

Efecto del contenido constitucionalmente protegido de la negociación y la convención colectiva en la práctica jurisdiccional

Effect of constitutionally protected of the negotiation and the collective content in judicial practice

LÓPEZ NÚÑEZ, José Luis(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Acerca de la negociación colectiva. 2.1. Una mirada a su construcción histórica. 2.2. ¿Cómo ha sido reconocida la negociación colectiva en el Derecho Internacional? 2.3. Compatibilidad con el Derecho Constitucional e infra-constitucional. III. Problemas de Aplicación. IV. Conclusiones. V. Lista de Referencias.

Resumen: El presente artículo trata sobre la delimitación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la negociación y convención colectiva en el ordenamiento jurídico nacional. El análisis se inicia con el tratamiento de su reconocimiento a nivel internacional,

(*) Abogado egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca; Maestro en Ciencias con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional de Cajamarca. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y de la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional de Cajamarca.

el contenido que se le reconoce, la suscripción, ratificación y aprobación como parte del ordenamiento constitucional nacional y, finalmente, su desarrollo a nivel legal e infra-legal. Una vez delimitado su contenido, se pretende contrastar el mismo con la aplicación que se le otorga en sede jurisdiccional, a fin de corroborar su corrección.

Palabras clave: Contenido esencial. Negociación colectiva. Relaciones colectivas de trabajo. OIT.

Abstract: *This article is about the delimitation of constitutionally protected content the right to negotiation and collective Convention in the national legal system. The analysis begins with the treatment of their recognition at international level, content that is recognized, the signing, ratification and approval as part of the constitutional national and, finally, its development at the legal level and below-legal. Once delimited its content, is intended to contrast it with the application that is granted in judicial office, in order to verify its correctness.*

Key words: *Essential content. Collective bargaining. Collective labour relations. ILO.*

I. Introducción

Si bien es cierto, el Derecho se configura a partir de su aplicación, cualquiera sea el campo en el que ello ocurra, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico es la base para dicha configuración, siempre y cuando sea entendido como un sistema debidamente armonizado de normas jurídicas vistas desde una perspectiva tanto formal como material; vale decir, las normas como el contenido y no como el continente, como valor y no como regla, desprovistas de cualquier reverencia a la formalidad que, en el contexto constitucional actual, es impensable.

Con lo dicho, podemos argüir que el ordenamiento jurídico actual, exige de sus intérpretes la acuciosidad necesaria para identificar la presencia de una norma fundamental inmersa en la porción de derecho que ha de ser interpretada y que, dicha norma fundamental, no necesariamente se encuentra regulada en un texto constitucional sino que, dadas sus características, debe ser reconocida como parte del mismo y, siempre que sea posible, debe constituir un parámetro para la interpretación e integración de las normas con rango infra-constitucional.

Dichas afirmaciones, guardan estrecha relación con la obligación del respeto de los principios y los derechos fundamentales cada vez que se va a aplicar una norma de rangos inferiores, pues como ya señalamos, todas constituyen un sistema que ubica en el más alto peldaño del mismo a las normas fundamentales. Ahora, dichas normas fundamentales, que forman parte de nuestra constitución formal y material, deben ser entendidas como un todo único, en virtud del principio de unidad de la constitución (Caso Lizama Puelles, 2005, fund. 12) y, asimismo, como normas supremas que le sirven de guía a las demás de inferior jerarquía, es decir, como *norma normarum* no solo del aspecto procedimental de la producción del derecho sino del aspecto sustantivo. (Caso Gobierno Regional de San Martín, 2006, fund. 11).

Los principios referentes para esta dinámica son el principio de coherencia normativa, que exige "...la existencia de la unidad sistémica del orden jurídico, lo que, por ende, presume una relación armónica entre las normas que lo conforman..." (Caso Congresistas de la República, 2003, fund. 4) y teniendo como fundamento dicha relación armónica, deben evitarse las antinomias normativas o resolverlas de conformidad con los sub principios que la coherencia normativa importa; en segundo lugar, el principio de jerarquía normativa que nos recuerda la existencia de "...una prelación normativa con arreglo a la cual, las normas se diversifican en una pluralidad de categorías que se escalonan en consideración a su rango jerárquico..." (fund. 5), siendo que en el caso de la Constitución, su propia supremacía la ubica en el rango normativo superior, la cúspide, ya sea que se trate de su presentación formal, su reconocimiento jurisprudencial o su ratificación y aprobación a nivel nacional.

Este último extremo es el que importa para efectos de la delimitación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la negociación y convención colectiva en el ordenamiento jurídico nacional, pues, debe partirse de su reconocimiento a nivel internacional, el contenido que se le reconoce, la suscripción, ratificación y aprobación como parte del ordenamiento constitucional nacional y, finalmente, su desarrollo a nivel legal e infralegal.

Una vez agotadas las discusiones y delimitado su contenido, se pretende contrastar el mismo con la aplicación que se le otorga en sede jurisdiccional, a fin de corroborar su corrección.

II. Acerca de la negociación colectiva como derecho colectivo de trabajo

II.1. Una mirada a su construcción histórica

Se toma a la Revolución Industrial Inglesa de la segunda mitad del siglo XVIII (1750-1780) como el hito histórico para el surgimiento de los derechos colectivos de trabajo, o propiamente hablando, el surgimiento de los movimientos que los reclamaban (Chávez Palacios, 2004, p. 96). Esta revolución estuvo compuesta por un "...complejo de innovaciones tecnológicas que, al sustituir la habilidad humana por la maquinaria y a la fuerza humana y animal por la energía mecánica, provoca el paso desde la producción artesana a la fabril, dando así lugar al nacimiento de la economía moderna..." (Landes, 1979, p. 15); sin embargo, la reestructuración en la producción, económicamente hablando, no generó un efecto igual de positivo social y en términos jurídicos, puesto que, los trabajadores comenzaron a tomar consciencia de una serie de carencias generadas por las actuaciones inicuas del empleador en diversos campos tales como la expedición de los reglamentos de fábrica, en los que, "...de manera unilateral éste fijaba las condiciones de trabajo que regirían en la empresa, pudiendo modificarlas a su arbitrio en cualquier momento, dejándolos en estado de indefensión..." (García Morales, 2012, pp. 202-203), de otro lado, agrupaciones tales como las compuestas por los artesanos, "...se organizaron para tratar de regular la oferta restringiendo el acceso de nuevos artesanos al mercado y para crear mutuas y proporcionar así atención básica frente a la pérdida de renta de los trabajadores; discutir la regulación salarial y de otras condiciones de trabajo..." (Vega Ruiz, Rueda-Catry, Ozaki, & Lee, 1999, p. 18).

Todo este ordenamiento productivo, terminó por causar desorden social que influía en las agrupaciones de trabajadores, independientemente de sus cualidades, especialización y profesionalización, desorden

que, como ocurre con toda revolución⁽¹⁾, era el prefacio para el establecimiento de un nuevo orden normativo de cara al reconocimiento de algunos derechos sociales dejados de atender. Dicha dinámica, claro está, no se configuró en un corto periodo, y se encontró inmerso por el reclamo y reconocimiento de diversos derechos individuales como el salario justo o la jornada laboral, pero también determinó el reconocimiento de "...la norma que reglamenta la formación y funciones de las agrupaciones profesionales de trabajadores y patronos, sus relaciones, su posición frente al Estado y los conflictos colectivos de trabajo..." (De la Cueva, 1949, p. 272).

Es en este contexto histórico, que surgió el denominado derecho sindical (Machera, 2013, p. 108) que posteriormente adecuaría su denominación por la de Derecho Colectivo de Trabajo y es así como se ha asumido en diversos ordenamientos jurídicos, incluyendo el peruano.

La negociación colectiva, surge como uno de los extremos del nombrado derecho colectivo de trabajo, que protege, principalmente la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga; extremos que han sido reconocidos paulatinamente tanto a nivel internacional como nacional; sin embargo, el reconocimiento ordenado y sistematizado de su contenido ha sido llevado a cabo en instancia internacional por la Organización Internacional del Trabajo, tal y como lo detallaremos en los acápite subsiguientes.

II.2. ¿Cómo ha sido reconocida la negociación colectiva en el Derecho Internacional?

El primer instrumento de relevancia a ser mencionado respecto del derecho colectivo del trabajo es el Convenio 87 de la OIT, Convenio relativo a la libertad sindical y al derecho de sindicación, estructurado luego de llevada a cabo la Conferencia General de la Organización Internacional de Trabajo convocada en San Francisco por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional de Trabajo y congregada en dicha ciudad el 17 de junio de 1948 en su trigésima primera reunión.

⁽¹⁾ La referencia no está dirigida a la revolución industrial, sino a la social y jurídica que se gestó con motivo de esta.

Dicho convenio consta de cuatro partes, denominadas: libertad sindical, protección del derecho de sindicación, disposiciones diversas y disposiciones finales; para efectos de la discusión dogmática a realizarse en el presente trabajo, importan las dos primeras partes antes señaladas, la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación.

Respecto de la libertad sindical, el convenio define el siguiente contenido (OIT, 1948, arts. 1-10):

- a. La libertad de constitución y afiliación a las organizaciones tanto a favor de trabajadores como empleadores.
- b. La facultad de redactar sus propios estatutos y reglamentos administrativos así como la obligación de respetarlos, elegir libremente a sus representantes, organizar su administración y actividades; así como formular su programa de acción.
- c. La protección contra la intervención de las autoridades públicas y contra la disolución o suspensión por vía administrativa; así como la eliminación de condicionamientos para la adquisición de su personería jurídica.
- d. La libertad de constitución y afiliación a las federaciones, confederaciones y la libertad de afiliación a los Organismos Internacionales.
- e. La obligación de los empleadores, trabajadores y del propio convenio de respetar la legalidad y el ordenamiento jurídico interno, así como la obligación de que dicho ordenamiento y su aplicación no menoscaben las garantías previstas en el convenio.

En cuanto a la protección del derecho de sindicación, el Convenio 87 de la OIT (1948, art. 11), señala que es obligación de todo miembro de la Organización Internacional de Trabajo que haya ratificado y aprobado el convenio, adoptar las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación, entendiéndose dichas medidas ya sea desde la perspectiva legislativa, administrativa o jurisdiccional.

Como puede observarse, hasta 1948, el reconocimiento del derecho laboral colectivo restringía sus alcances hasta la mera regulación del

derecho de sindicalización; forjándose el primer paso para la construcción del resto de sus aspectos; precisamente, el reconocimiento de la negociación colectiva no se hizo esperar demasiado y fue contemplado en el Convenio sobre el Derecho de Sindicación y Negociación Colectiva de 1949, Convenio 98 de la OIT.

Este convenio fue aprobado con motivo de una nueva Conferencia General de la Organización Internacional de Trabajo, convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del trabajo y congregada en dicha ciudad el 08 de julio de 1949 en su trigésima segunda reunión; asimismo, fue adoptado con fecha 01 de Julio de 1949.

Los 16 artículos de los que está compuesto pueden ser resumidos de la siguiente manera: protección de la sindicalización, negociación voluntaria y procedimientos para su ratificación y obligatoriedad en el derecho nacional. Sin embargo, respecto de los dos primeros extremos, realiza una estructuración lo suficientemente desordenada como para no identificar las características propias de cada uno.

Respecto de la protección de la sindicalización contiene (Convenio 98, 1949, arts. 1-6):

- a. Protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con el empleo.
- b. Protección y prohibición de la injerencia de las organizaciones de trabajadores en las de empleadores y viceversa.
- c. Creación de organismos que garanticen el respeto del derecho de sindicación.
- d. Alcance del convenio respecto de la policía y las fuerzas armadas.
- e. Exclusión de la situación de los funcionarios públicos de los alcances del convenio.

En cuanto al reconocimiento del derecho de negociación colectiva, sostiene (1949, art. 4):

Estímulo y fomento, de acuerdo a las condiciones nacionales, para el desarrollo y uso de los procedimientos de negociación voluntaria en-

tre empleadores y organizaciones de trabajadores; con el objeto de “reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”.

Notemos que, es en este instrumento en el que se reconoció el derecho a la negociación colectiva, con la denominación de negociación voluntaria cuyo producto es un contrato colectivo, a pesar de que la naturaleza contractual o no de la figura no se encuentra en discusión en el presente documento, dicha denominación no es utilizada puesto que se ha preferido la de convenio colectivo.

Sin embargo, hasta la consecución de este primer reconocimiento no se cuenta con una definición exacta de lo que significa una negociación colectiva o un convenio colectivo. No se ha discutido su contenido, no se han desarrollado sus elementos y procedimientos generales.

Por otro lado, para efectos del alcance de la negociación colectiva en los organismos administrativos de los Estados, el año de 1978, se adoptó el Convenio sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública, Convenio 151 de la OIT.

Este convenio toma en cuenta “...las disposiciones del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948; del Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949, y del Convenio y la Recomendación sobre los representantes de los trabajadores, 1971...” (1978, p. 1).

La parte I del señalado convenio, se denomina Campo de aplicación y definiciones, es en este marco que se establece que el alcance del convenio se extiende desde la aplicación a todas las personas empleadas en la administración pública, hasta los empleados de alto nivel, en la medida que les corresponda y de acuerdo a la legislación nacional.

Es importante identificar el principio de favorabilidad que se regula en el inciso 1 del artículo 1 del Convenio, en el que se define como empleado público a toda persona que es contratada por la administración pública, a las cuales es aplicable salvo que exista otro convenio que le resulte más favorable.

Reconoce la existencia de organizaciones de empleados públicos en su artículo 3, así como la protección de su derecho a la sindicación en sus artículos 4 y 5, motivo por el que los empleados públicos gozan de protección contra la discriminación antisindical, los condicionamientos o amenazas de despido o cualquier otro perjuicio en caso de afiliación o participación en las actividades normales de la organización, etc.; asegura la independencia de las organizaciones, asimismo, la protección de cualquier injerencia en su constitución, funcionamiento y administración.

En la tercera parte, se describen las facilidades que deben reconocerse a las organizaciones de empleados públicos para que éstos tengan un desempeño rápido y eficaz de sus funciones durante sus horas de trabajo o fuera de ellas, sin perjudicar el funcionamiento eficaz de la administración pública.

Tanto en la parte IV como en la parte V del convenio, correspondiente a los artículos 7 y 8, respectivamente, se regulan los procedimientos para la determinación de las condiciones de empleo y la solución de conflictos generados por este motivo; en el mencionado artículo 7 del convenio, se circunscribe toda toma de decisión acerca de las condiciones de empleo al ámbito de la negociación colectiva, la misma que es de obligatorio fomento y promoción de parte de los estados suscriptores; queda claro en la redacción que dichas negociaciones deben ser llevadas a cabo entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos; asimismo, en la redacción del artículo 8 se señala que la solución de conflictos derivados deberían asumirse en primer lugar a través de negociación pero que, de no resultar suficiente, se puedan emplear otros mecanismos de resolución de conflictos tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje.

No obstante, es preciso señalar que, pese a que dos de los convenios comentados establecen la posibilidad de acceder a negociaciones entre empleadores y trabajadores, tanto del ramo privado como público, no se ha desarrollado el contenido específico a ser discutido en medio de estas negociaciones; este vacío, es cubierto por el Convenio sobre el fomento de la negociación colectiva, Convenio 154 de la OIT; el mismo que señala:

A los efectos del presente Convenio, la expresión “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, o lograr todos estos fines a la vez. (Organización Internacional de Trabajo, 1981, art. 2)

Es decir, además de los procedimientos, se ha dotado de contenido definido a la negociación colectiva, manteniendo al concepto de las condiciones de trabajo ya señaladas en el Convenio 151, pero agregando además, las relaciones entre empleadores y trabajadores que, para efectos de contar con un buen clima laboral resultan indispensables en cualquier empresa; en igual sentido, la regulación de las relaciones entre los empleadores, sus organizaciones y las organizaciones de los trabajadores.

Asimismo, cabe resaltar que el artículo 5 del convenio, obliga a los países miembros a tomar las medidas necesarias para asegurar el fomento de la negociación colectiva; lo que implica que esta sea posibilitada a todos los empleadores y todas las categorías de trabajadores de las ramas de actividad a las que se aplica el convenio; la extensión de sus efectos hacia todos los apartados del artículo 2 acotado, el establecimiento de reglas de procedimiento determinadas por las organizaciones de los empleadores y los trabajadores; el desarrollo de reglas apropiadas en el ordenamiento jurídico que faciliten su ejecución.

Por otro lado, debemos resaltar que el convenio, en todo su articulado faculta a los gobiernos a tomar medidas necesarias para estimular y fomentar la negociación colectiva, no para obligar a su realización, tanto es así que el artículo 8 establece que dichas medidas no deben “ser concebidas o aplicadas de modo que obstaculicen la libertad de negociación colectiva”; sin especificar a qué se refiere dicha libertad; motivo por el cual

ha de considerarse a fin de no verla coartada que se encuentra referida tanto a la libertad de celebración como a la libertad de elección de los procedimientos más adecuados para alcanzar un convenio o pacto final.

Todos estos convenios, conforman el ordenamiento internacional acerca de la negociación colectiva, algunos como pilares para su desarrollo como es el caso del Convenio 87 y el Convenio 98, y otros como normas que desarrollan su contenido, como es el caso del Convenio 151 y el 154.

II.3. Compatibilidad con el Derecho Constitucional e infra-constitucional

El ordenamiento jurídico peruano también recoge el derecho a la negociación colectiva, ya sea que revisemos el nivel fundamental como el legal podremos identificar tanto su reconocimiento como el establecimiento de su contenido.

La primera norma a ser analizada es el artículo 28 de la Constitución formal, en el que se reconocen los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga; este artículo, en su segundo inciso especifica que el reconocimiento alcanza el fomento de la negociación colectiva y la promoción de las formas de solución pacífica de los conflictos laborales. Esta es la única referencia al derecho en comento que se realiza en la Constitución formal, motivo por el cual no es posible asegurar que a nivel de este instrumento normativo se le haya dotado de contenido; sin embargo, hemos de tener presente que la Constitución de nuestro Estado no solamente se encuentra conformada por el Código antes mencionado, sino que existen otros mecanismos para el reconocimiento de los derechos de nivel fundamental.

Con ello, teniendo en cuenta los artículos 55 y 56 del texto constitucional, es preciso constatar cuál o cuáles tratados internacionales referidos a la negociación colectiva han sido ratificados y aprobados por nuestro país.

De los convenios denominados fundamentales en la página web de la Organización Internacional del Trabajo, en materia de derecho laboral colectivo, el Perú ha ratificado y aprobado tanto el Convenio 87, ratificado el 02 de marzo 1960, como el Convenio 98, ratificado el 13 de

marzo de 1964, (Organización Internacional de Trabajo, 2017), siendo el último el que reconoce el derecho a la negociación colectiva; sin embargo, como ya ha sido señalado en el acápite anterior no determina su contenido; motivo por el cual, al igual que en el texto constitucional, únicamente contamos con una enumeración programática del Derecho.

Respecto a los denominados Convenios Técnicos, dentro de los cuales estarían los convenios 151 y 154, el Perú ha ratificado únicamente el 151 el 27 de octubre de 1980, siendo este el primero que regula un contenido para la negociación colectiva, el mismo que, por efecto de la autorización constitucional, ya forma parte de nuestro derecho interno y, a pesar de que no ha sido calificado como fundamental por efecto de su especialización, debe ser reconocido como tal, debido a que aceptar que el carácter fundamental del mencionado derecho únicamente importa su enumeración implicaría facultar al constituido para definirlo a su libre albedrío, lo cual podría resultar lesivo al propio derecho. En consecuencia, es necesario tener en cuenta dentro del ordenamiento interno el contenido que determina el Convenio 154 de la OIT, por ser más exacto, a pesar de no haber sido ratificado por nuestro país a fin de evitar arbitrariedades tanto en el campo de las medidas legislativas, administrativa y jurisdiccionales, contenido que debe ser ubicado en un rango fundamental y es el siguiente: la posibilidad de fijar las condiciones de trabajo y empleo, o regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez. (Organización Internacional de Trabajo, 1981, art. 2).

Agotado el texto constitucional y las ratificaciones de convenios internacionales, conviene estudiar también las interpretaciones e integraciones realizadas por el Tribunal Constitucional en el ejercicio de su facultad como sumo intérprete de la Constitución, pues, la doctrina por él generada, también colabora con la construcción del contenido constitucionalmente protegido de los derechos con rango fundamental.

Mediante sentencia emitida en el Expediente N° 0261-2003-AA/TC, el Tribunal reconoció el carácter facultativo, no obligatorio de la negociación colectiva, motivo por el cual debe ser objeto de determina-

do “plus de tutela” por el cual el Estado peruano, a través de su gobierno, tiene la obligación de fomentarla y promover las formas de solución pacífica de los conflictos, la obligación de que “...promueva las condiciones necesarias para que las partes negocien libremente, ante situaciones de diferenciación admisible, debe realizar determinadas acciones positivas para asegurar las posibilidades de desarrollo y efectividad de la negociación colectiva...” (Caso Cámara Peruana de la Construcción-CAPECO, 2003, fund. 3); este punto es muy importante para efectos de analizar la obligatoriedad de someter los convenios colectivos al arbitraje, tal y como se regula a nivel legal.

A pesar del carácter facultativo de la negociación colectiva, que debe ser entendido al momento del acceso a las negociaciones, una vez estas iniciadas y alcanzado un convenio colectivo, señala el Tribunal, este es vinculante para las partes, es así que en la sentencia expedida en el Expediente N° 0785-2004-PA/TC ha establecido que “...la convención colectiva que se deriva de la negociación colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado...” (Caso COSAPI S.A., 2004, fund. 5).

Finalmente, el alcance de la negociación colectiva, dado que tiene como presupuesto al derecho a la libertad sindical (Caso Juan José Gorriti, 2005, fund. 52) y constituye un mecanismo previo al ejercicio de la huelga (Caso Ley del Servicio Civil, 2016, p. 46), no solo se limita al ámbito privado, sino que además se extiende al ámbito público, siendo de perfecto ejercicio por parte de los empleados públicos (ya sean servidores públicos, servidores contratados, independientemente del régimen laboral en el que se encuentren, con las excepciones señaladas en el artículo 42 de la Constitución Política del Perú), es por ello que, “... tras la afirmación de que los servidores o empleados públicos titularizan el derecho a la sindicalización y a la huelga (...) se encuentra implícitamente reconocido el derecho fundamental a la negociación colectiva. Esto evidentemente es consecuencia de una interpretación institucional de los derechos fundamentales a la sindicalización y a la huelga...” (Caso Ley del Presupuesto Público, 2015, p. 19)

Según lo esbozado, a nivel fundamental, el contenido de la negociación colectiva puede ser definido como el derecho constitucional que

faculta a las organizaciones de los trabajadores y a los empleadores y sus organizaciones, sin discriminación del régimen laboral en el que se encuentren, a iniciar acciones tendientes a la toma de acuerdos relativos a la posibilidad de fijar las condiciones de trabajo y empleo, o regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez; acuerdos que, una vez alcanzada la convención colectiva, son vinculantes para las partes intervinientes en el ámbito de lo concertado.

Este contenido, tal y como el propio Tribunal Constitucional lo ha señalado, establece a la negociación colectiva como un derecho de configuración legal⁽²⁾, motivo por el cual es necesario tener en cuenta las normas de rango legal que lo desarrollan.

Al respecto, tenemos que mediante Decreto Ley N° 25593, se dictó la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, la cual regulaba la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga, derechos consagrados en el artículo 28 de la Constitución Política del Estado; esta ley, fue modificada en diversos artículos mediante Ley N° 27912; por tal motivo, el 30 de septiembre de 2003 se aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo mediante Decreto Supremo N° 010-2003-TR que consta de cinco títulos, ochenta y seis artículos y tres disposiciones transitorias y finales, siendo que en su Título III podemos ubicar el desarrollo del Derecho de Negociación Colectiva.

El artículo 41 del referido texto único ordenado, no define a la negociación colectiva, sino a la convención colectiva, es decir el momento en que culminan las negociaciones y se toma el acuerdo o contrato correspondiente, en los siguientes términos:

⁽²⁾ El Tribunal Constitucional ha señalado que "...la negociación colectiva es un derecho fundamental de configuración legal en la medida que la delimitación o configuración de su contenido, las condiciones de o ejercicio, así como las limitaciones o restricciones a las que este puede encontrarse sometido corresponde ser desarrollado mediante ley, conforme a los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad..." (Caso Ley del Servicio Civil, 2016, p. 47); empero, el autor no se encuentra totalmente de acuerdo con dicha afirmación debido a que tanto los convenios internacionales como el desarrollo jurisprudencial interno ya le han dotado de límites fundamentales, los cuales pueden ser ubicados en el ámbito de la constitución material.

La "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." (Poder Ejecutivo, 2003).

Como es de observarse, la definición planteada a nivel legal centra su atención en la toma del convenio o acuerdo entre trabajadores y empleadores, dotándolo de las características definidas por los convenios internacionales suscritos y de conformidad con el desarrollo constitucional; al respecto, hace cuenta de que dichas convenciones únicamente podrán ser tomadas por las organizaciones sindicales de trabajadores o, en su defecto, los representantes de los mismos, no así por cada trabajador de manera individual, lo que implica que, *contrario sensu*, de no haberse nombrado representantes o de no existir organizaciones sindicales respecto de determinado grupo de trabajadores, éstos no estarán habilitados a negociar ni celebrar convenios de manera individual, más aun, de no haber participado en dichas negociaciones, tampoco se generan derechos ni obligaciones respecto de estos.

Para complementar lo dicho, el artículo 42 del referido TUO señala que "La convención colectiva de trabajo tiene fuerza vinculante para las partes que la adoptaron. Obliga a éstas, a las personas en cuyo nombre se celebró y a quienes les sea aplicable...", es decir que la convención colectiva no es vinculante para quienes no han participado en el proceso de negociación, con excepción de los trabajadores a los que resulte aplicable; sin embargo, para determinar a favor o en contra de qué trabajadores debe aplicarse, es necesario constatar que éstos cumplen con las mismas condiciones que cumplen los trabajadores participantes en el pacto originario; una interpretación en contrario supondría dotar a la convención colectiva de una generalidad que no le corresponde a su naturaleza y contenido, puesto que se trata de un efecto del *pacta sum servanda* y no del *ius imperium* estatal.

Dicha posición es respaldada incluso con la regulación del artículo 44 del mismo cuerpo normativo que, en su literal “a” señala que la convención colectiva tendrá aplicación dentro del ámbito “De la empresa, cuando se aplique a los trabajadores de una empresa, o los de una categoría, sección o establecimiento determinado de aquella.”; de lo que se infiere que, de haberse negociado y celebrado entre el empleador y una categoría de trabajadores, es vinculante únicamente para estas dos partes, lo que se aplica para el caso de los trabajadores de una sección o establecimiento determinado de la empresa.

III. Problemas de aplicación

Como ha sido señalado al comenzar la presente disertación, es importante que cualquier figura o institución de nuestro ordenamiento jurídico sea interpretada de manera sistemática, teniendo en cuenta el principio de unidad de la constitución, a nivel fundamental, así como los principios de coherencia y legalidad; no obstante, dicha aplicación sistematizada no involucra la interrelación irracional y desproporcionada de los derechos en un caso específico, en circunstancias en las que, no tendrían por qué ser interrelacionados.

Ello ocurre en algunos casos judiciales referentes a la negociación y convención colectiva, pues, suelen haber casos en los que se invoca, por ejemplo, el derecho a la igualdad para extender los efectos de su suscripción a grupos de trabajadores que no cumplen con las características de la categoría de los trabajadores que arribaron al acuerdo, asimismo, a trabajadores pertenecientes a otra sección o establecimiento de la empresa o entidad pública que forma parte del convenio.

A manera de ejemplo citaremos la Sentencia emitida en el Expediente N° 2016-00070-0-0601-SP-LA-01, en el que se demanda pago de beneficios sociales, inclusión en los pactos colectivos, y reintegro de lo dejado de percibir por concepto de pactos colectivos; es respecto de estos dos últimos extremos que se genera el problema de interpretación de Derecho, puesto que el caso particular tiene los siguientes presupuestos:

- a. Se han celebrado tres pactos colectivos, en los años: 2007 con efecto para el año 2008; en el año 2008 con efecto para el año 2009; y en el año 2014 con efecto retroactivo para el año 2012.
- b. Dos de los pactos han sido celebrados por el sindicato de trabajadores nombrados a favor de los trabajadores de su propio sindicato compuesto por la totalidad de trabajadores nombrados.
- c. Uno de los pactos ha sido celebrado por el mismo sindicato, en favor de los mismos beneficiarios pero además en representación de los trabajadores correspondientes al régimen de la actividad privada.
- d. Solo una de las resoluciones precisa su efecto extensivo hacia los obreros, no así las otras dos que señalan taxativamente que la vinculatoriedad del convenio colectivo es entre la Municipalidad demandada y los trabajadores nombrados de la misma.
- e. Los demandantes son trabajadores pertenecientes al régimen laboral privado regulado por el artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 27972.

Tal y como es de leerse en el fundamento décimo segundo de la mencionada resolución, “...la precisión respectiva de las resoluciones de alcaldía mencionadas, no puede discriminar a tales obreros del beneficio que otorgan dichos pactos colectivos; máxime cuando el artículo 26° inciso 1 de la Constitución Política del Perú, declara como un derecho inherente a la relación laboral, a la igualdad de oportunidades...”.

Al respecto, cabe indicar que existe una confusión en cuanto al contenido del derecho a la igualdad, pues, la “...igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad naturaleza de la persona, es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana...” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1984, p. 16); ese es el caso de los trabajadores de las entidades públicas, concretamente Municipalidades, cuyo régimen laboral es diverso en razón de que llevan a cabo funciones diferentes, en el caso de los servidores públicos funcio-

nes administrativas y en el caso de los obreros actividades de predominio físico por encima del intelectual, su ingreso a la administración pública obedece a procedimientos de selección diferenciados, en el primer caso se trata de un concurso público para cubrir una plaza vacante y presupuestada contenida en el CAP y PAP de la entidad, en el segundo caso, podría tratarse de una actividad de tipo permanente o eventual a ser contratada mediante un contrato modal, el ingreso no necesariamente es mediante un concurso público pues la ley no lo exige; asimismo, la diferencia en sus funciones, involucran también diferencia en especialización, escala remunerativa, fuente presupuestal, etc.

No es posible entonces, proceder como lo ha hecho la sala en el caso concreto a equiparar ámbos trabajadores de distintos regímenes laborales sin haber constatado la escala en la que se encuentran, cuáles son las funciones que llevan a cabo, cuál es el nivel de especialización de cada uno, si no cuentan con un pacto colectivo propio y adecuado a las características propias de sus funciones y a su escala remunerativa, sin constatar los montos efectivos que perciben en comparación con los suscriptores de dos de los pactos colectivos. Todas estas omisiones han sido aplicadas en supuesta defensa del derecho a la igualdad y prohibición de discriminación, pero ignorando que existen múltiples circunstancias que podrían, incluso, ubicar en situación de discriminación a los trabajadores nombrados para quienes fue ideado el convenio colectivo, téngase en cuenta que en cuestión de beneficios sociales, los mayores beneficios son percibidos por los trabajadores de la actividad privada quienes perciben gratificaciones y no aguinaldos y cuya compensación por tiempo de servicios es calculada de manera mucho más benéfica. ¿Cómo realizar una equiparación entonces entre regímenes tan distintos?

Por otro lado, una interpretación de este tipo lesiona el propio contenido de la negociación colectiva antes señalado en el extremo de su carácter facultativo, la prohibición de injerencia estatal en el ámbito de lo pactado; asimismo, las propias prescripciones legales contenidas en los artículos 41, 42 y 44 de la Ley de relaciones colectivas de trabajo ya comentadas en el punto anterior.

Finalmente, con dicha interpretación no solamente se afecta el principio de jerarquía al lesionarse el contenido constitucionalmente protegido de la negociación colectiva, sino además el principio de coherencia normativa, puesto que se afecta al sistema de presupuesto que regula el modo de distribución del erario estatal, se desconoce el hecho de que la distribución presupuestal obedece a una clasificación de gastos que es vinculante y que, de incrementar el ámbito de aplicación de un convenio colectivo, en el caso específico del incremento remunerativo, se estaría obligando a la entidad a incurrir en gastos que no han sido proyectados ni autorizados por el Ministerio de Economía y Finanzas, lo que se explica en que la entidad jamás tuvo la voluntad de asumir dichas obligaciones que son impuestas por orden judicial, situación que indefectiblemente desenvoca en el gasto de sus recursos propios y, de no existir éstos, el endeudamiento. Todo este vapuleo causado por efecto de una orden judicial irracional y desproporcionada, termina por afectar al fin último de la administración pública, el bienestar general.

Esta es solo una de las afectaciones al principio de coherencia normativa, pues, ocurre que otras veces, como ha ocurrido Expediente N° 00016-2017 del Juzgado Mixto de San Marcos, se ha interpretado que un convenio colectivo al no haber establecido el plazo de su aplicación continúa vigente, en indebida interpretación no solo del artículo 43 de la Ley de Relaciones Colectivas del trabajo, sino del título preliminar de la Ley 28411, Ley General del Sistema de Presupuesto Público, que establece que el presupuesto estatal se calcula y compromete anualmente, consituyendo las programaciones multianuales la única excepción; por lo que la permisón del mencionado artículo 43 debe ser entendida para condiciones laborales diferentes al incremento remunerativo en los convenios colectivos celebrados en el contexto de la administración pública.

Es totalmente cierto que el derecho laboral propugna el derecho a la equidad de armas favoreciendo a la parte más débil, los trabajadores; sin embargo, ello no tiene por qué lesionar otros principios y valores normativos, como en los casos mencionados, por tanto, para asegurarnos de no cometer arbitrariedades, es necesario tener en cuenta el desarrollo normativo e histórico de la figura bajo análisis para tener en claro su contenido y los modos de aplicación.

IV. Conclusiones

- El Derecho a la negociación colectiva es un derecho con rango fundamental que ha sido reconocido como uno de los extremos del derecho colectivo del trabajo y que tiene como presupuesto a la libertad sindical y sirve como mecanismo para evitar la producción de conflictos laborales.
- El contenido de la negociación colectiva es el resultado de luchas sociales y ha sido reconocido tanto internacionalmente como en el ordenamiento jurídico nacional, está dotado de coherencia tanto en su reconocimiento externo como interno y tiene dentro de su contenido constitucionalmente protegido a las condiciones de trabajo y las relaciones entre empleadores y trabajadores.
- La discusión o negociación respecto de condiciones remunerativas es perfectamente constitucional y legal; sin embargo, no debe ser entendido como el único extremo factible de toma de acuerdos mediante negociación colectiva.
- La normatividad que desarrolla este derecho fundamental debe ser interpretada de conformidad con el contenido anteriormente señalada, así como, debe respetar los principios de jerarquía y coherencia; por ejemplo, en los casos en los que existe diferenciación de grupos de beneficiarios o impedimentos presupuestales.

IV. Lista de referencias

- CHÁVEZ PALACIOS, J. (2004). Desarrollo tecnológico en la primera Revolución Industrial. *Norba. Revista de Historia*, Vol 17, 93-109.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (1984). Opinión Consultiva OC-4/84. San José: CIDH.
- DE LA CUEVA, M. (1949). *Derecho Mexicano del Trabajo*. México: Porrúa.
- GARCÍA MORALES, L. (2012). La importancia de la negociación colectiva en las relaciones laborales. Seminario del derecho del trabajo y seguridad social, 197-2014.

- LANDES, D. S. (1979). *Progreso Tecnológico y Revolución Industrial*. Madrid: Tecnos.
- MACHERA, A. (2013). *Derecho Colectivo del Trabajo*. México: Universidad de Buenos Aires.
- VEGA RUIZ, M. L., RUEDA-CATRY, M., OZAKI, M., & LEE, C.-H. (1999). Desde la época de los artesanos hasta su edad adulta: la negociación colectiva ofrece la ventaja de ser más flexible para introducir cambios. *La negociación colectiva: un principio fundamental, un derecho, un convenio*, 17-30.

Legislación internacional y nacional:

- Convenio 87 de la OIT. Convenio relativo a la libertad sindical y al derecho de sindicación. San Francisco, San Francisco, Estados Unidos: OIT.
- Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva de 1949. Convenio 98 de la OIT. Ginebra, Suiza, Suiza: OIT.
- Convenio 151 de la OIT. Convenio sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública. Ginebra, Suiza, Suiza: OIT.
- Convenio 164 de la OIT. Convenio sobre el fomento de la negociación colectiva. Ginebra, Suiza, Suiza: OIT.
- NORMLEX Information System on International Labour Standards. Obtenido de NORMLEX Information System on International Labour Standards: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11200:0::NO::P11200_COUNTRY_ID:102805
- Decreto Supremo N° 010-2003-TR. Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Lima, Lima, Perú: Diario Oficial El Peruano.

Sentencias:

- Caso Cámara Peruana de la Construcción-CAPECO, Exp. N° 0261-2003-AA/TC (Tribunal Constitucional 26 de Marzo de 2003).

Caso Congresistas de la República, EXP. N° 005-2003-AI/TC (Tribunal Constitucional 3 de Octubre de 2003).

Caso Cosapi S.A., EXP. N° 0785-2004-AA/TC (Tribunal Constitucional 12 de Octubre de 2004).

Caso Gobierno Regional de San Martín, EXP. N.º0047-2004-AI/TC (Tribunal Constitucional 24 de Abril de 2006).

Caso Juan José Gorriti, Exp. N° 008-2005-PI/TC (Tribunal Constitucional 12 de Agosto de 2005).

Caso Ley del Presupuesto Público, 0003-2013-PI/TC, 0004-2013-PI/TC y 0023-2013-PI/TC (Tribunal Constitucional 23 de Septiembre de 2015).

Caso Ley del Servicio Civil, Expedientes 0025-2013-PI/TC; 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-PI/TC (Tribunal Constitucional 26 de Abril de 2016).

Caso Lizama Puelles, EXP. N° 5854-2005-PA/TC (Tribunal Constitucional 08 de Noviembre de 2005).

El derecho al agua potable y saneamiento en el Perú

The right to drinking water and sanitation in Peru

VILLAR NARRO, Víctor Andrés(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. El Problema del acceso al agua potable y saneamiento. III. Naturaleza del derecho al agua y saneamiento. IV. El contenido del derecho al agua y saneamiento. V. El derecho al agua y saneamiento en la legislación supraconstitucional. VI. El derecho al agua potable y saneamiento en ordenamientos jurídicos extranjeros latinoamericanos. VII. El derecho al agua potable y saneamiento en el Perú. VIII. Conclusiones. IX. Lista de referencias.

Resumen: La presente artículo trata sobre el derecho al acceso al agua potable y saneamiento; pues el mismo, que como derecho nos corresponde a todas las personas; teniendo los gobiernos, la obligación de garantizar su acceso sin discriminación a ninguna persona o grupo de personas. Considerando la importancia del acceso al agua y saneamiento para la realización de la persona como tal, los gobiernos recientemente le han dado el rango de un derecho humano, y con

(*) Doctorando en Derecho, Maestro en Ciencias en Derecho Penal y Criminología, profesor invitado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional de Cajamarca.