el caso del nivel centralizado:

En la negociación colectiva a nivel centralizado, participa la organización sindical o las organizaciones sindicales de los servidores públicos agrupados que tengan mayor representatividad de manera conjunta, de acuerdo a lo que señale el Reglamento del Decreto de Urgencia.

En el caso del nivel centralizado especial:

- **Para el Sector Educación**, corresponde la negociación a la organización sindical más representativa, pudiendo conformarse una coalición de organizaciones sindicales.
- **Para el Sector Salud**, corresponde la negociación a la organización sindical o las organizaciones sindicales que afilien a la mayoría absoluta.

Las organizaciones sindicales que no representen a la mayoría absoluta, pueden conformar una coalición de organizaciones sindicales.

En el caso del nivel descentralizado:

Corresponde la negociación colectiva a la organización u organizaciones sindicales mayoritarias. Los efectos del convenio colectivo o laudo arbitral, de llevarse a cabo, son para la totalidad de los servidores públicos de la entidad o de los de trabajadores de la empresa pública, según corresponda.

De no existir organización mayoritaria, negocian las organizaciones sindicales minoritarias. Los efectos del convenio colectivo o laudo arbitral, de llevarse a cabo, son únicamente para sus afiliados.

En el caso de no haber organización sindical, la negociación puede hacerse a través de delegados.

Reglas generales para la negociación colectiva de las entidades del Sector Público:

Se han establecido una serie de reglas para la realización de la negociación colectiva, entre las cuales se pueden destacar:

1. La representación de los servidores públicos y de los trabajadores de empresas públicas presenta ante su entidad o empresa pública, según corresponda, un solo pliego de reclamos de acuerdo al nivel de negociación y según lo establecido en el Reglamento, para que lo remita a la Autoridad Nacional del Servicio Civil y este lo remita al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), a fin de que este emita el respectivo Informe Económico Financiero.
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.

3. El cumplimiento del convenio colectivo o laudo arbitral producto de los pliegos de reclamos se realiza de acuerdo a las siguientes disposiciones:
 - a) En los casos de convenios colectivos suscritos hasta el 28 de febrero, el titular del sector o entidad, según corresponda, debe considerar el monto del convenio colectivo en el proceso de programación multianual y formulación presupuestaria del año vigente, para su implementación con cargo al presupuesto institucional del siguiente Año Fiscal.
 - b) En los casos de convenios colectivos o laudos arbitrales suscritos después del 28 de febrero, el titular del sector o entidad, según corresponda, debe considerar el monto del convenio colectivo en el proceso de programación multianual y formulación presupuestaria de la entidad en el año siguiente, para su implementación con cargo al presupuesto institucional del subsiguiente Año Fiscal.
 - c) En los supuestos mencionados en los numerales 1 y 2 precedentes, no se puede superar el límite máximo determinado en el Informe Económico Financiero.

Vigencia de los convenios colectivos o laudos arbitrales:

Uniformizando la vigencia de los acuerdos o laudos colectivos, se ha establecido que **todo convenio colectivo suscrito o laudo arbitral de índole laboral tiene una vigencia mínima de dos (2) años**. Asimismo, tiene carácter no acumulativo y fuerza vinculante en el ámbito de lo acordado y se aplica para todos los servidores públicos y los trabajadores de entidades o empresas públicas, en el nivel de negociación, según corresponda.

Aprobación previa de los convenios colectivos:

En el caso de empresas públicas y de EsSalud, el convenio colectivo debe ser aprobado por su respectivo Directorio, teniendo en cuenta el Informe Económico Financiero emitido por el MEF, así como las disposiciones dictadas por FONAFE o quien haga sus veces y las que se desarrollen en el Reglamento del Decreto de urgencia.

Los alcances de los convenios colectivos de los niveles de negociación centralizado y centralizado especial, serán establecidos en el Reglamento del Decreto de Urgencia.

Informe Económico Financiero emitido por el Ministerio de Economía y Finanzas:

Es quizás uno de los elementos más importantes de las nuevas disposiciones, ya que se establece como una garantía al equilibrio en el presupuesto público y su emisión permite el inicio de las reuniones de trato directo. Este informe contendrá la valorización del pliego de reclamos, la situación económica, financiera y fiscal del sector público, la situación económica, financiera y disponibilidad presupuestaria, su proyección y la gestión fiscal de los recursos humanos de la entidad o empresa pública, según corresponda, **así como el máximo negociable**, conforme a lo que se desarrolle en el Reglamento del Decreto de Urgencia, en el cual se establece además las fuentes de financiamiento aplicables a la disponibilidad presupuestaria antes mencionada.

El Informe Económico Financiero tendrá en cuenta la existencia de las siguientes situaciones excepcionales:

- a) Si el año previo a que se realice la negociación colectiva, los ingresos del gobierno general, como porcentaje del Producto Bruto Interno (PBI), caen en más de 2.0 puntos del PBI respecto al año previo, según las estadísticas oficiales públicas.
- b) Si se publica una ley que disponga la aplicación de las cláusulas de excepción, en el marco de lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1276, Decreto Legislativo que aprueba el Marco de la Responsabilidad y Transparencia Fiscal

del Sector Público No Financiero. Este supuesto se aplica únicamente para el año que se publica dicha ley.

- c) Si se presentan desastres naturales y antrópicos de gran magnitud que ameriten la priorización del uso de recursos en la atención de los mismos.

¿Qué sucede si el convenio colectivo o laudo arbitral contraviene lo establecido en el Informe Económico Financiero?

Es otro de los temas más destacados del Decreto de Urgencia, ya que si no se respeta lo establecido en los informes se configura causal de nulidad del respectivo convenio colectivo o el laudo arbitral y, para dicho efecto, el Procurador Público correspondiente o quien haga sus veces, es competente para impugnar el convenio colectivo o el laudo arbitral, según corresponda, sin perjuicio del inicio de las acciones civiles y penales correspondientes, independientemente de las acciones administrativas, contra los que resulten responsables.

Disposiciones sobre arbitraje de índole laboral:

Otras de las disposiciones más importantes de la nueva regulación sobre la negociación colectiva en el sector público son las referidas al arbitraje económico laboral, que pasa a estar a cargo de la Autoridad Nacional del Servicio Civil, creándose del **Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas para entidades y empresas del Sector público a cargo de SERVIR**, para los arbitrajes económicos laborales públicos. Este será el único registro por lo que quedaría sin efecto legal el registro de árbitros del sector público a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

El arbitraje económico laboral del sector público cuenta con las siguientes reglas:

1. Sólo es aplicable en la **negociación colectiva a nivel descentralizado**, y está a cargo de un tribunal arbitral integrado por tres (3) miembros, los cuales deben estar inscritos en el Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas para entidades y empresas del Sector Público.
2. Para la designación del tribunal arbitral, corresponde a cada una de las partes

elegir a un árbitro y a estos efectuar la designación del presidente del tribunal arbitral, de entre los árbitros que se encuentren en el Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas para entidades y empresas del Sector Público. En caso que los árbitros no se pongan de acuerdo en la designación del presidente del tribunal arbitral (falta aún que el reglamento determine el plazo) la autoridad Nacional del Servicio Civil realizará el sorteo respectivo, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de haber tomado conocimiento de este hecho. Consideramos que este plazo de cinco días podría ser el mismo con los que cuenten los árbitros para elegir al presidente, por lo que no se entiende la remisión a un futuro reglamento.

3. Un tema también a tener en consideración es que cuando el árbitro incumple lo establecido en el **Informe Económico Financiero**, previo procedimiento sancionador a cargo de la Autoridad Nacional del Servicio Civil, **es excluido del Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas para entidades y empresas del Sector Público, no pudiendo ser designado en nuevos arbitrajes de índole laboral en el ámbito del Sector Público, siendo excluido además de aquellos en los que haya sido designado.**

Disposiciones complementarias y transitorias a tener en cuenta:

1. Todos los acuerdos por convenios colectivos o laudos arbitrales **anteriores al 24 de enero de 2020**, siempre y cuando hayan quedado firmes o, habiendo sido judicializados, cuenten con calidad de cosa juzgada, son registrados en el AIRHSP **en tanto cuenten con disponibilidad presupuestaria**, según corresponda, lo que significa que cabría la posibilidad que en algunos casos no puedan ser acatados.
2. Otro tema importante de tener en cuenta es que los convenios colectivos o laudos arbitrales se pueden inaplicar total o parcialmente en el caso que afecten la disponibilidad presupuestaria de la **entidad del sector público** (nótese que es una exclusión que sólo se regula a favor de las entidades) o en los siguientes supuestos:

- a) Si el año previo a que se realice la negociación colectiva, los ingresos del gobierno general, como porcentaje del Producto Bruto Interno (PBI), caen en más de 2.0 puntos del PBI respecto al año previo, según las estadísticas oficiales públicas.
- b) Si se publica una ley que disponga la aplicación de las cláusulas de excepción, en el marco de lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1276, Decreto Legislativo que aprueba el Marco de la Responsabilidad y Transparencia Fiscal del Sector Público No Financiero. Este supuesto se aplica únicamente para el año que se publica dicha ley.
- c) Si se presentan desastres naturales y antrópicos de gran magnitud que ameriten la priorización del uso de recursos en la atención de los mismos.

En los casos desarrollados, **el titular de la entidad** solicita al Ministerio de Economía y Finanzas un Informe Económico Financiero con la finalidad de iniciar una revisión del convenio colectivo o laudo arbitral, a fin de que el mismo se inaplique total o parcialmente de manera temporal, para saber el trámite también debemos estar pendientes al reglamento

- 3. Las negociaciones colectivas y arbitrajes de índole laboral de **entidades del sector público** que se encuentren en proceso, se deben adecuar a lo establecido en el Decreto.
- 4. Se regula la autorización previa de la Autoridad Nacional del Servicio Civil de la designación de los árbitros en tanto se implemente el Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas para entidades y empresas del Sector Público.
- 5. En el caso de procesos arbitrales en que los árbitros **no se hayan puesto de acuerdo en la elección del presidente del tribunal arbitral o que dicho tribunal esté pendiente de instalarse**, corresponde a la Autoridad Nacional del

Servicio Civil designar al presidente del tribunal arbitral, bajo sanción de nulidad de las actuaciones llevadas a cabo y del laudo arbitral correspondiente.

6. Durante 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, lo que reduce considerablemente la cantidad de negociaciones en el presente año.

La presentación de dicho pliego de reclamos se puede realizar hasta el 31 de marzo del 2020. Para tal efecto, se exonera a las organizaciones sindicales referidas en el párrafo anterior, de lo establecido en el numeral 5.2 del artículo 5 del Decreto de Urgencia, que establece: *“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”*.

Los convenios colectivos y laudos arbitrales producto de dichas negociaciones son implementados con cargo al presupuesto de los Años Fiscales 2021 o 2022, teniendo en cuenta el límite máximo negociable determinado en el Informe Económico Financiero.

CONCLUSIONES

1. La negociación colectiva es una de las modalidades del diálogo social más extendidas en las democracias modernas. No es posible concebir una democracia sin negociación colectiva, ni diálogo social pues son una expresión del principio del pluralismo social y pieza central del sistema democrático. Un gobierno democrático tiene la obligación de propiciar un clima de diálogo y de concertación social en el ámbito de las relaciones laborales. La democracia no consiste solo en elecciones, sino en que en los centros de trabajo privados y públicos se escuche la voz de los ciudadanos que trabajan, que la ciudadanía tenga expresión en el ámbito laboral, que se experimente en el día a día.

2. El derecho de negociación colectiva es un derecho fundamental aceptado por los miembros de la OIT al incorporarse a la organización, que deben respetar, promover y hacer realidad de buena fe. La titularidad del derecho de negociación colectiva corresponde a los empleadores y sus organizaciones por una parte y a las organizaciones de trabajadores por otra, solo siendo posible en ausencia de tales organizaciones que representantes de los trabajadores interesados celebren negociaciones colectivas.

3. Las relaciones laborales se caracterizan por el permanente conflicto subyacente que existe entre las partes que participan, en buena cuenta, debido a los intereses contrapuestos que existen entre el empleador y los trabajadores. El conflicto puede manifestarse veladamente o de forma abierta como sucede en el caso de huelga; sin embargo, el Estado Constitucional y Democrático de Derecho ha diseñado un conjunto de instrumentos para procesar y resolver las controversias laborales de manera pacífica y ofreciendo las alternativas que estimulen la solución. La importancia de atender la conflictividad laboral de manera pacífica se encuentra consagrada en el artículo 28 de la Constitución, cuando establece lo siguiente: *“El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: (...) 2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.”*

4. El reconocimiento del derecho de negociación tiene carácter constitucional tanto en el sector privado como en el público y solo puede excluirse de su ejercicio a las fuerzas armadas, a la policía y a los funcionarios en la administración del Estado. La doctrina laboral diferencia los conflictos laborales de carácter jurídico, de aquellos de carácter económico.

5. El derecho de los servidores públicos a obtener incrementos remunerativos mediante la negociación colectiva es un derecho constitucionalmente protegido, siendo el Estado el garante de su cumplimiento; sin embargo, resulta igualmente importante el respeto al principio de equilibrio presupuestal, ya que en un modelo ideal de estado de derecho, se busca un punto medio de equilibrio entre los derechos fundamentales de las personas y el poder del Estado, cuya tarea principal del Estado es la custodia de los recursos económicos, así como la correcta distribución de la riqueza, dicho equilibrio debe ir de la mano con el impulso y respeto de los derechos fundamentales.

6. Observamos una aparente colisión entre el derecho de los trabajadores a la negociación colectiva y el respeto en las negociaciones colectivas del sector público al principio de equilibrio presupuestal; sin embargo, sostenemos que no es un problema jurídico sin solución, ya el remedio jurídico es la aplicación del principio de proporcionalidad, el cual se aplica mediante la técnica de la ponderación o test de proporcionalidad de los derechos fundamentales, el cual consiste en establecer el peso o importancia de los principios jurídicos en conflicto.

7. El Decreto de Urgencia Nro. 014-2020, regula nuevas disposiciones generales necesarias para la negociación colectiva en el sector público, como respuesta a las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los expedientes: 0003-2013-PI/TC, 0004-2013-PI/TC y 0023-2013-PI/TC; y 0025-2013-PI/TC, 0003-2014- PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-PI/TC, según las cuales, la negociación colectiva en el Sector Público es un derecho de configuración legal, por lo que resultaba necesario que se expida una norma que regule dicho derecho y garantice su adecuado ejercicio. La promulgación del

referido Decreto de Urgencia resultaba necesario porque si bien es cierto que la negociación colectiva de los servidores y los trabajadores de las entidades o empresas del Sector Público se encuentra garantizada en los artículos 28 y 42 de nuestra Constitución, no es menos cierto las evidentes diferencias entre la negociación colectiva en el ámbito privado y el público, siendo que ésta última requiere del respeto al equilibrio de los presupuestos en los que se basa el Estado para una correcta y segura conducción del país.

8. Uno de los principales fundamentos de la promulgación del Decreto de Urgencia es la necesidad que la regulación de la negociación colectiva en el sector público contenga condiciones económicas, no económicas y de productividad que si bien respeten lo regulado por nuestra Constitución y los Convenios 98 y 151 de la OIT, también respeten el principio de equilibrio presupuestal que garantiza una correcta dirección financiera del país y tiene consolidación constitucional en los artículos 77 y 78 de la Constitución y en los Decretos Legislativos N° 1436, Decreto Legislativo Marco de la Administración Financiera del Sector Público y N° 1440, Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto Público.

9. El arbitraje económico laboral, que pasa a estar a cargo de la Autoridad Nacional del Servicio Civil a partir de la dación del Decreto de Urgencia Nro. 014-2020 sólo es aplicable en la **negociación colectiva a nivel descentralizado**, y está a cargo de un tribunal arbitral integrado por tres (3) miembros, los cuales deben estar inscritos en el Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas para entidades y empresas del Sector Público, lo importante en esta nueva regulación es que para la designación del Tribunal Arbitral, corresponde a cada una de las partes elegir a un árbitro y a estos efectuar la designación del presidente del tribunal arbitral, de entre los árbitros que se encuentren en el Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas para entidades y empresas del Sector Público. En caso que los árbitros no se pongan de acuerdo en la designación del presidente del tribunal arbitral la autoridad Nacional del Servicio Civil realizará el sorteo respectivo, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de haber tomado conocimiento de este hecho.

10. Un aporte del Decreto de Urgencia Nro. 014-2020 que busca proteger el principio de equilibrio presupuestal es que cuando los árbitros incumplen lo establecido en el Informe Económico Financiero, previo procedimiento sancionador a cargo de la Autoridad Nacional del Servicio Civil, son excluidos del Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas para entidades y empresas del Sector Público, no pudiendo ser designados en nuevos arbitrajes de índole laboral en el ámbito del Sector Público, siendo excluido además de aquellos en los que haya sido designado.

RECOMENDACIONES

1. Consideramos que se necesita replantear la negociación colectiva teniendo en cuenta la evidente diferencia entre los sectores públicos y privados. Una negociación colectiva similar entre ambos sectores no resulta viable. En un alto mercado informal como el nuestro, son pocos los contribuyentes los que sostienen económicamente a nuestro país, es por ello que el presupuesto público en el que se basa la conducción del país debe ser respetado y garantizado.

En sentido, el Informe Económico Financiero que regula el Decreto de Urgencia es determinante para la correcta dirección de la negociación colectiva, por ello sostenemos que las entidades y empresas públicas deben publicar en el último día hábil del mes de diciembre de cada año el referido informe en sus portales de transparencia, eso significa el haber gestionado con el Ministerio de Economía y Finanzas su preparación en el segundo semestre del año, bajo sanción de procedimiento sancionador de despido o institución de todos los funcionarios responsables.

Esto significaría una regulación que determine que los pliegos de reclamos deberán ser presentados en el último día hábil del mes de enero de cada año y, como requisito de procedencia, la obligación de las organizaciones sindicales de realizar un estudio económico de su petición en relación a lo establecido en el Informe Económico Financiero.

2. Consideramos que si al momento de la primera reunión de trato directo se determina que el Informe Económico Financiero no se publicó hasta el último día hábil del año anterior o no se publicó de forma completa, se configuraría una causal para la tramitación de un arbitraje económico directo que acorte el proceso de negociación hasta la etapa de solución.

3. En ese orden de ideas, cuando el arbitraje económico sea directo, deberá ser tramitado mediante un arbitraje unipersonal, cuyo árbitro debe ser elegido

por sorteo por la Autoridad Nacional del Servicio Civil en base al Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas para entidades y empresas del Sector Público. En este proceso arbitral las empresas o entidades podrán presentar el Informe Económico Financiero, el mismo que tendrá que ser debatido en el procedimiento arbitral. En caso las entidades o empresas públicas no cumplan con presentar el citado informe, el árbitro tendrá que laudar en base al pedido de la organización sindical. En caso si se presente el Informe, el árbitro deberá sujetarse a su contenido al momento de laudar.

4. El Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas para entidades y empresas del Sector Público que está a cargo de la Autoridad Nacional del Servicio Civil es determinante para una correcta negociación colectiva, por ello se debe contar con requisitos generales y especiales. Entre los requisitos especiales se debe regular que los árbitros cuenten con más de 15 años como profesionales colegiados y una experiencia no menor de 5 años en arbitrajes económicos del sector público. Asimismo, un requisito especial deberá ser no tener procesos judiciales de tipo penal en agravio del Estado en trámite.

5. Reiteramos la importancia del respeto a lo establecido en el Informe Económico Financiero, por eso se debe regular una decisión cautelar de exclusión del Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas para entidades y empresas del Sector Público y de los arbitrajes en trámite, en razón que es una garantía del respeto al principio de equilibrio presupuestal. Esta recomendación es distinta a la establecida en el Decreto de Urgencia 014-2020, ya que en la versión de la norma, en tanto se resuelva el proceso sancionador se corre peligro de actuaciones arbitrales que no respeten el equilibrio del presupuesto tantas veces postulado.

6. Consideramos que, es ese orden de ideas, los árbitros que se aparten de lo contenido en el Informe Económico Financiero también deben ser prohibidos de contratar con el Estado de forma directa, o indirecta. La afectación a los interés del Estado debe ser tomado en cuenta de forma integral.

7. Consideramos que se debe establecer como causal de nulidad del laudo arbitral económico el apartamiento por parte de los árbitros de la información contenida en el Informe Económico Financiero publicado por las entidades y empresas públicas en su oportunidad, ya sea en el portal de transparencia hasta el último día hábil del mes de diciembre de cada año, o en la oportunidad de su presentación en el procedimiento arbitral.

8. Consideramos que normativamente se debe prohibir el otorgamiento en laudos arbitrales económicos de bonificaciones a título de cierre de pacto o pliego de reclamos, en razón que este tipo de bonificaciones se deben otorgar cuando en la negociación colectiva se han arribado a acuerdos finales en las etapas de trato directo o conciliación. Esta práctica de otorgar bonificaciones de cierre en procedimientos arbitrales ha sido la forma en la que se ha desnaturalizado los arbitrajes económicos. Las condiciones económicas debe encontrarse relacionadas a las funciones de los servidores o trabajadores públicos.

9. Consideramos que normativamente se debe establecer que la facultad de los árbitros de atenuar la propuesta final aceptada por el tribunal se refiere únicamente a disminuir los montos propuestos, ha sido una práctica usual que algunos tribunales realicen “una atenuación hacía arriba”, es decir, aceptaban una propuesta moderada e incrementaban sus conceptos económicos.

10. Finalmente, sostenemos que debe regularse que los árbitros inscritos en el Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas para entidades y empresas del Sector Público no puede ser asesores en negociaciones colectivas del sector, la labor de árbitro en negociaciones públicas debe ser exclusiva. No puede tolerarse que en algunas oportunidades un profesional opere como asesor de una de las partes en una negociación y en otra desarrolle la labor de árbitro.

FUENTES DE LA INFORMACIÓN

Referencias Bibliográficas

(CSI), C. S. (2015). *Luchar contra las desigualdades a través una distribución justa de la riqueza y el poder*. Bélgica.

49-2017-MTPE/2/14-NC, L. A. (s.f.). *Considerando 3.3.1*.

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Imprenta Fareso S.A.

Arce, E. (2016). *Negociación Colectiva y Resolución de Conflictos: Una perspectiva comparada entre España y Perú*. Lima: IUS ET VERITAS.

Arévalo Vela, J. (2013). *Las Relaciones Colectivas de Trabajo en la Ley del Servicio Civil en Homenaje Aniversario de la SPDTSS*. Lima: El Búho.

Arévalo Vela, J. (2013). *Las Relaciones Colectivas de Trabajo en la Ley del Servicio Civil Homenaje Aniversario de la SPDTSS*. Lima: El Búho.

Atienza, M. (1987). *Para una razonable definición de razonable*. Alicante: Doxa.

Barnes, J. (1994). *Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunicatorio*. España: Revista de Administración Pública.

Barrantes, R. (2007). *Los fondos públicos o de cómo el presupuesto público va perdiendo capacidad redistributiva*. Lima: IEP Ediciones.

Barreda Mazuelos, R. (2010). *Revista Actualidad Laboral*. Lima.

Barreda Mazuelos, R. (Agosto 2010). *La libertad sindical como parte del trabajo decente*. Lima: Revista Actualidad Laboral.

Bernal Pulido, C. (2003). *Estructura y límites de la ponderación*. Alicante: Doxa.

Bernal Pulido, C. (2006). *La aplicación del principio de proporcionalidad en el juicio de igualdad. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú N° 045-2004-PI/TC*. Lima : Palestra Editores.

Bernal Pulio, C. (2005). *Tribunal Constitucional, Legislador y Principio de Proporcionalidad. Una respuesta a Gloria Lopera*. Lima: Palestra Editores.

Bernal, C. (2007). *El neoconstitucionalismo a debate*. Colombia: Universidad Esternado de Colombia.

Bobbio, N. ((s.f)).

Boza Pró, G. (2014). *Surgimiento evolución y consolidación del derecho del trabajo*. Lima: Revista de Derecho.

- Boza Pro, G. (2014). *Surgimiento, evolución y consolidación del derecho del trabajo*. Lima: Themis 65.
- Cabanellas De Torres, G. (1960). *Introducción al derecho laboral*. Buenos Aires.
- Cabanellas de Torres, G. (1960). *Introducción al derecho laboral. Tomo I*. Buenos Aires: Heliasta.
- Camacho Solis, J. (2017). *Negociación Colectiva. Estudios en homenaje al profesor Emilio Morgado Valenzuela*. Lima: Ediciones On Demand.
- Camacho Solis, J. I. (2017). *Negociación Colectiva”: Estudios en homenaje al profesor Emilio Morgado Valenzuela*. Ediciones on Demand.
- Carbonell, M., & Grández, P. (2010). *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Lima: Palestra Editores.
- Carnelutti, F. (1952). *Estudios de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europea - America.
- Castillo Freyre, M. y. (2004). *Analizando el Análisis*. Lima: Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Chiovenda, J. (1936). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Ciudad Reynaud, A. (2017). *Negociación Colectiva: Estudios en homenaje al profesor Emilio Morgado Valenzuela*. Lima: Ediciones On Demand.
- Despotin, L. (1947). *Derecho del Trabajo, su evolucipon en America*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Omeba.
- Elias mantero, F. (1980). *El Procedimiento de Negociación Colectiva*. Lima: Consultores Laborales S.A.
- Elías Mantero, F. (1980). *El procedimiento de Negociación Colectiva*. Lima: Consultores Laborales S.A.
- Elías Mantero, F. (1980). *El Procedimiento de Negociación Colectiva*. Lima: Consultores Laborales S.A.
- Gamboa Morales, E. (2003). *El arbitraje en equidad*. Colombia: Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- García Toma, V. (2008). *Los Derechos Fundamentales en el Perú*. Lima: Jurista Editores.
- Gernigon, B. (2005). *Revista Internacional del Trabajo*.
- Gernigon, B., Odero, A., & Guido, H. (2000). *LA NEGOCIACION COLECTIVA - Normas de la OIT y principios de los órganos de control*. ProLitteris.
- Grández Castro, P. (2007). *Traducción del libro Ponderación: un análisis de los conflictos entre principios constitucionales de Riccardo Guastini*. Lima: Palestra Editores.

- Guastini, R. (2002). *Ponderación: un análisis de los conflictos entre principios constitucionales*. Milan.
- López, M. C. (2016). *Negociación Colectiva en el Sector Público*. Lima: EL BúboE.I.R.L.
- Marcenaro Frers, R. (2004). *El Trabajo en las Constituciones latinoamericanas y europeas*. Lima: Dialogo S.A.
- Ministerio de Economía y Finanzas. (s.f.). *El Presupuesto Público*.
- Montenegro Bacca, J. (1977). *Primer seminario latinoamericano de derecho laboral*. Bogotá: Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia.
- OIT. (1978). *La Negociación Colectiva en América Latina*. Ginebra: OIT.
- Paredes, F. (2006). *Presupuesto Público - Aspectos Teóricos y prácticos*. Editorial Venezolana S.A. .
- Paulo VI, P. (1965). *Encíclica La Iglesia en el mundo actual*. Lima: Salesiana.
- Peces - Barba, G. (1991). *Curso de derechos fundamentales I*. Madrid: Editorial Eudema.
- Ramírez Gastón Ballón, J. L. (2003). *La reforma laboral en el Perú: Balance y perspectivas al comienzo del nuevo milenio*. Lima: Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho.
- Ramírez Gastón Ballón, J. L. (2003). *La reforma laoral en el Perú: Balance y perspectivas al comienzo del nuevo milenio*. Lima.
- Rendon Vásquez, J. (1988). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: Editorial Tarpuy.
- Rendón Vásquez, J. (1988). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: Editorial Tarpuy.
- República, C. d. (2008). *Presupuesto Público 2008*. Lima: Comunicorp S.A.
- Rocco, U. (1944). *Derecho Procesal Civil*. México: Editorial Porrúa Hnos.
- Rodríguez Crespo , M. J., & Alemán Páez, F. (2011). *Experto en Relaciones Laborales y Negociacion Colectiva*. Córdoba: Fundación para el desarrollo de los Pueblos de Andalucía.
- Romero Romero, E. (2013). *Presupuesto público y contabilidad gubernamental*. Bogotá: Ecoe Ediciones.
- Rubio Correa, M. (2005). *La interpretación de la Constitución*. Lima: Fondo Editorial.
- Ryder, G., & Cortebeeck, L. (2013). La negociación colectiva resulta esencial para hacer frente a la desigualdad mundial de los ingresos. *Desigualdad de los ingresos*, (pág. 1). Ginebra.

- Supiot, A. (2008). *El Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Heliasta.
- Supiot, A. (2008). *El Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Heliasta.
- Trabajo, O. I. (1978). *La Negociación Colectiva en América Latina*. Ginebra: OIT.
- Trabajo, O. I. (2013). *Negociación Colectiva en el Sector público*. Buenos Aires, Argentina: Primera Edición.
- VI, P. P. (1965). *Encíclica La Iglesia en el mundo actual*. Lima.
- Zavala Costa, J., & Vílchez Garcés, L. (2016). *El Desafío de la Negociación*. Lima: AELE.

Referencias web

- Cárdenas Laneri, Ximena. “*El arbitraje laboral como medio de solución de los conflictos económicos*”.

Recuperado de:

<http://www.javieriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis03.pdf>.

- Organización Internacional del Trabajo. *Dialogo Social*.

Recuperado de:

<https://www.ilo.org/ifpdial/areas-of-work/social-dialogue/langes/index.htm>