

EDGARDO BALBÍN TORRES

UNILATERALISMO Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



Pontificia Universidad Católica del Perú
Fondo Editorial 2005

EDGARDO BALBÍN TORRES (1973), es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), con estudios de sociología. Ha sido miembro del gabinete de asesores del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, y actualmente es docente en la Facultad de Derecho de la PUCP y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Ha colaborado en prestigiosas revistas de Derecho como *Diálogo con la Jurisprudencia*, *Foro Jurídico*, *Derecho y sociedad* entre otras, con artículos relativos al derecho laboral y discriminación sexual, derecho a la presunción de inocencia, estabilidad laboral, democracia y derechos colectivos, todos ellos con un enfoque sociológico y jurídico.

UNILATERALISMO Y NEGOCIACIÓN
COLECTIVA EN LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

EDGARDO BALBÍN TORRES

UNILATERALISMO Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



Pontificia Universidad Católica del Perú
Fondo Editorial 2005

Unilateralismo y negociación colectiva en la administración pública

Primera edición, septiembre de 2005

Tiraje, 500 ejemplares

© Edgardo Balbín Torres, 2005

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005

Plaza Francia 1164, Lima 1 – Perú

Teléfonos: (51 1) 330-7410; 330-7411

Fax: (51 1) 330-7405

Correo electrónico: feditor@pucp.edu.pe

Portal URL: www.pucp.edu.pe/publicaciones/fondo_ed/

Diseño de cubierta: Edgard Thays

Diagramación de interiores: Aída Nagata

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

ISBN 9972-42-703-X

Hecho el depósito legal 2005-2869 en la Biblioteca Nacional del Perú

Impreso en el Perú – Printed in Peru

ÍNDICE

PRÓLOGO	11
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO PRIMERO	
UNILATERALISMO Y RELACIONES LABORALES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	
1.1. La tesis estatutaria: conformación, fundamentos y contenido	19
1.1.1. El proceso de conformación de la tesis estatutaria. Estado liberal y sistema de confianza política	19
1.1.2. Los fundamentos de la concepción estatutaria del empleo público: la teoría de las relaciones de sujeción especial y la contradicción con los valores liberales	24
1.1.3. El contenido de la tesis estatutaria. La unidad de la organización y la rigidez externa e interna del estatuto	28
1.2. El Estado social y democrático y la interrelación e integración de la relación de empleo público y el derecho del trabajo	39
1.2.1. La propuesta del Estado social y democrático	39
1.2.2. La incidencia del principio social y democrático sobre la organización administrativa y el empleo público	43
1.2.3. Los cuestionamientos de la doctrina de derecho laboral	45
1.2.4. El impacto del principio social y democrático en la configuración de la normativa de empleo público	49
1.2.5. El impacto del principio social y democrático, y la tendencia laboralizadora en algunos modelos de empleo público	52
1.3. Hacia una síntesis del proceso evolutivo: la delimitación de la problemática del empleo público	60

1.3.1.	La perspectiva estatutaria: la ubicación de la problemática en la distinción entre derecho privado y derecho público o el interés público como fundamento del estado de sujeción	60
1.3.2.	La real perspectiva fundada en la noción de Estado social y la revalorización de la entidad material de la relación jurídica de empleo público	66

CAPÍTULO SEGUNDO

UNILATERALISMO Y RELACIONES LABORALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

2.1.	La regulación de la relación de empleo público en el ordenamiento peruano	77
2.1.1.	Los rastros del sistema liberal estatutario en el constitucionalismo y la legislación peruana del siglo XIX	77
2.1.2.	Los fenómenos socioeconómicos que inciden en la conformación de un particular sistema estatutario en nuestro ordenamiento jurídico	82
2.1.3.	El modelo unilateral en la ley 11377, del estatuto y escalafón del servicio civil	87
2.2.	El influjo del modelo de estado social en la relación de empleo público en nuestro ordenamiento jurídico	95
2.2.1.	Los antecedentes a la Constitución de 1979	95
2.2.2.	El principio social y democrático en la Constitución de 1979	98
2.2.3.	El sistema de empleo público en la Constitución de 1979	99
2.2.4.	El definitivo deslinde con la tesis estatutaria unilateral de la Constitución de 1979	103
2.2.5.	El modelo legislativo propuesto a la luz del principio social y sus distorsiones: la unidad de la organización administrativa y la rigidez externa e interna del decreto legislativo 276	106
2.3.	El estado actual de la relación laboral de empleo público y la Constitución de 1993	113
2.3.1.	El principio de Estado social y democrático en la Constitución de 1993	113
2.3.2.	El modelo de relaciones laborales de empleo público en la Constitución de 1993	114
2.3.3.	La inmutabilidad del modelo legislativo y el impacto de la denominada «flexibilidad» en el empleo público	121

2.4. Las perspectivas de reforma en la regulación de la relación de empleo público	131
2.4.1. Las iniciativas de reforma	131
2.4.2. El proyecto de reforma constitucional y las iniciativas legislativas	134

CAPÍTULO TERCERO

UNILATERALISMO Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: BASES PARA UNA REFORMA

3.1. Los derechos colectivos de los trabajadores públicos	141
3.1.1. El derecho de libertad sindical de los trabajadores públicos	141
3.1.2. La función democratizadora interna y externa del derecho de libertad sindical de los trabajadores públicos	143
3.1.3. El fundamento del derecho de libertad sindical de los trabajadores públicos en los instrumentos internacionales y su revalidación en el modelo de Estado social y democrático	145
3.2. Los derechos de libertad sindical y negociación colectiva de los trabajadores públicos en nuestro ordenamiento jurídico	150
3.2.1. El marco normativo de proscripción de la libertad sindical de los trabajadores públicos	151
3.2.2. Del reconocimiento formal del derecho de libertad sindical de los trabajadores públicos a la desarticulación del movimiento sindical	153
3.3. La negociación colectiva de los trabajadores públicos	163
3.3.1. Planteamiento de la problemática en torno de la negociación colectiva de los trabajadores públicos	163
3.3.2. La superación de las objeciones al derecho de negociación colectiva y su carácter de contenido esencial del derecho de libertad sindical de los trabajadores públicos	169
3.3.3. La negociación colectiva como derecho de fuente constitucional y su contenido a la luz de los convenios internacionales	175
3.4. Bases para una reforma de la regulación del derecho de negociación colectiva en nuestro ordenamiento jurídico	182
3.4.1. Los rasgos generales de la normativa reguladora del derecho de negociación colectiva en nuestro ordenamiento jurídico	182

3.4.2.	El proceso de determinación de los factores de especialidad de la regulación del derecho de negociación colectiva: las condicionantes de fuente constitucional y los aspectos funcionales	185
3.4.3.	El ámbito material de la negociación colectiva: los problemas impuestos por la reserva legal, la tendencia expansiva de los contenidos de las negociaciones y el presupuesto público	189
3.4.4.	Los sujetos de negociaciones y el tema de la representación estatal en la negociación colectiva	204
3.4.5.	La estructura de la negociación	207
3.4.6.	El procedimiento de negociación	210
3.4.7.	El producto de negociación: naturaleza y efectos	213
CONCLUSIONES		219
BIBLIOGRAFÍA		235

PRÓLOGO

EL DERECHO colectivo del trabajo tiene carácter instrumental: los trabajadores constituyen un sindicato para negociar, el sindicato negocia para arribar a un convenio y el convenio regula las relaciones laborales. El objetivo final es mejorar la calidad de vida de los trabajadores. Esta secuencia sindicato-negociación-convenio-regulación-progreso es la clave del Derecho Colectivo del Trabajo.

Un ámbito en el que esta secuencia se desarrolla con especial dificultad es el del Estado. La tesis unilateralista del empleo público, que imperó en el Perú hasta la década de 1980, postulaba una marcada asimetría entre el Estado y el trabajador: la relación se constituye y se extingue mediante un acto unilateral de nombramiento y cese, respectivamente; es regulada en forma exclusiva por el Estado y los trabajadores solo pueden agruparse con fines sociales, recreativos, etcétera, pero no sindicales, entre otros postulados. Hay dos aspectos que quedan claros respecto de este esquema: el primero es que los derechos colectivos de los trabajadores no tienen cabida en él; y el segundo, por esta razón, resulta evidentemente incompatible con el ordenamiento constitucional e internacional en el que se enmarcan los mencionados derechos.

Durante las últimas décadas, en todos los Estados democráticos se ha abandonado la tesis unilateralista, de flagrante naturaleza autoritaria, y se la ha sustituido por la tesis contractualista. De acuerdo con esta tesis, entre el Estado y quien le presta un servicio personal, subordinado y remunerado, se genera una relación laboral igual a la que existe en el sector privado; porque la naturaleza del empleador no es justificación para excluir este vínculo de su configuración como tal, aunque sí para determinar una regulación especial en ciertos casos.

Probablemente, la principal singularidad que se presenta en el ámbito del Estado reside en la forma de regular el derecho de negociación colectiva. En este ámbito existen grandes dificultades para armonizar el ejercicio de dicho derecho conforme con la aplicación de las reglas a todos los trabajadores públicos, así como con el acuerdo al que pudieran llegar las partes de aprobar el Congreso las normas presupuestarias. Quizá la mejor fórmula consista en desarrollar una negociación centralizada, entre el Poder Ejecutivo y una organización sindical de nivel confederal, que concluya en un acuerdo que posteriormente sea elevado como proyecto al Congreso, el que debería comprometerse a respetarlo. El asunto es

muy complejo porque requiere la intervención de muchos agentes y el cumplimiento de etapas estrictas, pero abre un espacio para el desarrollo del trascendental derecho de negociación colectiva en el ámbito estatal.

Toda la riqueza de este tema es abordada magistralmente en este libro de Edgardo Balbín Torres. Por primera vez en nuestro medio se elabora un estudio riguroso, completo y documentado sobre la institución central del Derecho Colectivo del Trabajo en el ámbito del Estado. La publicación es, además, oportuna ahora que el Poder Ejecutivo y el Congreso han decidido a ordenar la regulación de las relaciones laborales en el Estado, a partir de la promulgación de la Ley Marco del Empleo Público y sus cinco leyes de desarrollo. No se pueden perder de vista, en ningún caso, los referentes constitucional e internacional que brindan adecuada cobertura para el ejercicio de la negociación colectiva en el campo estatal.

Con esta lúcida contribución al Derecho Colectivo del Trabajo, Edgardo Balbín Torres consolida su posición como uno de los más destacados académicos de nuestro medio, lugar que ya había alcanzado con sus aportaciones anteriores, plasmadas en sus clases en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, sus artículos y sus conferencias. Además, consolida también su bien ganado prestigio profesional, logrado especialmente sobre la base de su desempeño como abogado en diversos organismos del Estado, en la Municipalidad de San Miguel, en la Comisión de Trabajo del Congreso y en el Gabinete de Asesores del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Debo felicitarlo por haber podido acompañarlo en este proceso.

Lima, 25 de enero de 2005

Javier Neves Mujica
Profesor Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo

INTRODUCCIÓN

SE APRECIA en nuestro medio una creciente tendencia a desvincular los procesos de conformación y aplicación normativa de los elementos de valoración que los gobiernan. Una excesiva tecnificación en el manejo de las instituciones jurídicas, que diluye sus fundamentos axiológicos tras complejos procesos de racionalización y, más aún, un ingenioso afán por neutralizar los obstáculos que dichos fundamentos imponen a la primacía de concretos intereses sectoriales han derivado en la más arbitraria instrumentalización del Derecho, oculta en ocasiones bajo la atribución de una cierta neutralidad a sus instituciones. Una de las principales consecuencias de este fenómeno resulta ser el refuerzo de las prácticas autoritarias, hecho que se ha consolidado a partir de una cada vez más difundida concepción que reduce la consistencia de los valores sociales y democráticos del Estado a un plano meramente formal, y obvia la estrecha conexión que existe entre dichos valores y las instituciones jurídicas que los hacen efectivos en los diversos ámbitos de las relaciones humanas.

El establecimiento de linderos absolutos entre determinadas instituciones jurídicas y los valores superiores del ordenamiento ha prolongado y consolidado el predominio de un modelo de convivencia basado en el autoritarismo, al punto de que es posible afirmar que, al margen del modelo de democracia político-formal vigente, subyace a nuestras estructuras un autoritarismo que neutraliza con relativo éxito todo esfuerzo democratizador. Esta situación determina que el destierro de la arbitrariedad y su reemplazo por un sistema de ejercicio racionalizado en el que participen varios poderes constituya un objetivo de urgente consecución. El establecimiento de instituciones jurídicas como la negociación colectiva puede contribuir eficazmente a la construcción de un sistema democrático, garantía para un auténtico disfrute de la condición de ciudadanía.¹

La negociación colectiva constituye una institución directamente orientada hacia el destierro del autoritarismo social y el establecimiento de parámetros humanistas en el modelo capitalista. De allí los altos márgenes de democratización

¹ MONEREO PÉREZ, José Luis. *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*. Madrid: CES, 1996, p. 160.

social apreciados en ordenamientos en los que el ejercicio pleno y efectivo del Derecho es una realidad, y el auge de las prácticas autoritarias en sistemas en los que apenas supera su mera consagración formal. La potencia democratizadora de la negociación colectiva es indiscutible y la convierte en un elemento medular para el destierro de las prácticas autoritarias.

Justamente, la apreciación de la potencia democratizadora de este derecho en un contexto de raíz autoritaria es lo que motiva la opción por abordar el tema del unilateralismo y la negociación colectiva, instituciones que en el ámbito de la administración pública expresan la constante pugna entre una lógica autoritaria, expresada por el predominio de técnicas unilaterales de gobierno de las relaciones laborales y una práctica democratizadora derivada de la negociación colectiva, en algunos casos formalmente proscrita y en otros severamente limitada.

El análisis de la técnica unilateral de gobierno de las relaciones laborales en la administración pública persigue como objetivo determinar la validez y actualidad de los argumentos que imponen exclusiones o limitaciones al derecho de negociación colectiva, y analizar su funcionalidad o disfuncionalidad como elemento de democratización de las estructuras estatales.

Sostenemos, como primera hipótesis, que el modelo social y democrático del Estado determina la superación absoluta del unilateralismo, como técnica de gobierno de las relaciones laborales en la organización administrativa, con lo que los procesos de conformación y aplicación normativa se regirán basados en toda la gama de valores y principios previstos por el Derecho Laboral para la regulación de las relaciones jurídicas de intercambio de trabajo por salario. En tal sentido, aun cuando se reconozca que la noción de interés público impone particularidades que justifican alguna distinción en lo que atañe al ejercicio de ciertos derechos laborales, estas alcanzan únicamente a modalizar su ejercicio sin afectar su contenido esencial o alterar el carácter eminentemente laboral de la relación jurídica. En segundo lugar, y como consecuencia del destierro del unilateralismo en el marco de un modelo de Estado social y democrático, planteamos la plena funcionalidad del Derecho de Negociación Colectiva como mecanismo de gobierno de la relación de empleo público.

Para la comprobación de las hipótesis propuestas consideramos imprescindible detenernos en la revisión del proceso de conformación y evolución del dogma unilateral, teniendo en cuenta que la problemática generada por la aplicación de algunas instituciones laborales en la relación de empleo público se explica en gran medida por factores históricos.² En particular, será de relevancia analizar el hecho de que la juridificación de la relación de empleo público anteceda a la regulación

² OJEDA AVILÉS, Antonio. Entrevista al profesor Antonio Ojeda Avilés. *Themis*, n.º 2, Lima, 1990, pp. 13-15.

autónoma del contrato de trabajo, factor que explica el apoderamiento de dicha relación jurídica por el derecho administrativo y, consecuentemente, el establecimiento de una lógica y principios fundados en el predominio de la voluntad estatal como expresión única e inequívoca de los intereses públicos. Asimismo, es importante apreciar cómo en tanto el sistema de principios y valores impuestos por el Estado liberal sentó las condiciones para la juridificación de la relación de empleo público por la doctrina de derecho administrativo, la consagración del modelo de Estado social dio inicio a una etapa de interacción con el derecho laboral, caracterizada, en el primer tramo, por un proceso continuo de intercambio institucional entre empleo público y el derecho del trabajo —a instancia de los cuestionamientos de la doctrina laboralista y de las primeras manifestaciones de acción colectiva de los empleados públicos— y, en el segundo tramo, por la definición, a cargo del constitucionalismo social, de la titularidad de los derechos colectivos de los trabajadores públicos.

En segundo lugar, será preciso abordar cómo evolucionó la regulación unilateral de la relación de empleo público en nuestro ordenamiento jurídico, con el objetivo de revisar el nivel de implantación formal y real del unilateralismo como técnica de gobierno de esta relación. En este apartado, el análisis pondrá especial énfasis tanto en los rasgos centrales del modelo constitucional y legislativo como en las características del contexto, sobre todo en aquellas que aparecen como expresión de un eventual reforzamiento o quiebre de la técnica unilateral o de la eventual introducción de técnicas democratizadoras participativas o de negociación.

Por último, en el tercer capítulo se abordarán términos concretos del tema de la negociación colectiva, con el objetivo fundamental de revalidar plenamente su funcionalidad en el contexto de la administración estatal. Para ello, luego de analizar la estrecha relación existente entre los derechos de libertad sindical y la negociación colectiva, se revisarán las objeciones impuestas al ejercicio de este último derecho en un intento de situar en su correcta dimensión el influjo de la noción de interés público sobre su titularidad y ejercicio. En este apartado, no dejarán de formularse algunos lineamientos que, desde nuestra perspectiva, deben presidir la elaboración de un marco normativo acorde con nuestro modelo de Estado y con los valores superiores de nuestro ordenamiento.

La complejidad del tema obliga a precisar algunas cuestiones relativas a los alcances de este trabajo. Como hemos señalado, este aborda la problemática planteada por el unilateralismo y la negociación colectiva en el ámbito de la administración pública. En tal sentido, nos referimos concretamente a la problemática laboral del gobierno central, los gobiernos locales y los entes autónomos y descentralizados, por lo que no resulte un objeto de análisis la problemática del sector público, término que en su acepción más difundida incluye a las empresas estatales. El motivo de esta primera delimitación es simple: las objeciones dogmáticas impuestas al reconocimiento de la condición laboral de los trabajadores estatales

o a la titularidad y ejercicio del derecho a la negociación colectiva no han recaído sobre el personal que labora en las empresas estatales, como sí ha sucedido con los trabajadores de los entes a los que se les atribuye el desarrollo de funciones públicas.

El texto tampoco trata la relación de empleo mantenida por algunos trabajadores dependientes de la organización administrativa sometidos a estatutos particulares, pero que se basan en lineamientos de raíz unilateral. Es el caso de los docentes estatales, diplomáticos, médicos, funcionarios políticos y de dirección o de confianza. Recordemos que la comprobación de las hipótesis planteadas pasa, más que por un examen detallado de los diversos estatutos existentes, por la determinación de los factores en los que se asienta y se expresa el autoritarismo y, especialmente, en la viabilidad de un esquema de negociación democratizador.

En tercer lugar, el análisis de la evolución y desarrollo de la técnica unilateral de gobierno de la relación de empleo público presenta una constante: se sitúa en dos contextos diferenciados. El primero, conformado bajo la noción de Estado liberal en el que se consolida el modelo estatutario de derecho administrativo; y el segundo, marcado por la noción de Estado social y democrático. La distinción obedece a que, indudablemente, el proceso evolutivo que abordamos se ha encontrado vinculado a las diversas concepciones de Estado imperantes en cada momento histórico y, sobre todo, a su nivel de interrelación con la sociedad civil.³ Más aún, en lo que resulta relevante a nuestros cometidos, esta división evidencia también la existencia de dos momentos estelares en la progresiva tendencia a la integración de la relación de empleo público dentro de la disciplina laboral.⁴

Por último, el desarrollo del presente trabajo recoge la distinción aportada por la doctrina de derecho administrativo entre los sistemas de empleo público de raíz anglosajona —conocidos como sistemas de empleo— y los sistemas estatutarios de raíz europea continental, aunque limita su enfoque a estos últimos dada su gran influencia en nuestro ordenamiento.⁵ Ello porque aun cuando la distinción anotada no agota una explicación acabada de los actuales modelos organizativos de empleo público, sí permite apreciar las características de las diversas respuestas articuladas frente a los fenómenos socioeconómicos impulsores de su proceso evolutivo.

³ PÉREZ, Manuel. *El sistema de mérito en el empleo público: principales singularidades y analogías respecto del empleo en el sector privado*. Documentación administrativa 241-242, INAP. Madrid: INAP, 1995, p. 100.

⁴ GRZETICH, Antonio. «Aplicación del principio de primacía de la realidad a los trabajadores del Estado». *Derecho laboral*, n.º 138-139, Montevideo, 1985, pp. 279-280. MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente. «La regulación homogénea de las relaciones de trabajo dependiente en la función pública». *Revista de Derecho Social*, n.º 7, Albacete, 1999, p. 213.

⁵ Distinción recogida de PARADA VÁSQUEZ, Ramón. *Derecho administrativo*. Tomo II. Madrid: Editorial M. Pons, 1992, pp. 355-356.

Contrariamente a lo observado en los sistemas abiertos —caracterizados por una cierta receptividad a la acción colectiva y por la consiguiente presencia de instrumentos negociados en la regulación de las relaciones laborales— los sistemas cerrados y, muy en particular, los implementados en las experiencias española y francesa —de gran influencia en la conformación de los sistemas de empleo público en América latina— han constituido por mucho tiempo escenarios estrechamente vinculados a la rigidez inherente a la norma estatal y menos receptivos al pluralismo normativo, situación que se agrava en algunos casos por lo deficitario del arraigo de las instituciones democráticas. No resulta extraño, por ello, que el unilateralismo se haya constituido en un elemento medular en la articulación de las relaciones laborales de empleo público en los sistemas cerrados, difundándose de modo particular en países como el nuestro, tributario de la tradición jurídica europea.

El presente trabajo pretende llamar la atención sobre un segmento de las relaciones laborales que, no obstante evidenciar el despliegue de prácticas autoritarias sobre un número muy importante de trabajadores, ha sido abordado muy pocas veces en los estudios de Derecho Laboral. El tema, ciertamente, conforma una no tan reciente deuda que la doctrina nacional mantiene con un sector de trabajadores cuya sujeción, más allá de cualquier límite admitido por el modelo de Estado social y democrático imperante, conlleva la privación de su condición efectiva de ciudadanos. Esperamos que este trabajo contribuya a saldar en una pequeña parte dicha deuda.

Capítulo primero
UNILATERALISMO Y RELACIONES LABORALES
EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1.1. LA TESIS ESTATUTARIA: CONFORMACIÓN, FUNDAMENTOS Y CONTENIDO

1.1.1. El proceso de conformación de la tesis estatutaria.

Estado liberal y sistema de confianza política

La prestación de labores para el poder político ha constituido un fenómeno inherente a toda colectividad organizada a lo largo de la historia.¹ Tanto quienes hicieron residir la apropiación de los frutos del trabajo ajeno en el origen divino del titular del poder político, como quienes emplearon algún vínculo de sumisión de tipo político-jurídico —relaciones de servidumbre, privilegio o señorío—, desplegaron una lógica de innegable carácter jurídico.² Debe resultar evidente, por tanto, que al referirnos a un proceso de juridificación no aludimos a esta constante histórica al margen de tiempo y lugar. Nos referimos, más bien, al proceso de articulación de una lógica jurídica autónoma, que recae exclusivamente sobre el fenómeno de la prestación de servicios en condiciones de libertad en la administración pública, y que aparece como consecuencia de la profesionalización de la burocracia en el contexto del Estado liberal.³

¹ SALA FRANCO, Tomás. *Derecho del trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992, p. 26.

² Señala Monereo que «[...] por encima de los distintos títulos que han legitimado la apropiación por otro del trabajo ajeno en cada una de las formaciones histórico-sociales, el fenómeno social del trabajo por cuenta ajena y dependiente ha existido siempre en todas aquellas épocas en donde el trabajo adquiere una dimensión social, no agotándose su utilidad patrimonial al servicio del propio trabajador. Sin embargo, el trabajo no ha sido siempre considerado como un objeto para su regulación; y cuando lo ha sido, ha revestido caracteres diferentes». MONEREO PÉREZ, José Luis. *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*. Madrid: CES, 1996, p. 58.

³ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho de función pública*. Madrid: Tecnos, 1997, p. 26.

Las categorías que el liberalismo aportó en los planos político, económico y jurídico han desplegado una gran influencia en la juridificación de la relación de empleo público.

En el ámbito político, el sistema liberal se asentó en tres postulados fundamentales: en primer lugar, la conceptualización del Estado como un ente abstracto dotado de personalidad jurídica propia, lo que conllevaba la despersonalización de la titularidad del poder político a través de la conformación de una estructura ideal; en segundo lugar, el rechazo a toda instancia o realidad institucional intermedia entre Estado y ciudadano; y, por último, la separación de poderes mediante la distinción y asignación de funciones específicas a diversos entes especializados.⁴ En el plano económico, el liberalismo postuló el abstencionismo estatal, lo que significaba la atribución al Estado de un mínimo rol garante de las relaciones de intercambio a través de la consagración formal de valores base, y resultaba que toda intervención estatal que excediera dicha función era concebida como nociva ante el espontáneo orden natural impuesto por las reglas del mercado.⁵ Finalmente, en el plano jurídico, el sistema liberal aportó, por un lado, la conceptualización de los derechos subjetivos como espacios de libertad de los particulares frente al poder estatal; por otro, la estricta división de la ciencia jurídica en dos planos: el Derecho Público y el Derecho Privado, caracterizados, en el primer caso, por la articulación de relaciones jurídicas entre particulares; y, en el segundo caso, por la relación entre particulares y el Estado.⁶

La organización burocrática no resultó ajena al influjo de estos postulados. Como consecuencia de la vigencia de las categorías mencionadas se produjo una completa remodelación de la tradicional función sociopolítica asignada a la organización administrativa. Junto con ella cambió también la lógica subyacente de todas las relaciones jurídicas en las que intervenía el Estado como parte, entre ellas, la relación de empleo público, imbuida hasta entonces en una concepción patrimonialista que la reducía a la calidad de bien personal adquirido gracias al favor del monarca o al desembolso de una suma de dinero.⁷

En efecto, desde la perspectiva patrimonialista, la problemática del trabajo humano en el ejercicio de las funciones públicas se encontraba inmersa en el ámbito de los derechos reales, debido a que el objeto de la relación jurídica no lo constituía propiamente la labor desempeñada sino la propiedad y transmisión del

⁴ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y Manuel ÁLVAREZ DE LA ROSA. *Derecho del trabajo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Aceres, 1996, p. 58.

⁵ PRATS I CATALÁ, Joan. «Servicio civil y gobernabilidad democrática». *Revista Iberoamericana de Administración Pública*, n.º 1, Madrid, 1998, pp. 21-68.

⁶ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y Manuel ÁLVAREZ DE LA ROSA. *Derecho del...*, p. 58.

⁷ SALA FRANCO, Tomás. *La libertad sindical y los empleados públicos*. Sevilla: Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1972, pp. 44-46.

cargo público, siempre al interior del reducido círculo social aristocrático que conformaba la burocracia. Naturalmente, este régimen de propiedad del empleo público fue repudiado por el liberalismo, que al advertir en su ejercicio un riesgo de apropiación antidemocrática del poder —que perpetuaba la desigualdad entre los ciudadanos— consagró como reacción el derecho a la igualdad en el acceso a los cargos públicos. Como señala Parada, la garantía de libre provisión y remoción de los empleados —por quien ostentaba la competencia para ello— constituyó el primer mecanismo de destierro de todo vínculo estable con apariencia de propiedad y de instauración de la igualdad propugnada por la burguesía que resultó victoriosa de las revoluciones liberales.⁸ La efectividad de tal garantía, sin embargo, no requería la implementación de una cobertura jurídica específica, pues esta bien podía articularse a través del tipo contractual del arrendamiento de servicios.⁹

Es importante señalar que este mecanismo de libre provisión y remoción, denominado *sistema de confianza política*, no se encontraba desprovisto de racionalidad.¹⁰ Como advierte Prats, el sistema de confianza política se asentaba sobre una organización burocrática pequeña, poco propensa a la desviación de su labor, debido a que la permanencia en el empleo demandaba al funcionario un alto nivel de efectividad y devoción al servicio que asegurara la complacencia del ciudadano con la autoridad política. Lo simplificado del aparato burocrático facilitaba que esta efectividad y devoción fuesen verificadas a través de una eficaz labor de monitoreo, que reducía en gran medida el riesgo de conductas ajenas a los fines de la organización.¹¹ De

⁸ PARADA VÁSQUEZ, Ramón. «La degeneración del modelo de función pública». *Revista de Administración Pública*, n.º 150, Madrid, 1999, pp. 413-452.

⁹ Recordemos que desde una perspectiva meramente formal, el recurso a la antigua figura romana del arrendamiento de servicios denotaba, en primer lugar, el énfasis inicial dado por la doctrina liberal al consentimiento libremente prestado del empleado en la constitución del vínculo, lo que sin duda obedecía a la relevancia brindada a la libertad individual de contratar. En segundo lugar, y en lo que como veremos resultaba contradictorio con una relación de derecho público, importaba el reconocimiento de la personalidad propia e independiente del empleado como sujeto contractual, que mantenía latente el interés correspondiente a su calidad de contraparte. Por último, expresaba el reconocimiento como objeto del contrato de una mera forma de trabajo humano prestado en relación de dependencia, sin reparo alguno en la finalidad de la labor desarrollada. No obstante, al igual que con el contrato de trabajo, pero por distintas razones, la lógica paritaria de la figura civil del arrendamiento de servicios no canalizó la realidad de una relación de desequilibrio intrínseco, menos aun, como veremos enseguida, redundó en una posición de paridad del empleado o en el desarrollo de alguna capacidad reguladora sobre la dinámica contractual; por el contrario, mostró deficiencias a la articulación de una relación por esencia subordinada.

¹⁰ La versión original del sistema de confianza política se encontraba desprovista de la nocividad intrínseca que hoy se le atribuye. El patronazgo o la provisión del empleo público sobre la base del criterio del favor político resultaba funcional a un contexto en el que no existía una estructura de partidos políticos como actualmente se la concibe. PRATS I CATALÁ, Joan. «Servicio civil y gobernabilidad...», p. 36.

¹¹ *Ibid.*, p. 40.

este modo, aun cuando el sistema de confianza política respondía a una lógica carente de parámetros objetivos en la atribución del empleo —como lo fueron posteriormente el mérito y la capacidad—, conformó un mecanismo idóneo que garantizaba el principio de igualdad, debido a que el sentido democrático de dicho principio se agotaba —en su concepción inicial—, con la eliminación de cualquier riesgo de apropiación o ejercicio indefinido del cargo público.

Uno de los principales factores de cambio en esta orientación original en los ordenamientos occidentales lo constituyó el establecimiento del capitalismo industrial como motor de la dinámica social, cuyo influjo decisivo sobre la organización administrativa determinó la conformación de una nueva lógica basada en la aplicación de los principios de mérito y capacidad, y en un vínculo laboral de naturaleza indefinida. El sistema de confianza política, que hasta ese momento había respondido con éxito a la demanda planteada por el inicial contexto liberal, se enfrentó a un contexto distinto que, a ritmo cada vez más acelerado, impuso variaciones extremas a la función desarrollada por la organización administrativa.

Como apunta Prats, la revolución tecnológica e industrial de finales del siglo XIX incentivó el surgimiento y desarrollo de pequeñas y medianas empresas. Los niveles de producción e intercambio económico crecieron bruscamente y se convirtieron en el motor de la dinámica social. En este nuevo contexto, las relaciones económicas reclamaron, por un lado, la fijación de marcos normativos satisfactorios —es decir, un incremento en la producción legislativa que excediera a la consagración formal de valores base— y, por otro, márgenes de aplicación previsibles de la normativa estatal, lo que redundó en una nueva estructuración de los órganos ejecutores de la ley y una ampliación relativa del aparato administrativo. Si bien el sistema de confianza política armonizaba con los principios puntales de liberalismo, mucho en su funcionamiento respondía a una demanda mínima de servicios públicos individualizados, distante de la planteada por la sociedad capitalista industrial.¹²

En lo que se refiere a la demanda de marcos normativos satisfactorios, los centros de producción normativa iniciaron un proceso de creación de dispositivos de carácter sectorial destinados a dotar de funcionalidad al nuevo sistema económico. Destacaron, entre ellos, las primeras normas laborales de corte protector, cuya consagración vino determinada, más que por el necesario establecimiento de derechos mínimos para los asalariados, por la urgente necesidad de contención del emergente movimiento obrero. De esta manera se conservaron las estructuras productivas capitalistas.¹³ Dicha intervención normativa estatal, sin convertirse en una respuesta jurídica integral a la problemática del conflicto capital-trabajo,

¹² PRATS I CATALÀ, Joan. «Servicio civil y gobernabilidad...», p. 41.

¹³ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y Manuel ÁLVAREZ DE LA ROSA. *Derecho del...*, pp. 69- 70.

constituía una primera limitación ante los poderes empresariales de explotación de mano de obra y, más importante aún, abría un nuevo espacio para la regulación estatal de las relaciones interprivadas.¹⁴

Este fenómeno trajo consigo dos consecuencias de relevancia. En primer lugar, supuso el reconocimiento de relaciones jurídicas caracterizadas por un desequilibrio estructural, en las que resultaba necesaria una intervención estatal de corte que garantizaba la implantación de los valores de libertad e igualdad. Esta novedosa situación planteó a la teoría jurídica serios cuestionamientos ante una pretendida definición a priori del carácter paritario de las relaciones entre particulares, típica de la concepción liberal, con lo que se delineaban espacios de desequilibrio en los que la situación de supremacía de una parte y la de subordinación o sujeción de la otra no venían determinadas únicamente por factores jurídico formales sino también por factores sociológicos. En segundo lugar, la intervención estatal supuso también la remodelación del aparato burocrático vía la ampliación de su capacidad de desarrollo de la función ejecutiva y el consiguiente incremento en el número de dependientes.

Sin negar la importancia que para el derecho administrativo tuvo la primera reforma de la administración pública a instancia del capitalismo industrial, el aumento del número de empleados es el factor que impuso un cambio de nuestro interés en la estructuración de la relación de empleo público.

Como hemos anticipado, la demanda socioeconómica no se agotaba en la expedición de un marco regulador; se exigía, además, un nivel de previsibilidad en la aplicación de dicha normativa que el aparato burocrático, tal como venía siendo organizado, no habría podido garantizar. El inusitado dinamismo de las relaciones económicas de intercambio requería garantías mínimas que alejaran el riesgo de la manipulación legislativa y, frente a ello, la posibilidad de revisión judicial como única garantía de seguridad jurídica resultaba insuficiente en términos de costo. El crecimiento del aparato administrativo y el incremento del número de empleados dificultaban cada vez más el control de la actividad realizada, con lo que se elevaba el riesgo de desviación de la actividad funcional. Esto afectaba sustancialmente la credibilidad en las estructuras de poder y obstaculizaba el desarrollo de las relaciones económicas. Era necesario, por esta razón, replantear el sistema de organización del aparato burocrático adecuándolo a la nueva

¹⁴ Es importante destacar, como lo hace Monereo, que se trataba hasta ese momento de una normativa de corte excepcional dentro del derecho privado, concebido como derecho común por sintetizar las expectativas de la clase políticamente dirigente y económicamente dominante. El carácter excepcional de estos primeros dispositivos laborales determina que carezcan aún de la fuerza expansiva que asumirán al consolidarse como un ordenamiento autónomo destinado a legitimar a una nueva clase social. MONEREO PÉREZ, José Luis. *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del derecho del trabajo*. Madrid: Civitas, 1996, pp. 27 y ss.

demanda de seguridad jurídica planteada por el contexto capitalista industrial y sentar las bases para que la actuación de los poderes estatales promueva la eficiencia de las relaciones socioeconómicas en su conjunto, desterrando así toda práctica clientelar.¹⁵

Se incidió en el sistema estatutario, que se asentaba sobre el principio del mérito. Este sistema, en tanto sujetaba la provisión del empleo a competiciones abiertas entre los ciudadanos de acuerdo con su aptitud demostrada, aparecía como un mecanismo de justificación democrática con capacidad para responder satisfactoriamente a la nueva demanda de seguridad jurídica que planteaba el contexto capitalista industrial.¹⁶

1.1.2. Los fundamentos de la concepción estatutaria del empleo público: la teoría de las relaciones de sujeción especial y la contradicción con los valores liberales

La reducción de la actividad de gobierno a una organización de actividad parametrada por instrumentos generales y abstractos, aportada por el sistema liberal, constituye un factor clave en el desarrollo del derecho administrativo y en la concepción estatutaria del empleo público.

La racionalidad, que en orden a la consecución de los valores liberales ofrece la despersonalización de la función de gobierno —antes librada al arbitrio del monarca—, coloca en un lugar privilegiado a la administración pública al realzar su faceta dinámica, esto es, el ejercicio de la función administrativa como expresión directa de intereses superiores.¹⁷ La *sacralización* de la que fue objeto la función administrativa la distinguió y sobrepuso a cualquier otro tipo de labor —en especial, aquellas vinculadas a intereses particulares—, con lo que se particularizaba a la organización encargada de realizarla en toda relación jurídica.¹⁸

¹⁵ Señala Prats, al respecto, que a diferencia del sistema de confianza política, el sistema de mérito conformó un marco de constricciones para que los funcionarios públicos estén, por un lado, protegidos frente a la presión de los políticos y de los grupos de interés y, por otro, interesados corporativamente en el cumplimiento de la legalidad. PRATS I CATALÁ, Joan. «Servicio civil y gobernabilidad...», p. 42.

¹⁶ Según Prats la respuesta de las sociedades a la propuesta estatutaria es diversa de acuerdo con el nivel en que se suceden las condiciones descritas para su despegue. No obstante el alto nivel de difusión del sistema cerrado en los ordenamientos europeos y latinoamericanos, solo algunas experiencias alcanzaron el nivel de consenso y acuerdo social necesario para su institucionalización. PRATS I CATALÁ, Joan. «Servicio civil y gobernabilidad...», p. 43.

¹⁷ SALA FRANCO, Tomás. *La libertad sindical y...*, p. 46.

¹⁸ En lo relativo propiamente a la organización, tal irradiación se vio apoyada por la difundida identidad entre el ejercicio de la función de gobierno y la legalidad como expresión de los objetivos sociales. La organización administrativa, por realizar en exclusiva actividades relacionadas al ejercicio de las denominadas funciones de soberanía, se convirtió en un conjunto de entes de carácter meramente instrumental. Al decir de Sánchez Morón, en la vinculación establecida entre la organización y la función predominó

Para la organización de los entes, el Estado contaba con las potestades inherentes a su calidad de titular soberano del poder político y de la propia organización; para la implementación y organización de los cuadros personales se requería en cambio de una razón superior al simple interés de explotación del trabajo humano. Recordemos que desde la óptica liberal no resultaba admisible la articulación de una relación jurídica subordinada cuyo objeto lo constituyera el trabajo personal, pues tal situación remitía a relaciones de esclavitud y servilismo propias de los regímenes absolutistas y feudales contrarios a los valores propugnados por el sistema.¹⁹

La labor de armonizar de las necesidades de explotación de mano de obra en la organización administrativa con los postulados del sistema²⁰ vino del lado del derecho administrativo, cuya doctrina elaboró el soporte dogmático requerido, atribuyendo naturaleza pública a la relación de empleo con lo que se desprendía de dicha caracterización una lógica de supremacía basada en la preponderancia de los fines de la organización.

Como ya lo hemos señalado, la división de las relaciones jurídicas de acuerdo con su regulación por el derecho público o derecho privado constituye uno de los principales rasgos de la teoría jurídica del sistema liberal, en gran medida explicada por la concepción de Estado y sociedad como ordenamientos autónomos regidos cada uno por una lógica propia y distinta.

Las relaciones de derecho privado en el contexto liberal eran conceptualizadas como *relaciones de coordinación* llevadas a cabo entre sujetos iguales, dotados de la suficiente autonomía para establecer, mediante el exclusivo tenor de su voluntad, el objeto y contenido de sus relaciones jurídicas. Contrariamente, las relaciones de derecho público eran concebidas como *relaciones de subordinación*,²¹ en las que la presencia estatal configuraba automáticamente una situación de desequilibrio —favorable a sus intereses—, desprendida de su calidad de supremo ordenador de las relaciones sociales.²² Desde la perspectiva de la doctrina tradicional del derecho administrativo, la actividad estatal ejercida —conforme a una potestad

abiertamente el influjo de esta sobre aquella, en sus términos «la naturaleza de la función determinó las características de la organización». SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. «Notas sobre la función administrativa». En Alberto Pedrieri y Eduardo García de Enterría (coords.). *La Constitución española de 1978*. Madrid: Civitas, 1991, pp. 663-664.

¹⁹ SALA FRANCO, Tomás. *La libertad sindical y...*, pp. 46-47.

²⁰ LAGUNA DE PAZ, José Carlos. «Renuncia de la administración pública al derecho administrativo». *Revista de Administración Pública*, n.º 134, Madrid, 1994, p. 204.

²¹ Santi Romano señala que las relaciones 'Estado-súbditos' se resuelven en un derecho general de supremacía, requisito de la propia existencia del Estado. Se trataría de un derecho de soberanía implícito en la propia idea de Estado. Para Mayer, el individuo está vinculado respecto del Estado por efecto de la obligación general de regular su conducta conforme a un cierto interés público. LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki. *Las relaciones de sujeción especial*. Madrid: Civitas, 1994, pp. 29, 30 y 43.

²² SALA FRANCO, Tomás. *La libertad sindical y...*, pp. 36-40.

legalmente atribuida— se legitimaba por provenir del ordenamiento jurídico, expresión de los intereses generales con capacidad de imposición sobre los intereses individuales. De este modo, si del lado de las relaciones de derecho privado las características del contexto conforman relaciones horizontales, en donde la minoración de las garantías y derechos subjetivos resultaba inadmisibles, en el ámbito de las denominadas relaciones de derecho público, la intervención del Estado desencadenaba una verticalidad que, desde determinadas circunstancias, imponía incluso la postergación de las garantías o derechos individuales consagrados por el sistema. Debido a la presencia del Estado como parte, la relación de empleo público requería un tratamiento del derecho público y, por tanto, su sometimiento a la lógica de la subordinación.

El régimen de prerrogativas estatales —derivado de la caracterización de la relación de empleo público como de derecho público— tuvo su asiento doctrinal en la teoría de las relaciones de sujeción especial.²³ Esta teoría, surgida durante el proceso de expansión de los dogmas liberales —aporte de la doctrina alemana de Derecho Público—,²⁴ postulaba la existencia de determinadas relaciones jurídicas particularizadas por un desequilibrio radical. A diferencia de las relaciones de sujeción general, cuya característica fundamental era el sometimiento abstracto —pero limitado— de los ciudadanos a los poderes públicos, las relaciones de sujeción especial denotaban un vínculo de particular intensidad, que conllevaba el debilitamiento del principio de legalidad en favor de una actividad discrecional con incidencia en los derechos subjetivos —exclusiones o limitaciones— y la especialización de los mecanismos de tutela jurisdiccional, con lo que se derivaba la protección de los ciudadanos a manos de tribunales especializados con minoración de las garantías judiciales.²⁵

En lo que se refiere específicamente a la relación de empleo público, el sustento de esta proyección parcial de los derechos subjetivos se justificaba en una razón distinta del interés de explotación del trabajo: el desarrollo de la función administrativa como mecanismo de consecución del interés general. Así, la teoría de las relaciones de sujeción especial establece un nexo causal entre la finalidad de consecución del interés general, seguida por la organización administrativa —derivada de su carácter instrumental—, y la posición de supremacía que esta despliega en la relación de empleo público. Mayer sintetiza la postura anotada cuando refiere

²³ Un estudio detallado acerca de los orígenes y la problemática planteada por la teoría de las relaciones de sujeción especial en el derecho español puede encontrarse en el ya citado trabajo de Lasagabaster Herrarte.

²⁴ Una etapa llena de innumerables contradicciones, producto del lento proceso de consolidación del Estado liberal en un contexto en el que aún se hallaban vigentes las categorías propias a los regímenes monárquicos europeos. Aparecen aquí un conjunto de instituciones condicionadas por la confrontación del poder soberano del pueblo expresado en el parlamento y el poder del rey como cabeza de la organización administrativa. LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki. *Las relaciones de...*, pp. 45-46.

²⁵ *Ibid.*, p. 25.

que las relaciones de sujeción especial denotan una «acentuada dependencia establecida en favor de un determinado fin de la administración pública, para todos aquellos que entren en esa prevista estructura especial».²⁶ El ingreso del ciudadano en la organización administrativa lo inserta en una relación de desequilibrio radical determinada por los sagrados fines a los que sirve.²⁷ En suma, la sacralización de la que es objeto la función que desarrolla el dependiente estatal transforma su prestación en una labor altamente cualificada, que posterga el factor «trabajo en régimen de subordinación» como criterio determinante para la estructuración de un régimen jurídico particular.

Parada añade que en esta postura, por efecto de lo que denomina «elemento psicológico», el empleado se constituyó en un servidor altamente devoto del servicio, con mayores obligaciones y motivación de las que podría resultar en un sistema de libre contratación en el mercado. El desarrollo de la función pública importaba un especial apego a la organización, basado en valores espirituales antes que materiales, que incluso llegaba a calificar de sediciosa cualquier conducta destinada a la asociación o agrupación debido simplemente a que en el ejercicio de la función pública no debía existir más interés predominante que el de la propia organización administrativa.²⁸ Como anota acertadamente Ortega, esta supeditación de la posición jurídica del dependiente, con sustento en el cumplimiento de los fines estatales como objeto de la relación jurídica de servicios, lo *desposeyó* de cualquier interés propio y contradictorio, y con ello «de la propia consideración a su esfera subjetiva». Por extensión, la finalidad de la organización administrativa se convirtió en objeto de la relación jurídica de empleo público, con lo que se desprendía de tal objeto el fundamento para legitimar la postura de supremacía de la administración.²⁹

Naturalmente, esta construcción doctrinal no encontró oposición entre los dependientes estatales. Se trataba de un conjunto humano de extracción social burguesa, relativamente pequeño con relación al que, años más tarde, haría detonar sus reivindicaciones laborales, y fuertemente identificado con las esferas de poder político con las que conformaba un mismo grupo social. Del Rey refiere con acierto que la dimensión numérica de la organización administrativa propició un tipo de relación altamente personalizada, lo que permitió a la organización administrativa la adopción de estrategias paternalistas que dificultaron la identificación

²⁶ Mayer citado por LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki. *Las relaciones de...*, p. 44.

²⁷ Con relación específica al empleo público la doctrina de derecho administrativo denomina a este efecto la «teoría orgánica». PAREJO ALFONSO, Luciano. *Administración y función pública*. Documentación administrativa 243. Madrid: INAP, 1995, p. 79.

²⁸ PARADA VÁSQUEZ, Ramón. «La degeneración del modelo...», pp. 422-423.

²⁹ ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*. Madrid: Tecnos, 1983, pp. 22-24.

de intereses de parte.³⁰ A través de la sacralización de su actividad, el dependiente estatal se vio consolidado en un estatus jurídico diferenciado, al que correspondía una posición de ventaja con relación al común de los trabajadores subordinados y por cuenta ajena.

A diferencia del modelo sociológico de trabajador situado a inicios del surgimiento del derecho del trabajo, el arquetipo liberal del dependiente estatal se identifica con el objetivo de mantenimiento e, incluso, consolidación del sistema jurídico y político vigente, y con las estructuras de dominación que lo colocaban en una situación de privilegio. En otros términos, el funcionario público se convierte en protagonista de una relación jurídica que, no obstante, lo desposee de su esfera subjetiva y no le generaba ánimo reivindicativo.

De este modo, la fórmula inicial del contrato de arrendamiento de servicios dio paso a una lógica de desequilibrio fundada en una doctrina que realza, por sobre la prestación de servicios, valores e intereses de la parte empleadora considerados superiores, apuntalados con las características del modelo sociológico del dependiente estatal. El funcionario —término con el que la doctrina administrativa liberal caracteriza sin ninguna dificultad a la totalidad del conjunto humano al servicio de la organización administrativa— es concebido no como un sujeto prestador de trabajo inserto en una relación de intercambio, sino como un sujeto por esencia afecto a una función de especial incidencia en el conjunto social, sometido a los intereses generales a los que debe servicio y devoción.³¹

1.1.3. El contenido de la tesis estatutaria. La unidad de la organización y la rigidez externa e interna del estatuto

La definición del término «estatuto» en la doctrina de derecho administrativo ha suscitado poca discusión. Varía sí, de acuerdo con el desarrollo particular apreciado en cada ordenamiento, la ubicación del conjunto normativo al cual se identifica como tal, en algunos casos, inmerso en su totalidad en un cuerpo normativo único y, otras, disperso en disposiciones de rango legal y reglamentario. Lo cierto es que, de uno u otro modo, la noción de estatuto identifica a un conjunto normativo distinto del que rige las prestaciones de servicios subordinadas en el ámbito privado, cuyo cometido es la regulación de la relación jurídica del empleo en la

³⁰ DEL REY GUANTER, Salvador. «Evolución general y problemática de las relaciones colectivas en la función pública». En Salvador del Rey Guanter, Jesús Cruz Villalón y María Fernández-Lopez (coords.). *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 1989, p. 32.

³¹ PARADA VÁSQUEZ, Ramón. «La degeneración del modelo...», pp. 422-423.

administración pública, determinando su objeto y contenido, las formas de organización, desarrollo, modificación y extinción.³²

Son dos los rasgos sobre los que se asienta la tesis estatutaria: la unidad de la organización administrativa y la rigidez de su régimen jurídico.

La primera nota típica de la tesis estatutaria es la consideración de la *unidad* de la organización administrativa, que se apoya sobre el dato de la unicidad de la función desarrollada. El ejercicio de una función común —aquella destinada a la consecución del interés general— constituye el factor de reducción a la unidad de la complejidad y diversidad del aparato administrativo.³³ El estatuto, a la vez que es consecuencia de este dogma, despliega una función de consolidación al diseñar una regulación igualitaria para todos los trabajadores que desarrollen idéntica labor al margen del organismo en el cual presten servicios. Incluso, la unidad permitirá el desplazamiento de los trabajadores con idéntica calificación sobre los diversos organismos, con lo que se consolida el concepto de un único centro de regulación y gobierno de la relación de empleo y de imputación de la posición de contraparte. Dicho de otro modo, la unidad de la organización administrativa determina la *uniformización* de los dependientes y de sus condiciones de empleo, tendencia que es asimilada a una exigencia del principio de igualdad y que implica el rechazo a todo intento de diversificación.

La segunda nota típica es la *rigidez estatutaria*. Esta puede ser apreciada desde dos perspectivas. Por un lado, puede hablarse de rigidez externa al aludir a la imposición de mecanismos de acceso y extinción basados en un sistema de causalidad objetiva; y, por otro, puede denominarse rigidez interna al exclusivo recurso a la norma estatal en la regulación de la relación de empleo.

La rigidez externa se encuentra vinculada a la reformulación del contenido del principio de igualdad llevada a cabo a la par de los nuevos objetivos de estructuración de una organización administrativa imparcial y especializada. Como hemos anotado, si bien en su formulación inicial el principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos no se encontró ligado necesariamente a una función garantizadora de la idoneidad e imparcialidad del funcionario, con el surgimiento de una creciente demanda de seguridad jurídica en la aplicación de la ley proveniente del contexto capitalista industrial, el principio de igualdad adquirió su verdadero matiz democratizador al conectar su ejercicio con mecanismos de evaluación tendientes a asegurar una selección de personal basada exclusivamente en criterios objetivos. Es decir, derivó en la imposición de reglas de acceso objetivas

³² RACCIATI, Octavio. «Los efectos jurídicos de los convenios colectivos en la administración pública». En Instituto de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. *Siete estudios sobre derecho colectivo de trabajo*. Montevideo: FCU, 1994, p. 55.

³³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1991, p. 53.

y abstractas que alejan la provisión de las plazas administrativas de toda práctica tutelar, lo que aseguró la idoneidad del candidato.³⁴

A partir de esta lógica, y a diferencia de la libertad de contratar —característica de las relaciones laborales en el ámbito privado—, la tesis estatutaria establece un sistema público de provisión del empleo que, además de no discriminatorio, asegura la imparcialidad y eficacia del empleado por medio de un sistema público de acceso basado en los criterios de mérito y capacidad. Todo ejercicio de un empleo público que no se encuentre sujeto a mecanismos de acceso que aseguren el mérito y la capacidad de quien los desempeña —incluso y sobre todo la confianza política— configura un ejercicio de funciones públicas contrario a la garantía democrática que impone el derecho de acceso en condiciones de igualdad.

La imposición de criterios de mérito y capacidad en el acceso se complementa con el establecimiento de un sistema rígido de remoción que asegura un vínculo estable y duradero.

En el diseño estatutario, el dependiente estatal no es reclutado para un puesto en concreto, sino para el desarrollo de un tipo de actividad profesional al margen de los diferentes destinos que se le asignen, desprendiéndose de tal asignación la capacidad evidenciada en la superación de los exhaustivos requisitos para el ingreso.³⁵ De allí que el aseguramiento de los valores pretendidos a través de la garantía del acceso a los empleos públicos en condiciones de igualdad cobre eficacia solo con la fijación de un sistema análogamente rígido para la extinción del vínculo laboral. Como anota López Gómez, el derecho subjetivo al acceso en condiciones de igualdad «perdería toda eficacia si, aun respetando el acceso a la función o el cargo público en condiciones de igualdad, su ejercicio pudiera resultar mediatizado e impedido sin remedio jurídico».³⁶ Por tanto, la rigidez de salida, mediante el veto a toda posible remoción arbitraria, conforma el contenido básico del derecho a la igualdad, con lo que la destitución por causales relacionadas a la conducta laboral del empleado se convierte en el único espacio admitido para la extinción unilateral del vínculo.³⁷

Como puede apreciarse, la actuación del derecho de igualdad configura lo que en la perspectiva de la doctrina laboral constituye un régimen de estabilidad laboral absoluta, es decir, un decidido sistema de causalidad objetiva para el acceso y la extinción. Sin embargo, es fácil observar también que este sistema de estabilidad,

³⁴ GUTIÉRREZ REÑON, Alberto. *La carrera administrativa en España: evolución histórica y perspectivas*. Documentación administrativa 210-211. Madrid: INAP, 1987, p. 62.

³⁵ MODERNE, Frank. *Observaciones en torno al principio de carrera en la función pública francesa*. Documentación administrativa 210-211. Madrid: INAP, 1987, p. 373.

³⁶ LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel. «La relación laboral especial de función pública del personal laboral de las administraciones públicas». *Revista de Derecho Social*, n.º 7, Albacete, 1999, p. 236.

³⁷ MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente. «La regulación homogénea de las relaciones de trabajo dependiente en la función pública». *Revista de Derecho social*, n.º 7. Albacete, 1999, p. 221.

más que obedecer a la consagración de determinados derechos subjetivos de los dependientes, surge de la necesidad de asegurar los objetivos de la organización. Solo en tanto resulta necesario conformar una organización administrativa objetiva y especializada, con capacidad para garantizar los intereses generales, resultan también necesarios el establecimiento de mecanismos de acceso regidos exclusivamente por el mérito y la capacidad y un sistema de extinción causado. Dichos caracteres son los que aseguran del mejor modo el cumplimiento de la función asignada a la organización administrativa. Por tanto, el derecho a la estabilidad del empleado público no constituye sino un derecho reflejo, es decir, un derecho subjetivo a cuya titularidad accede el dependiente estatal como consecuencia de las necesidades de la organización a la que sirve, y no debido a su condición de sujeto prestador de servicios subordinados.

Ahora bien, si la rigidez externa determina un sistema de acceso y extinción en extremo confiable, la rigidez interna del estatuto conforma un sistema de empleo que reduce significativamente la eficacia del valor libertad, cuestión que contradice las declaraciones de derechos y los códigos liberales que erigían a dicho valor como componente fundamental del sistema.

En efecto, la rigidez interna del estatuto se fundamenta en la neutralización del valor libertad al interior de la relación de empleo público en tanto, por un lado, merma la capacidad constitutiva del vínculo laboral del dependiente estatal a través de la consagración del nombramiento como acto fundacional de la relación y, por otro, desconoce la posible conformación del contenido de la relación por voluntad del dependiente, en favor del monopolio normativo desplegado por el Estado.

Para la tesis estatutaria, satisfechos los requisitos de acceso, la constitución de la relación de empleo se desprende de un acto de características singulares, cuya naturaleza jurídica ha sido explicada por dos posiciones doctrinales. A partir de la óptica de la doctrina tradicional alemana, la relación de empleo público se desprende de un acto contractual denominado «contrato de función pública» o «contrato de derecho público», que aun cuando rescata la existencia de la voluntad individual de vinculación del empleado, posteriormente, la diluye en una relación de radical subordinación en la que, en virtud al consentimiento prestado, el dependiente se somete a los intereses generales que la organización administrativa representa, con lo que queda neutralizada toda capacidad conformadora del contenido de la relación.³⁸ La doctrina francesa, en cambio, desarrolló la tesis del nombramiento como factor unilateral de constitución del vínculo, siendo esta la doctrina difundida en la mayor parte de los ordenamientos europeos y de América latina.

³⁸ En este sentido véase RUIZ ELDRIDGE RIVERA, Alberto. *Manual de Derecho administrativo*. Lima: Gaceta Jurídica, 1990, p. 143 y ENTRENA CUESTA, Rafael. *Curso de Derecho administrativo*. Madrid: Tecnos, 1976, p. 383.

La teoría del nombramiento postula que en el origen de la relación se encuentra un acto unilateral, tributario directo de la simbología feudal o monárquica, que se caracteriza por el recurso frecuente a actos unilaterales solemnes en la constitución de vínculos jurídicos de subordinación.³⁹ El nombramiento expresa únicamente la voluntad unilateral de reclutamiento de la administración pública, y aun cuando reconoce la existencia de dos voluntades autónomas —la de la organización administrativa contenida en el propio acto de nombramiento y la del ciudadano expresada en el hecho de la toma de posesión—, dota de relevancia solo a la voluntad de la organización administrativa, con lo que la voluntad del empleado resulta una mera condición para la eficacia de aquella.⁴⁰ Biscaretti resume la postura anotada al afirmar que la manifestación de voluntad del empleado se distingue, pero resulta únicamente una condición para que el nombramiento, manifestación de voluntad de la administración, cobre virtualidad; el nombramiento constituye, por tanto, una particular relación jurídica en la que existen manifestaciones de voluntad sin concurso, dado que ambas voluntades constituyen actos unilaterales y distintos.⁴¹

Como es posible advertir, a diferencia del acceso y la extinción del vínculo laboral, la constitución del vínculo por acto unilateral pierde toda relación con los objetivos de imparcialidad y eficacia de la organización administrativa, y se relaciona más bien con concepciones autoritarias que imponen negar la propia dimensión contractual de la relación. Como consecuencia de los efectos constitutivos, atribuidos a la voluntad unilateral de la organización administrativa, se priva de capacidad vinculante a la voluntad del particular, materializándose de esta manera la posición de supremacía de la organización administrativa. La relación de empleo público se convierte en un espacio inmune a la autonomía de la voluntad, en el que la soberanía estatal por vía del autoritarismo acaba imponiéndose incluso sobre los valores fundamentales del sistema.

Negar la dimensión contractual de la relación del empleo público, que se manifiesta en el acto de nombramiento, incide de manera decisiva en la rigidez interna del estatuto desde una doble perspectiva. En primer lugar, determina un modo de gestión basado en actos administrativos; esto es, manifestaciones de voluntad propias de la administración pública en cuanto poder público institucionalizado, identificándose todo acto de gestión de personal como ejercicio de función administrativa. Es evidente que la aplicación de la teoría de los actos administrativos,

³⁹ BUENO MAGANO, Octavio. «Régimen jurídico del servidor público». *Derecho laboral*, n.º 145, Montevideo, 1987, p. 68.

⁴⁰ El 'acto condición' determina la aplicación de una norma objetiva que antes no era aplicable y de cuya aplicación nace un estatus definido en exclusiva por dicha norma. DE LA CUEVA, Mario. «La situación laboral de los funcionarios públicos». *Derecho laboral*, n.º 136, Montevideo, 1984, pp. 633-634.

⁴¹ BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, 1984, pp. 191-192.

además de matizar los actos de gestión de personal con el sacralizado hábito «público»,⁴² trae como consecuencia inmediata la aplicación de toda una gama de instituciones del derecho administrativo: el procedimiento administrativo como canal de conformación de la voluntad de la organización administrativa en tanto empleadora, el necesario tránsito por una vía de impugnación en sede administrativa, el acceso a tribunales contencioso-administrativos y la aplicación de presunciones como las de veracidad y legalidad, acuñadas por la doctrina de Derecho Público con vista exclusiva a la custodia de la organización administrativa en cuanto titular del poder público. Con ello, se constituye a la administración pública en un empleador privilegiado que tiene manejo efectivo de prerrogativas inusuales al resto de empleadores.

En segundo lugar, a partir de la eliminación de la capacidad vinculante de la voluntad del empleado, manifestada en el acto unilateral del nombramiento, se desprende como corolario la eliminación de la capacidad de conformar el contenido de la relación de empleo.

La rigidez interna del estatuto puede ser entendida también como la reducida capacidad de adaptación del contenido estatuario a los eventuales cambios en su objeto, consecuencia del exclusivo recurso a un instrumento como la ley, con vocación de permanencia y complicados procedimientos de elaboración. No obstante, es importante señalar que el recurso a la norma estatal para la regulación de la relación de empleo público resultaba ampliamente funcional a la necesidad de imponer un sistema de restricciones y controles frente a potenciales conductas fundadas en la arbitrariedad del gobernante. El recurso a una norma abstracta y general encarnaba para el liberalismo el sometimiento de la actuación de la organización administrativa a los dictados de una asamblea representativa de la diversidad de poderes sociales. Si la garantía de seguridad jurídica —valor indispensable para la implantación de las condiciones favorables a la lógica de mercado— planteaba al Estado la necesidad de una organización imparcial y especializada con capacidad para eliminar los riesgos de un eventual manejo político del empleo, es obvio que la consecución de dichos objetivos reclamaba como mecanismo natural de regulación la norma emanada por la asamblea legislativa, es decir, la ley como expresión de un sistema objetivo e inmodificable, ajeno a la manipulación política. Sin embargo, este necesario recurso a la regulación heterónoma, a la vez que signo de garantía, refleja con claridad la distinta posición de las partes respecto de la fijación del contenido contractual, producto de entender esta relación jurídica como de derecho público.

⁴² Se trata, como señala García de Enterría, de un hábito público que para la doctrina de derecho administrativo alemana decide autoritariamente la situación jurídica del súbdito. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho...*, p. 538.

La tesis estatutaria desarrolla una relación jurídica que vincula, por un lado, a la organización administrativa y, por otro, al empleado, ambos con distinto nivel de influencia sobre esta. En tanto la organización administrativa se muestra potencialmente apta para desplegar las prerrogativas propias de toda relación de derecho público, la negación aceptada de una esfera de intereses contradictorios determina para los empleados una posición supeditada en la que una eventual dimensión de categoría se ve rechazada por la lógica de la devoción y la repulsión del sistema a instancias sociales intermedias como los gremios profesionales. A la natural capacidad de la organización administrativa para regular a través de instrumentos normativos la relación jurídica de empleo, se contraponen la incapacidad funcional de ser portadora de un interés propio. A la garantía que en sí misma importa la legalidad estatal, se contraponen la imputada ilegalidad de toda forma de actuación y autorregulación de cualquier otro colectivo que no fuese el Estado.⁴³ Todo ello conduce propiamente a crear la convicción de que la norma estatal es el canal natural para la conformación del estatuto. Lo «estatutario», adjetivo que en estricto no debía aludir más que a lo regulado en el conjunto normativo denominado «estatuto», se identifica con su mecanismo de conformación, esto es, con la regulación unilateral, consolidándose un equívoco conceptual que se vería convalidado por la tradición jurídica.⁴⁴

Si el estatuto es definido como el conjunto normativo regulador de la relación de empleo público, dicho conjunto normativo es concebido como una situación objetiva predefinida, pero variable en cualquier momento por la exclusiva voluntad estatal a través de dos instrumentos básicos: la ley y el reglamento.⁴⁵ La regulación por ley y reglamento del régimen estatutario objetiva el contenido y las vicisitudes de la relación de empleo público, lo que constituye la expresión concreta en dicho ámbito del principio de legalidad.

Como es conocido, el principio de legalidad determina la vinculación de toda actividad de la organización administrativa a una previa habilitación normativa, y opera como una cobertura que legitima toda actuación administrativa. Su objetivo

⁴³ La ley de Chapelier de 1791 expresaba el rechazo liberal a toda asociación profesional, en el entendido que resultaba contraria a la voluntad general de todos los ciudadanos. Su artículo primero señalaba que «siendo una de las bases fundamentales de la Constitución Francesa la abolición de toda clase de corporaciones de ciudadanos del mismo estado o profesión, queda prohibido restablecerlas de hecho, bajo cualquier pretexto y con cualquier forma». OJEDA AVILÉS, Antonio. *Derecho sindical*. Madrid: Tecnos, 1990, p. 74.

⁴⁴ MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente. «La regulación homogénea de...», p. 217.

⁴⁵ La doctrina administrativa ha sido unánime en destacar este rasgo de la relación de empleo público como factor diferencial de suma importancia para las relaciones reguladas por el derecho del trabajo. BUENO MAGANO, Néstor. «Régimen jurídico del servidor público». *Derecho Laboral*, n.º 145, Montevideo, 1987, p. 68. ENTRENA CUESTA, Rafael. *Curso de Derecho administrativo*. Madrid: Tecnos, 1976, pp. 383-384.

es esencialmente garantizador, puesto que la sujeción a ley no es más que la sujeción a los intereses generales por ella representados. Sin embargo, la sujeción al principio de legalidad no lo es solo a la ley en sentido formal o material, sino más precisamente al bloque normativo estatal, con lo que comprende las disposiciones de carácter inferior, incluso las emanadas por la organización administrativa.⁴⁶

Esta extensión de los alcances del principio de legalidad, al mismo tiempo que produce la sujeción del arbitrio estatal a instrumentos objetivos y la consecuente reducción de los espacios de desarrollo de las facultades discrecionales, incide de modo decisivo en la conformación de todas las relaciones de derecho público, pues al predominio de los intereses de parte de la organización administrativa —producido por su carácter de relación de sujeción especial— agrega la elevación de dichos intereses en categorías normativas integradas a la gama de valores considerados por el sistema como de necesaria difusión y garantía. La organización administrativa, contraparte en una relación de empleo, ejerce su legítimo derecho a la organización de la actividad laboral a través de auténticas *normas jurídicas*, cuya inclusión en el propio sistema de fuentes del Derecho y su vinculación formal a los valores constitucionales las conecta a los objetivos constitucionalmente asignados a la organización —el desarrollo de la función administrativa—, perdiéndose de vista que expresan, en esencia, un interés de parte en una relación de intercambio.

Ahora bien, el unilateralismo, basado en la elevación del interés de la organización administrativa en una concreta relación jurídica de intercambio al rango de interés general de relevancia social, se ha visto robustecido por una muy singular aplicación del principio de reserva de ley. Para el constitucionalismo liberal, el principio de reserva de ley importa la regulación de determinadas materias por el exclusivo tenor de la voluntad soberana de la asamblea legislativa, con lo que se delimita espacios sustraídos para la regulación del Ejecutivo que, por lo general, son aquellos que afectan la libertad y la propiedad de los ciudadanos.⁴⁷ En el ámbito de las relaciones de empleo público, este principio ha sido una constante en el diseño estatutario, considerándosele como una garantía democratizadora en su conformación. Sin embargo, tal garantía no se ha visto realizada desde que el interés concreto de la organización administrativa se ha filtrado por diversos canales en la conformación del marco institucional.

⁴⁶ En la sujeción a la legalidad no importa la inexistencia de un margen de discrecionalidad en la actuación administrativa. La sujeción a la legalidad admite un importante espacio para que la administración aprecie *qué* es de interés público; sin embargo, es el propio ordenamiento el que atribuye la competencia para el ejercicio de la discrecionalidad y limita su ejercicio, puesto que «no hay discrecionalidad al margen de la ley, sino justamente solo en virtud de la ley y en la medida en que la ley lo haya dispuesto». GÓMEZ CABALLERO, Pedro. *Los derechos colectivos de los funcionarios públicos*. Madrid: CES, 1995, p. 37.

⁴⁷ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. «Notas sobre la función...», pp. 663- 664.

En el sistema estatutario, la organización administrativa accede a la conformación del propio marco institucional de la relación de empleo a través de dos mecanismos. Un primer mecanismo directo, que se origina en la sucesiva reducción del ámbito material de la reserva de ley en favor de la actividad normativa del Ejecutivo, vía facultades delegadas o el ejercicio en aumento de su potestad reglamentaria. A medida que el Legislativo ha visto replegada su capacidad de regulación del contenido de la relación de empleo público, la organización administrativa ha asumido la potestad de modular directamente el ejercicio de ciertos derechos de los dependientes públicos conforme a su particular y concreta necesidad de explotación de trabajo humano, lo que en definitiva ha conformado un cuadro en gran medida provechoso a su interés de contraparte.⁴⁸ El segundo mecanismo de corte indirecto ha consistido en el despliegue de la capacidad de influencia que, como organismo técnico con capacidad de propuesta en los procedimientos de conformación de las normas a cargo de la asamblea legislativa, posee la organización administrativa.⁴⁹ El Ejecutivo —o, más concretamente, las instancias superiores de manejo de personal— ha ejercido su potestad de propuesta u opinión sobre las iniciativas legislativas, con lo que trasplantó a estas su interés de parte en la relación de empleo.

La situación de la contraparte —los empleados— ha sido radicalmente opuesta. En primer lugar, la situación objetiva predefinida por ley se encuentra sensiblemente influida por el principio de igualdad. El recurso a la norma legal ha estructurado un sistema uniforme de condiciones, derechos y obligaciones de modo tal que se ha hecho impensable cualquier posibilidad de derogación individual o sectorial del trato igualitario materializado por la ley. En segundo lugar, en lo referido a las condiciones, derechos y obligaciones en la relación de empleo, se ha considerado que estos subsisten en tanto la norma que los contiene mantenga su vigencia en el ordenamiento.⁵⁰ Incluso se ha sostenido que, en general, los derechos de los dependientes —sea que provengan de la norma estatal o de actos o hechos unilaterales— nunca ingresan en el patrimonio del empleado, pero sí se someten a las variaciones que los centros reguladores de la relación de empleo público —influidos por el interés de contraparte de la administración— tengan a bien efectuar.⁵¹

⁴⁸ Nos referimos a lo que Sánchez Morón denomina «relajamiento» del principio de legalidad expresado en la atribución efectiva a la administración de la función efectiva de dirección política del gobierno. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. «Notas sobre la función...», pp. 663-664.

⁴⁹ Hacemos referencia al papel político desarrollado por la burocracia que se observa como un fenómeno constante en todos los sistemas, más allá de las diferencias en cuanto a la implicación política de las mismas. VILLORIA MENDIETA, Manuel. *La crisis del concepto de interés general y la ética del funcionario público*. Madrid: Instituto Universitario Ortega y Gasset, 1996, pp. 5 y ss.

⁵⁰ ENTRENA CUESTA, Rafael. *Curso de Derecho...*, pp. 383-384.

⁵¹ RACCIATI, Octavio. «Los efectos jurídicos de...», p. 56.

Este desequilibrio regulador, abiertamente favorable a la posición de empleadora de la organización administrativa, posterga bajo el dogma del interés público encarnado por la norma heterónoma toda concepción de la relación jurídica de empleo público como una relación de intercambio, con lo que se reduce incluso su esencia contraprestativa o negándola completamente.⁵²

Por último, la rigidez impuesta por la regulación unilateral ha determinado también el establecimiento de un conjunto de deberes y obligaciones laborales excesivamente rigurosos con relación a los comúnmente observados en las relaciones laborales en el ámbito privado. Parada refiere que en tanto en el ámbito privado los deberes del personal laboral se reducen al cumplimiento de las obligaciones concretas del puesto de trabajo, en el ámbito de la administración pública corresponden a las exigencias de funcionamiento óptimo de los servicios públicos.⁵³ De allí que a estos deberes y obligaciones corresponda un régimen severo de incompatibilidades y responsabilidades, que ha llegado incluso a la configuración de tipos penales específicamente diseñados para la custodia del correcto ejercicio de la labor desarrollada por el empleado público. En particular, el régimen específico de responsabilidades responde a la necesidad de enjuiciamiento no solo de la legalidad de los actos emanados en ejercicio de la función administrativa, sino también de la conducta laboral de las personas encargadas de realizarlos. La doctrina administrativa establece una distinción entre la responsabilidad penal y civil y la responsabilidad administrativa derivada exclusivamente de la aplicación del principio de jerarquía, en la que también se contemplan mecanismos de descargo a través de procedimientos específicos, siempre presididos por la idea de resguardo a los intereses generales.⁵⁴

Directamente vinculado a los objetivos de la organización destaca el deber de imparcialidad del empleado en el desempeño de su función. De la imposición de este deber se han desprendido severas limitaciones a las libertades de opinión y

⁵² Incluso la concepción manejada por la más tradicional teoría estatutaria en torno de la materia retributiva, desvinculaba la remuneración del funcionario de su carácter contraprestativo y le atribuían carácter indemnizatorio frente a la designación unilateral que realiza el Estado para el servicio público. Parada, por su parte, en una posición muy vinculada a las tradicionales, relaciona estrechamente el aspecto retributivo con el elemento psicológico o de devoción al servicio que, en su opinión, debe caracterizar al empleado público. Afirma el citado autor que el sistema retributivo no está en función al puesto de trabajo y menos aún a la productividad pues, «si las necesidades del servicio constituyen la medida de todos los esfuerzos y la asunción del mayor esfuerzo constituye no solo un deber sino un mayor honor para el funcionario, ningún sentido tiene una mayor compensación económica. Al modo castrense, no hay otra compensación para la devoción extrema del funcionario que el honor de las medallas, el mérito para el ascenso o la preferencia para el desempeño de servicios más difíciles y arriesgados». PARADA VÁSQUEZ, Ramón. «La degeneración del modelo...», p. 422.

⁵³ PARADA VÁSQUEZ, Ramón. *Derecho administrativo*. Tomo II. Madrid: Editorial M. Pons, 1992, p. 451.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 457.

expresión y al ejercicio de determinados derechos políticos. Dichas limitaciones se han justificado en la necesidad de garantizar una aplicación igualitaria de la ley y en las proyecciones que el desarrollo adecuado de la función administrativa tiene en las relaciones socioeconómicas. Son estos los factores que, desde la perspectiva estatutaria, determinan que el empleado público se vea imposibilitado de comprometer con eventuales manifestaciones orales o escritas su posición política, a riesgo de incidir negativamente sobre la necesaria neutralidad de la propia organización administrativa. En esencia, esta limitación se ha concretado en restricciones al ejercicio del derecho de opinión política de los empleados en ejercicio de labores y al interior de los establecimientos administrativos.

Pero, sin duda, el aspecto central ha sido la incidencia que la rigidez interna del sistema estatutario ha tenido sobre la titularidad y el ejercicio de los derechos colectivos, en tanto que la consagración de dichos derechos supone la presencia de intereses en conflicto.

La primacía de los intereses generales encarnados por el Estado, sobre la prestación de trabajo humano como objeto de la relación jurídica de empleo público y la concepción de la prestación funcionarial como un servicio altamente cualificado, han determinado la reducción del conflicto inmanente a toda relación de trabajo subordinado y la afirmación indiscutida de que ambos sujetos, organización y empleado, persiguen a través de la relación jurídica de empleo una finalidad común. De allí que la relación de empleo público se constituya en una relación de trabajo subordinado necesaria para el funcionamiento del propio sistema, en la que la agrupación colectiva como factor de representación de intereses conflictuales de categoría no es bien recibida, puesto que para los fines de interés general el desequilibrio verificado en la relación de empleo público resulta no solo justificado sino aun necesario.

Por otra parte, la negociación de la relación jurídica se encuentra también negada a priori por el unilateralismo. La actuación de los intereses generales, así como supone la eliminación de la capacidad de negociación representativa de los intereses individuales, impone también la negación de esta capacidad de negociación de cualquier colectivo representativo de algún interés sectorial. En aras de la necesaria consecución de los fines públicos, la agrupación o actuación colectiva es negada y, de producirse, sancionada.

Como hemos visto, la tesis estatutaria establece un vínculo necesario e indisoluble entre el unilateralismo —componente central de la rigidez interna estatutaria— y los fines de interés general perseguidos por la organización administrativa, como si la regulación heterónoma que caracteriza e identifica a la técnica estatutaria constituyera el único mecanismo para el aseguramiento de los valores del sistema.

La doble perspectiva desde la que puede abordarse la rigidez estatutaria nos enfrenta a una red conceptual que conecta una diversidad de elementos estructurados en torno del interés general, concepto que preside e informa la

gama de conexiones. El dependiente estatal, componente de la organización sin entidad e intereses propios —en tanto forma parte de la comunidad de esfuerzos organizativos dirigidos a la consecución de los fines de la organización—, se vincula directamente al interés público, con lo que la tesis estatutaria resulta la técnica que con base en el unilateralismo brinda el soporte dogmático y normativo a su estado de sujeción. En conclusión, más que un mecanismo orientado a brindar garantías al trabajador en una relación de empleo, el estatuto se constituye en una herramienta de orientación de la actividad laboral hacia la consecución del interés público, lo que consolida de este modo la absoluta supremacía de la organización administrativa en la relación de empleo.

El principio de Estado social y democrático, a través de la reformulación del conjunto de valores y funciones del aparato administrativo, impondrá una lógica diversa en la que tendrá mucho influjo la consolidación histórica del derecho del trabajo, los cuestionamientos realizados por la doctrina laboral y, sobre todo, el ejercicio de facto de los derechos colectivos. Si bien la tesis estatutaria establece una vinculación directa entre la rigidez interna y los fines de consecución y cautela de los intereses públicos, la doctrina laboral inspirada en el principio social y democrático cuestionará la proclamada vinculación existente entre los valores perseguidos por la organización y la regulación heterónoma de la relación de empleo público; y, además, demandará la articulación de una nueva perspectiva fundada en los valores democráticos y en la dignidad del sujeto trabajador.

1.2. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO Y LA INTERRELACIÓN E INTEGRACIÓN DE LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO Y DERECHO DEL TRABAJO

1.2.1. La propuesta del Estado social y democrático

El sistema instaurado con el Estado social y democrático constituye la síntesis del intento de adaptación político a las ya generalizadas exigencias de la sociedad capitalista industrial.⁵⁵

Lo que en su origen no había sido más que una respuesta sectorial localizada fundamentalmente en el ámbito de las relaciones de empleo privado, destinada a contrarrestar los efectos más nocivos del sistema capitalista industrial, se convirtió con el principio social y democrático en una tendencia totalizadora que impuso un nuevo factor de legitimación al poder político y colocó a la organización administrativa en una posición importante.⁵⁶

⁵⁵ SALA FRANCO, Tomás. *Derecho del...*, p. 32.

⁵⁶ GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1980, p. 16.

En el orden político, el principio social y democrático vincula indisolublemente la legitimidad estatal con el valor de justicia social. Como afirma Parejo Alfonso,⁵⁷ la nueva medida de legitimidad del Estado estuvo determinada por su capacidad para resolver, desde la perspectiva de la justicia social inspirada en la dignidad de la persona, los problemas y conflictos sociales que pudieran poner en peligro la propia existencia del Estado. De esta forma, se abandonó la concepción de Estado y sociedad como ordenamientos autónomos, y se produjo una continua y creciente interacción.

En la influencia desplegada por el Estado sobre la sociedad se observa el primer nivel de interrelación. Al partir de la experiencia de los efectos nocivos del capitalismo industrial, el Estado abandonó su exclusiva labor de aseguramiento de las «condiciones ambientales»⁵⁸ del orden socioeconómico para asumir un rol abiertamente interventor en las relaciones sociales, lo que llevó a cabo una labor de regulación no solo sectorial sino integral y de fondo. En sentido inverso, el pluralismo social e institucional planteado por el constitucionalismo social superó el rechazo por los colectivos sociales y conformó un contexto propicio para la acción de los grupos representativos de la sociedad civil, en algunos casos integrados a la propia estructura estatal desde donde demandaron la democratización de las estructuras administrativas.⁵⁹ Como apunta Ortega, «el principio de Estado democrático exige que las estructuras administrativas se presenten ante la sociedad como organizaciones que tiendan a integrar en su actuación las voluntades plurales y participativas atenuándose de este modo los tradicionales recelos entre la burocracia y la sociedad».⁶⁰

El reconocimiento del pluralismo, desde la óptica del principio social y democrático, impuso al Estado una actitud de fomento y no solo de tolerancia, es decir, conformó una actitud favorable hacia la actuación de las instituciones de la sociedad civil, que incluyó la remoción de los obstáculos tendientes a neutralizarla o reducirla,⁶¹ la consagración de una alta dosis de participación en las decisiones estatales y el reconocimiento de una potestad normativa originaria a las organizaciones de trabajadores. En particular, cabe destacar este último aspecto pues, como veremos más adelante, el reconocimiento y la consolidación del hecho sindical y la negociación colectiva, canales de expresión de los intereses de categoría, son

⁵⁷ PAREJO ALFONSO, Luciano. *Estado social y administración pública: los postulados constitucionales de la reforma administrativa*. Madrid: Civitas, 1983, p. 95.

⁵⁸ MONEREO PÉREZ, José Luis. *Introducción al nuevo derecho del trabajo: una reflexión crítica sobre el derecho del trabajo flexible*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 45.

⁵⁹ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. «Notas sobre la función...», pp. 663-664.

⁶⁰ ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. *Los derechos sindicales de...*, pp. 44-45.

⁶¹ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «Estado social, Constitución y derechos fundamentales». En ADEC-ATC. *Constitución, trabajo y seguridad social*. Lima: ADEC-ATC, 1993, pp. 29-30.

factores claves en un auténtico proceso democratizador de las estructuras políticas y sociales.

En cierta medida, los márgenes de participación social constituyen otro de los mecanismos legitimadores del accionar estatal. Para el principio social y democrático, el actuar soberano se justifica en la acción concertada o autónoma de los colectivos sociales. Evidentemente, esta reconducción del concepto de soberanía a los centros básicos del poder trae implícito el reconocimiento de la insuficiencia de los canales representativos de la asamblea legislativa y su ampliación hacia las instancias de ejecución a través de mecanismos participativos a cargo de los colectivos sociales de base.⁶² Parejo resalta en este mismo sentido la progresiva interacción que gobierna las relaciones entre el Estado y la sociedad civil, y la inserción de los particulares en la administración pública, y señala, como su causa, el proceso de constante degradación de la credibilidad de las estructuras estatales para resolver los problemas sociales.⁶³

En el plano jurídico, el principio social y democrático produjo una reformulación de la teoría de los derechos fundamentales con incidencia en cuatro aspectos. En primer lugar, en la propia concepción de la Constitución pues, como señala Molina, de ser el «estatuto estatal», que define únicamente el sistema de producción normativa, su estructura y funcionamiento, pasa a convertirse en el «estatuto de la sociedad», que «configura y diseña de forma elemental y básica las diversas posiciones jurídicas de los ciudadanos y sitúa a los poderes públicos en la vida política y social».⁶⁴ En segundo lugar, el principio social y democrático produce la relatividad de los derechos fundamentales por las exigencias del interés general. El principio de dignidad de la persona impone lo que Basile denomina «una lectura en clave no individualista» de los derechos base del sistema liberal;⁶⁵ es decir, un enfoque que no se circunscribe a posibilitar el libre desarrollo de la

⁶² Con una postura conservadora respecto de los niveles de participación ciudadana en la organización administrativa, Parejo señala que el ejercicio de su función constitucionalmente asignada a la administración demanda rasgos autocráticos. La democratización de la administración puede convertirse en el enterrador de la democracia en la medida en que se prepara el camino, o bien a un Estado totalitario, o bien a la anarquía. Esta solución general —agrega— no debe implicar la inadmisibilidad de la participación en general con alcance deliberante y de apoyo, con mayor intensidad en los ámbitos en los que la administración goce de un espacio de decisión propio. La participación no debe pasar nunca de ser una técnica de corrección del distanciamiento de la organización administrativa respecto de la realidad. PAREJO ALFONSO, Luciano. *Administración y función pública*. Documentación administrativa 243. Madrid: INAP, 1995, pp. 67-88, p. 87.

⁶³ PAREJO ALFONSO, Luciano. *Estado social y administración pública...*, pp. 24-25.

⁶⁴ MOLINA NAVARRETE, Alonso. «Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 3, Madrid, 1991, p. 71.

⁶⁵ BASILE, Silvio. «Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas». En *La Constitución española de 1978*. Madrid: Civitas, 1981, p. 274.

personalidad del individuo, sino que armoniza el ejercicio de sus derechos con las exigencias derivadas de la sociedad en su conjunto. En tercer lugar, y como consecuencia de lo anterior, se produce la adición de los derechos económicos y sociales como mecanismos de realización social efectiva de la proclamada igualdad jurídica de los ciudadanos.⁶⁶ Contrariamente a lo sucedido con el Estado liberal, en el que la intervención estatal resultaba nociva pues conllevaba la afectación de la esfera de libertad del ciudadano, el principio social y democrático propugna como nociva la inacción o abstención del Estado, pues con ella resulta inalcanzable la realización efectiva de los espacios de libertad.⁶⁷ Los derechos sociales —entre los que destacan los laborales— actúan justamente como la medida básica de los márgenes de intervencionismo estatal en las relaciones sociales. Por último, y de mayor relevancia para nuestro análisis, se consolida el derecho del trabajo a la par de los ya anotados reconocimiento e institucionalización de la acción colectiva y de la conformación de todo un cuerpo normativo autónomo destinado a la regulación del conflicto entre capital y trabajo. A partir de una inicial regulación sectorial protectora, dirigida fundamentalmente a paliar la explotación del obrero industrial y con ello a servir de instrumento de conservación de las estructuras capitalistas, por la acción de la doctrina laboral se conforma una disciplina científica autónoma para el tratamiento jurídico de las relaciones de trabajo subordinado. La definición y el desarrollo de los caracteres de laboralidad determinó el enriquecimiento progresivo de los modelos sociales originales y la progresiva ampliación de los dominios de la disciplina sobre la sola base de la realidad material del trabajo.⁶⁸

Conviene añadir que, como efecto de la continua interacción ente Estado y sociedad, se produjo un fenómeno de intercambio de técnicas e instituciones entre el derecho público y el derecho privado que tornó oscuros los propios términos de la división y dificultó la automática derivación al derecho administrativo de las relaciones jurídicas en las que interviene el Estado. Este doble proceso denominado por Sarthou como de «publicitación del derecho privado y privatización del derecho público»,⁶⁹ tuvo particular incidencia en la problemática concreta que abordamos como efecto de la política de expansión estatal, pues definió ámbitos de intercambio institucional entre derecho laboral y derecho administrativo.

⁶⁶ PAREJO ALFONSO, Luciano. *Estado social y administración pública...*, pp. 51-52.

⁶⁷ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «Estado social, Constitución y...», p. 32.

⁶⁸ «El derecho del trabajo conlleva un sentido de universalidad, productor a su vez de una fuerza expansiva que le impele a extenderse a todos los seres humanos explotados a consecuencia de su trabajo». PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. «El trabajador público y los convenios colectivos». Ponencia presentada al IX Congreso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Bogotá, 1986, pp. 414-417.

⁶⁹ Véase la mención a Sarthou en BARBAGELATA, Héctor Hugo y Américo PLÁ (coords.). *Cursillo sobre el derecho del trabajo y los funcionarios públicos*. Montevideo: Biblioteca de Derecho laboral, 1977, p. 67.

1.2.2. La incidencia del principio social y democrático sobre la organización administrativa y el empleo público

La orientación intervencionista implantada por el Estado social y democrático determinó la expansión de la actividad estatal y su incursión en dos áreas novedosas: la prestación de servicios públicos relacionados con demandas sociales concretas (educación, salud, cultura, previsión social) y la participación en la actividad empresarial. Este fenómeno, ajeno a la lógica liberal y asociado a una transitoria prosperidad económica, dio lugar al ensanchamiento del aparato administrativo y el establecimiento de instancias que desarrollaran las nuevas funciones asignadas a la organización como producto de la descentralización de los entes o como consecuencia de la incorporación novedosa de órganos contralores o de asesoramiento. La unidad de la organización administrativa —forjada en torno al desarrollo exclusivo de la función administrativa— se vio cuestionada al diversificarse los modos de desarrollo de dicha función y, sobre todo, al incursionar el Estado en la actividad empresarial, cuya naturaleza y fines aparecen como contradictorios con el desarrollo de la función administrativa.

Como consecuencia del ensanchamiento del aparato administrativo se produjo también un importante crecimiento en el número de dependientes, superior en extremo al que décadas atrás había motivado la articulación del sistema de mérito.⁷⁰ Este aumento dio lugar a una distinción material y formal entre los diversos sectores de dependientes estatales, fundada algunas veces en las características de la entidad para la cual laboraban —como sucedió en el caso de la división entre servidores y empleados para diferenciar entre el personal al servicio de la organización administrativa y el personal de entidades estatales empresariales—; y otras, al interior de la administración pública, en función de la naturaleza de las labores desarrolladas —personal en desarrollo directo de funciones de autoridad, personal auxiliar y de apoyo—. En la mayor parte de los ordenamientos, el término «funcionario» dejó de comprender a la totalidad del personal al servicio de la organización administrativa para caracterizar únicamente a un segmento del personal en ejercicio de funciones de autoridad o de soberanía.

La legislación y doctrina administrativa ilustran el fenómeno anotado al estructurar el análisis del personal al servicio de la organización administrativa de acuerdo con la vinculación entre las labores desarrolladas y el ejercicio de funciones de soberanía. Biscaretti, por ejemplo, distingue a «funcionarios» de «agentes»: los primeros son individuos que animan los órganos; los segundos son los que desarrollan actividades puramente técnicas, materiales o en servicios públicos.

⁷⁰ La ampliación de los volúmenes en el empleo, apreciada en latinoamérica en la década de los sesenta, tuvo por finalidad satisfacer la demanda de puestos de trabajo no absorbida por el sector privado. OZAKI, Muneto. «Las relaciones del trabajo en la administración pública». *Revista Internacional del Trabajo*, n.º 3, Ginebra, 1987, pp. 179-201.

Jiménez, con referencia a la tipología mejicana, distingue a los *altos funcionarios*, cuya labor se identifica propiamente con los fines del Estado; los *funcionarios*, quienes tienen el poder de decisión o mando del personal y ejercitan funciones de autoridad; y los *empleados*, quienes desempeñan labores de apoyo a los funcionarios, sin disposición de fuerza pública o representación estatal alguna.⁷¹ Estas distinciones terminológicas, variables en cada ordenamiento, se hicieron más evidentes con la aparición de un nutrido número de dependientes en ejercicio de actividades totalmente ajenas a las típicas en la organización administrativa y con un alto grado de identificación social y económica con los asalariados del sector privado. El enfoque jurídico, ante el quiebre de la homogeneidad que había caracterizado a los dependientes estatales y la insuficiencia del concepto de «servicio público» para su caracterización, recurrió al amplio concepto de «sector público», integrando bajo tal denominación al conjunto de entes y personal en desarrollo de funciones administrativas o no administrativas —incluso empresariales—, pero con fuente de financiamiento estatal.⁷²

Sin embargo, no fue solo el incremento en el número de funcionarios el factor que desencadenó el acercamiento del empleo público a la disciplina laboral. La nueva dimensión numérica del sector dependiente de la organización administrativa y la emergente crisis económica experimentada por algunos países en la década de 1960 trajo como consecuencia un serio deterioro de la antigua condición de privilegio de los empleados públicos, lo que llevó implícito a su vez no solo una semejanza de problemas y reivindicaciones con los trabajadores del sector privado sino, también, una similitud de respuestas frente a la crisis y el deterioro de sus condiciones de vida.⁷³

En muchos casos, los dependientes estatales recurrieron a medidas de agrupación y acción colectiva al margen de cualquier reconocimiento formal, y al igual que frente a las primeras acciones llevadas a cabo por los asalariados en la sociedad capitalista industrial de fines del siglo XIX, el Estado optó por contener el conflicto a través de la progresiva extensión de la normativa protectora ya vigente para los trabajadores del sector privado. A pesar de lo relevante de tal extensión, esta para nada importó el quebrantamiento de la lógica autoritaria de la regulación unilateral, puesto que la propia extensión normativa se vinculó, antes que a las demandas de los grupos de empleados estatales, a la voluntad exclusiva del Estado.

⁷¹ JIMÉNEZ ALONSO, Jorge. «El régimen jurídico de los servidores públicos». En Jorge Jiménez Alonso, Mario Pasco y otros. *Sexto Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo*. Puebla: Gobierno y Estado de Puebla, 1992, p. 104.

⁷² HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Óscar. «Reflexiones sobre las relaciones y los conflictos laborales en el sector público». *Debate Laboral*, n.º 7, San José de Costa Rica, 1991, pp. 53-58.

⁷³ BARBAGELATA, Héctor Hugo y Américo PLÁ (coords.). *Cursillo sobre el derecho...*, p. 16. En el mismo sentido, véase OZAKI, Muneto. «Las relaciones del trabajo en la administración pública». *Revista Internacional del Trabajo*, n.º 3, Ginebra, 1987, p. 304.

Lo que sí se apreció fue una progresiva transformación en el modelo sociológico de empleado público y un acercamiento al modelo situado en la base misma del surgimiento del derecho del trabajo. Tanto el incremento del número de dependientes y la variada extracción social de estos, como el deterioro generalizado de sus condiciones de empleo —fenómenos relacionados entre sí— produjeron la anotada transformación. Como señala Ortega, la profesionalización dio lugar a la *asalarización* del dependiente estatal y a la consecuente definición de una posición jurídica y social, propia y diversa a la de la organización administrativa.⁷⁴ El empleado público, dependiente de extracción social burguesa cuyo servicio al Estado, además de consolidar sus ventajosas condiciones de vida, le agregaba un plus de reconocimiento desprendido de la sacralización de la labor que desempeñaba, se define ahora como un sujeto social cuya fuerza de trabajo le provee de los medios de subsistencia. Ackerman da cuenta de este proceso cuando señala que «antes que instrumento jurídico el empleado se concibe a sí mismo como un sujeto social». Es esta transformación la que, desde nuestra óptica, despertó la atención de la doctrina laboral que en lo sucesivo desarrollaría las bases para la expansión de las normas del trabajo sobre la relación de empleo público.

1.2.3. Los cuestionamientos de la doctrina de derecho laboral

Los cuestionamientos a la tesis estatutaria formulados por la doctrina laboral se asientan sobre una perspectiva fundada en la realidad material de la relación de empleo público y en la eficacia general de los derechos fundamentales.⁷⁵

En primer lugar, la doctrina laboral objetó la identidad establecida entre «Estado-ordenamiento» y «Estado-parte» establecida por la tesis estatutaria, al señalar que esta partía de una confusión entre el papel estatal de conformación del orden jurídico y su rol de sujeto de derecho. Sarthou señala, en este sentido, que la democratización del Estado impone que el concepto de soberanía pierda su matiz «absoluto y absolutista», con lo que el Estado se somete al derecho objetivo que él mismo emite.⁷⁶ Barbagelata señala, por su parte, que «como sujeto de derecho en una relación jurídica de trabajo subordinado, el Estado no puede comparecer más que en la posición y con la capacidad que para tal efecto le dota el Estado

⁷⁴ ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. «Reflexiones en torno a una revisión de los planteamientos generales de la relación de empleo público». *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 26, Madrid, 1980, p. 423.

⁷⁵ Al desarrollar este aspecto seguimos a Sarthou, para quien es necesario distinguir los factores de cambio socioeconómico que determinaron la revisión del sistema de empleo en la administración pública, de los fundamentos técnicos y jurídicos del tratamiento unitario. Las transformaciones en la realidad económico-social solo crean las condiciones adecuadas para la integración del empleo privado y público que postularía la tesis del tratamiento unitario. Véase Sarthou en *Cursillo sobre el derecho...*, p. 67.

⁷⁶ *Ibid.*, pp. 71-72.

como orden jurídico». ⁷⁷ Ortega añade, por último, que nada impide que cuando el Estado se juridifica y somete a las reglas marcadas por el ordenamiento, «pueda establecerse la posibilidad que una persona jurídica mantenga relaciones convencionales con otros sujetos del ordenamiento, tengan éstos personalidad pública o privada». ⁷⁸

Este rescate de la dimensión de «parte contractual», unánimemente destacado por la doctrina laboral, incidió fundamentalmente en la naturaleza atribuida por la doctrina de Derecho Administrativo al acto fundacional de la relación de empleo. Así, la doctrina laboral sostuvo la imposibilidad de concebir una relación jurídica en la que no medie el consentimiento como factor desencadenante del vínculo pues, de lo contrario, no existiría una prestación de actividad laboral en auténticas condiciones de libertad. ⁷⁹ En tal sentido, señala esta doctrina que aun cuando se afirme la ausencia de capacidad de negociación o de tratativa contractual, no puede negarse de modo alguno la existencia por parte del dependiente de una aceptación definitiva y constitutiva del vínculo contractual. ⁸⁰

En segundo lugar, como consecuencia de la afirmación de la capacidad vinculante del empleado se produce también el rescate de su propia posición contractual en una relación de intercambio y, con ello, la presencia de un interés particular y distinto. La doctrina laboral, apoyada en el ingreso al servicio del Estado de personal con vínculo contractual en la actividad empresarial, portador de intereses derivados de su situación objetiva en una concreta relación jurídica y en un muy particular contexto socioeconómico, cuestiona la negación de una esfera de intereses propios y distintos del empleado propugnada por la tesis estatutaria. No cabe una negación de intereses fundada en la naturaleza del título jurídico o en los fines de la organización cuando el objeto de esta —el trabajo humano en régimen de dependencia— es idéntico. En otros términos, la doctrina laboral vuelve la mirada sobre el trabajo humano como objeto de la disciplina, con lo que destierra la confusión de la doctrina estatutaria, que traslativamente concebía como objeto de esta a la finalidad perseguida por la organización administrativa. De esta reafirmación del objeto surge como inmediata consecuencia la negación de la profesada comunión de intereses entre Estado y empleado público, y la revalidación de una esfera propia de intereses contrarios y conflictuales situados en la misma base de la relación de empleo. Los intereses de categoría y su situación de conflicto

⁷⁷ *Ibid.*, p. 22.

⁷⁸ ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. *Los derechos sindicales de...*, pp. 29-32.

⁷⁹ Sin consenso no es posible la actividad funcional en condiciones de libertad. Fiorini citado en BUENO MAGANO, Néstor. «Régimen jurídico del...», pp. 73-74.

⁸⁰ Véase Sarthou en *Cursillo sobre el derecho...*, pp. 77-78. Bueno Magano agrega que lo mismo sucede con los contratos de adhesión en donde aun cuando la parte adherente se encuentra privada de negociabilidad, la naturaleza contractual del vínculo no se ve discutida. BUENO MAGANO, Néstor. «Régimen jurídico del...», pp. 73-74.

estructural imponen, por tanto, la eventual admisión de diversas opciones reguladoras, además de las impuestas por la organización administrativa.⁸¹

Desde esta perspectiva, si de la negación de la capacidad conformadora de la voluntad del empleado se desprendía la postura de supremacía, que la organización administrativa asumía como portadora de los intereses generales —reafirmado que esta posición no derivaba de los intereses perseguidos por la organización sino de las implicancias de la explotación de servicios personales—, nada impide que se limiten los poderes de sujeción del trabajo ajeno a través del desarrollo de un influjo regulador sobre la relación de empleo. En este extremo, cobra gran importancia el ejercicio de los derechos colectivos y, en particular, la negociación colectiva como proceso destinado a la regulación conjunta de las condiciones de empleo y de las relaciones entre los actores laborales.

De igual modo, el reconocimiento y el ejercicio efectivo de los derechos colectivos imponen una nueva y correcta valoración del papel de la ley y el reglamento en la regulación de la relación de empleo. Ortega señala al respecto que, aun cuando «no existe mejor base de igualdad que la regulación de las condiciones de empleo mediante ley», de esta afirmación no se desprende el necesario carácter unilateral y autoritario de la relación. El objetivo de la norma heterónoma consiste simplemente en ratificar los alcances del principio de legalidad en la actuación administrativa como empleadora y la igualdad de oportunidades en el empleo público, sin implicar la exclusión de los mecanismos de regulación convencionales.⁸² No cabe duda de que el reconocimiento de los derechos colectivos impone el quebrantamiento del monopolio legal y reglamentario en la regulación de la relación de empleo público.

En tercer lugar, la doctrina laboral señala que, al existir una disciplina autónoma como el Derecho del Trabajo, cuyo objeto lo constituyen las relaciones jurídicas de trabajo subordinado, corresponde a tal disciplina la regulación de toda relación en la que se presenten dichos elementos, al margen de los sujetos públicos o privados que intervengan.⁸³ Esta afirmación se ve reforzada por el proceso de internacionalización de los derechos laborales y su consagración en los convenios de la Organización Internacional del Trabajo que —como afirma Racciatti— manifestaron tempranamente su preocupación por la problemática de las relaciones obrero-patronales en el sector público al hacer extensiva la aplicación de los primeros convenios que se adoptaron para algunos sectores de dependientes estatales.⁸⁴

⁸¹ DEL REY GUANTER, Salvador. «Evolución general y problemática de las relaciones colectivas...», p. 34.

⁸² ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. *Los derechos sindicales de...*, pp. 35-36.

⁸³ GRZETICH, Antonio. «Aplicación del principio de primacía de la realidad...», pp. 277-278.

⁸⁴ Racciatti resalta que el Convenio 1 de la OIT se debía aplicar a todas las empresas industriales públicas o privadas cualquiera sea su naturaleza. RACCIATI, Octavio. «El derecho del trabajo en el sector público». *Derecho laboral*, n.º 204, Montevideo, 2002, p. 735.

Desde una perspectiva cercana, Montoya afirma que al ser el trabajador la fuente que tipifica el ordenamiento laboral, y al desprenderse su calificación como tal de las notas de ajenidad y dependencia en la prestación de sus servicios, desde el punto de vista material, tanto quien presta servicios en el ámbito de una empresa privada como aquel que los desempeña en la administración pública deben ser calificados como *trabajadores*, por lo que ambos deben estar sujetos a toda la gama de principios rectores de la disciplina laboral.⁸⁵

No obstante los cuestionamientos que acabamos de desarrollar, la doctrina laboral no postula un tratamiento completo a cargo de la disciplina laboral. Por el contrario, se rescata la existencia de diferencias importantes que se opondrían a la regulación de la relación de empleo público por el íntegro de la normativa que regula el trabajo en el ámbito privado y que, más bien, determinarían la conformación de un contrato especial dentro de una normativa genérica de derecho laboral. Cassinelli propone la existencia de un derecho general del trabajo que esté conformado por los principios laborales de fuente constitucional aplicables a toda relación jurídica en la que se verifique, de hecho y al margen de cualquier consideración formal, la presencia de los elementos que caracterizan la relación de trabajo.⁸⁶ Este derecho general de trabajo cobijaría tanto la relación de empleo privado como la relación de empleo público, y ambas relaciones estarían regidas por los principios constitucionales laborales, sin menoscabo de algunos factores diferenciales que justifiquen alguna regulación específica.

Obsérvese que, desde esta postura, la aplicación de los principios laborales no constituye una licencia derivada de la verificación de la identidad material de ambas relaciones; por el contrario, deviene en una auténtica exigencia del modelo social y democrático de Estado, y del énfasis puesto por dicho sistema en la eficacia de los derechos fundamentales. En la misma línea de pensamiento, Sarthou señala que aun cuando el carácter estatutario de la relación y la orientación de la actividad laboral hacia la realización de fines públicos se presentan como elementos diferenciales, no obstaculizan la aplicación de los principios laborales. Agrega el citado

⁸⁵ Montoya Melgar agrega, en referencia al modelo español de empleo público —al que nos referiremos más adelante—, que cabe atender a la especialidad sociológica de los funcionarios y a las diferencias formales que establece el texto constitucional español con los trabajadores privados para realizar una diferenciación de régimen jurídico. MONTROYA MELGAR, Alfredo. «El ámbito personal del derecho del trabajo». *Revista de Política Social*, n.º 71, Madrid, 1996, p. 91.

⁸⁶ El énfasis en el trabajo como hecho al margen del vínculo o título jurídico constituye el principal aporte del derecho laboral. Véase BARBAGELATA, Héctor Hugo y Américo PLÁ (coords.). *Cursillo sobre el derecho...*, p. 16. Para Sarthou, el subjetivismo formal que se asienta en la presencia del Estado la regulación de la relación del Derecho administrativo considera que la aplicación de ciertas instituciones laborales constituye una iniciativa del Estado; por el contrario, para el realismo objetivo propuesto por la tesis del tratamiento unitario, tal aplicación constituye una obligada consecuencia de la cláusula de Estado social. Véase BARBAGELATA, Héctor Hugo y Américo PLÁ (coords.). *Cursillo sobre el derecho...*, pp. 69-70.

autor que la orientación de la actividad administrativa hacia fines públicos constituye un aspecto de poca relevancia desde que lo protegido jurídicamente es el trabajo humano, al margen de los fines perseguidos por la actividad laboral. Sin perjuicio de ello, se admite que en caso de conflicto debe recurrirse a una modulación recíproca entre fines estatales y principios laborales.⁸⁷

Como vemos, el planteamiento de un derecho general del trabajo, asentado en la reformulación de la teoría de los derechos fundamentales y el rescate de la dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento, evidencia la contradicción en la que incurre el Estado al consagrar, por un lado, una lógica proteccionista en las relaciones laborales entre privados, y mantener, por otro, un sistema de empleo que niega la capacidad vinculante y conformadora de la voluntad del empleado al interior de su propia organización administrativa. Se establece, según Barbagelata, un trato contrario al principio de igualdad ante la ley, toda vez que en la realidad del trabajo —ajeno y dependiente, público y privado— no existen diferencias significativas.⁸⁸ La vigencia efectiva de los valores base del sistema demanda que ante situaciones iguales correspondan exigencias iguales, con lo que el Estado no puede imponer condiciones a los empleadores que él mismo no cumpla en desempeño de tal rol.

1.2.4. El impacto del principio social y democrático en la configuración de la normativa de empleo público

En el proceso de laboralización de la relación de empleo público se observan dos tramos: el primero está marcado por el intercambio de instituciones jurídicas entre el derecho del trabajo y el régimen de empleo público regido por el derecho administrativo; el segundo, caracterizado por el reconocimiento constitucional de la condición laboral de los funcionarios públicos y la titularidad de los derechos colectivos.

El motivo de esta distinción radica en la relevancia que, en el proceso evolutivo que analizamos, ha venido asumiendo el reconocimiento de los derechos colectivos, en particular, el ejercicio efectivo de la negociación colectiva como factor fundamental para la reformulación de la posición estatutaria y el definitivo destierro de la práctica unilateral. Si bien el intercambio institucional resulta el primer síntoma del proceso de acercamiento progresivo entre la relación de empleo público y privado, no necesariamente desemboca en el reconocimiento de la absoluta identidad material de ambas relaciones jurídicas. La revalorización del aspecto contractual de la relación de empleo público en el ámbito individual podía compatibilizar perfectamente con los objetivos atribuidos a la organización administrativa

⁸⁷ Véase *Cursillo sobre el derecho...*, pp. 77-78.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 22.

por la sociedad capitalista, sin alterar en forma significativa su base unilateral. Nada impedía que —como lo sugirió la tesis alemana del contrato de función pública— el empleado público se insertara, en virtud de su propio consentimiento, en una relación jurídica definida legal y reglamentada por el Estado, con lo que la revalorización de la libertad individual en la constitución del vínculo jurídico de empleo —a través del reconocimiento de la contractualidad de la relación jurídica a escala individual— para nada afectaba el carácter unilateral del sistema.

Sin embargo, lo que pudo mantenerse como un mero intercambio institucional de variable intensidad demandó necesariamente un tratamiento unitario al producirse el reconocimiento y el ejercicio efectivo de la negociación colectiva de los trabajadores estatales. El reconocimiento de la titularidad de una potestad normativa originaria a los trabajadores estatales, con base en la concepción de la relación de empleo público como una mera relación jurídica de intercambio *trabajo por salario*, impone el derrumbe definitivo de la tesis unilateral, pues quiebra la identidad establecida entre el estatuto y el unilateralismo y obliga a una reformulación completa de dicha técnica organizativa, asentándola por sobre el necesario reconocimiento del pluralismo normativo y el repliegue regulador estatal. La efectividad de la negociación colectiva determina una completa revisión de la tesis estatutaria, tal como venía siendo formulada por la doctrina administrativa, y plantea una incompatibilidad natural con la regulación unilateral. Debido a que esta segunda subetapa de reconocimiento de la titularidad de la negociación colectiva constituye un aspecto desarrollado en un capítulo posterior, este apartado se limitará al análisis de la primera, esto es, a la revisión de los términos del intercambio institucional hasta el reconocimiento de la condición laboral de los funcionarios públicos.

En un primer sentido, lo más destacable del intercambio institucional estuvo determinado por la exportación del derecho a la estabilidad en el empleo desde ámbito funcional al de las relaciones laborales privadas. Romagnoli ilustra cómo el inicial rechazo del sistema liberal al establecimiento de vínculos de por vida, cuyo objeto consistiera en la prestación de servicios subordinados, revierte en una actitud favorable hacia la importación del derecho a la estabilidad del empleo funcional a instancia de la gran demanda de mano de obra permanente requerida para la marcha del sistema productivo capitalista.⁸⁹ El traspaso de esta institución del derecho administrativo funcional al derecho laboral privado trajo aparejada, en algunos casos, la exportación de las técnicas de manejo de un vínculo estable, es decir, un régimen de carrera con promoción y ascensos, o la implementación de mecanismos estrictos de selección de personal con vista a lo indefinido del vínculo.

⁸⁹ ROMAGNIOLI, Umberto. «Estabilidad versus precariedad del puesto de trabajo». *Revista Derecho y Sociedad*, n.º 10, Lima, 1995, p. 193.

Sin embargo, es en el sentido inverso —es decir, por el lado de la transposición de instituciones del derecho laboral a la relación de empleo público— donde las características del intercambio institucional dan cuenta del real impacto del principio social y democrático sobre la lógica estatutaria.

El fenómeno de traspaso de instituciones del derecho laboral podría ser considerado como una consecuencia de la denominada «tendencia expansiva» del derecho del trabajo, esto es, de la extensión de la capacidad reguladora de la disciplina laboral, producida por la ampliación progresiva de la noción de trabajador y consecuencia de la actividad reivindicativa de determinados sectores de dependientes.⁹⁰ No obstante, esta tendencia expansiva —a diferencia de lo sucedido con otras relaciones jurídicas de trabajo humano la relación de empleo público— se ha visto sometida a las limitaciones desprendidas del afirmado carácter *público* de la relación de empleo.

Si bien, en un primer momento, la aplicación de instituciones del derecho laboral en el ámbito de la relación de empleo público fue facilitada por la demanda interna de adaptación de esta relación jurídica a los nuevos planteamientos del Estado social y democrático, posteriormente se ha visto limitada por su atribuida *naturaleza pública*. En este marco, la proyección del derecho del trabajo se explica ya no en virtud a su alcance propio o fuerza expansiva —desprendida de la constatación de la realidad fáctica del trabajo subordinado— sino como consecuencia de una decisión y determinación habilitante del propio derecho administrativo,⁹¹ lo que ha implicado un análisis previo de compatibilidad de las eventuales instituciones laborales importadas con los aspectos centrales de la lógica estatutaria o unilateral, y con lo que la aplicación de las instituciones del derecho del trabajo se ha visto sometida a un filtro de unilateralismo. Es decir, han resultado materia de traspaso todas aquellas instituciones de derecho laboral que no atenten contra el manejo y la regulación unilateral de la relación de empleo admitiéndose, en el peor de los casos, instituciones que potencialmente atentan contra la determinación unilateral, previo sesgo de sus elementos más nocivos.

Aun cuando en algunas ocasiones la continua proyección de instituciones laborales —justificada por el principio de eficacia administrativa en abierto reproche a las rigideces ofrecidas por el derecho administrativo— se ha tornado en un

⁹⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO resalta el importante papel que en la tendencia expansiva del ordenamiento laboral español jugó la denominada «presunción de existencia del derecho del trabajo» contenida en la redacción del artículo 3 de la antigua ley española del contrato de trabajo: «el contrato de trabajo se presume siempre existente entre todo aquel que da un trabajo o utiliza un servicio y el que lo presta». RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel. *La presunción de existencia del contrato del trabajo*. Madrid: Civitas, 1995, pp. 186 y ss.

⁹¹ «Es el derecho público quien tiene la llave de paso al derecho privado», señala de modo muy ilustrativo, véase LAGUNA DE PAZ, José Carlos. «Renuncia de la administración pública al derecho administrativo». *Revista de Administración Pública*, n.º 134, Madrid, 1994, p. 220.

proceso *laborizador* fuera del control del derecho administrativo, en la mayor parte de los casos la disciplina administrativa ha sabido recomponer los límites impuestos por los *intereses públicos*, con lo que se evita de este modo que la regulación de la relación de empleo quede excluida total e irreversiblemente.⁹² De allí, por ejemplo, que la proyección total de las instituciones del derecho individual del trabajo sobre la relación de empleo público no se haya visto seguida de una proyección también intensa de los derechos colectivos. El panorama normativo confirma en esta inicial etapa de intercambio institucional que no obstante la proclamada vigencia del principio social y democrático, y los cuestionamientos de la doctrina laboral, la tesis estatutaria ha logrado reformular sus contenidos, pero manteniendo su esencia unilateral. Podría decirse que en la misma medida en que el capitalismo admitió la limitación de los poderes empresariales y sacrificó segmentos importantes de su esencia liberal para mantenerse como capitalismo, vigente el principio social y democrático, la tesis estatutaria ha sacrificado en mínima medida pequeños segmentos de su monopolio regulador sobre la relación de empleo público, y admitida la aplicación de algunas instituciones del derecho del trabajo, para seguir siendo fundamental y esencialmente unilateral.

1.2.5. El impacto del principio social y democrático, y la tendencia laborizadora en algunos modelos de empleo público

El sistema estatutario presentó niveles de recepción variables, explicados en alguna medida por la diversidad de patrones históricos, ideológicos y sociológicos asentados en cada ordenamiento jurídico. En tanto entre los más representativos ordenamientos europeos —especialmente Francia, Alemania, Italia y España—, conceptos como «servicio público», «funcionario público» o «estatuto» lograron tal arraigo que aun sobrevenido el Estado social han hecho sentir su influjo sobre la conformación de la relación de empleo público; en la experiencia de América latina —en la que las particulares condiciones económicas, políticas y sociales no perfilaron un contexto apropiado para su implementación— se ha asistido a un panorama en el que las fórmulas de derecho público no han logrado superar el plano formal. Es esta diversa implantación del sistema estatutario, aunada a los niveles de democratización política e institucionalización, la que ofrece a su vez

⁹² Laguna de Paz señala como ámbito necesario del derecho administrativo toda actividad que la administración pública ha de llevar a cabo en su condición de poder público. LAGUNA DE PAZ, José Carlos. «Renuncia de la administración pública...», p. 221. En la misma línea, Del Saz Cordero, citando a Borajo, indica que la huida del derecho administrativo no debe significar la huida del derecho; el influjo laboral debe entenderse como el camino hacia la conformación de un nuevo derecho público con técnicas del derecho privado, que garanticen lo que el derecho privado se encuentra imposibilitado de garantizar: el interés público. DEL SAZ CORDERO, Silvia. «La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones, aplausos y críticas». *Revista de Administración Pública*, n.º 133, Madrid, 1994, pp. 83-84.

niveles variables de difusión e implantación del principio social y democrático. Aunque no constituye la materia central del presente trabajo, consideramos de suma utilidad poner de relieve las características más relevantes de algunos sistemas de empleo público, por lo que desarrollamos previamente algunos de los factores contextuales que explican el diverso arraigo de la tesis estatutaria y del principio social y democrático. Todo ello, con la finalidad de poner en evidencia la tensión que impone la demanda de democratización de las estructuras sociales y administrativas, característica del principio social y democrático, sobre los modelos tradicionales de empleo público.

A diferencia de lo que sucedió en la experiencia de América latina, en los ordenamientos europeos el modelo estatutario logró un gran arraigo. Un primer factor que explica tal fenómeno lo constituye el gran impacto y desarrollo que en dichos ordenamientos presentó el capitalismo industrial, factor de presión para conformar una estructura organizativa con capacidad para dotar de seguridad jurídica al sistema. Sin duda, nos encontramos frente a realidades en las que la conformación de una burguesía emergente de las transformaciones políticas, que ocasionaron el derrumbe de las monarquías absolutistas, dio paso a la articulación de un sólido sector capitalista impulsador de un temprano proceso de industrialización. Los niveles de intercambio económico impuestos por los sectores capitalistas —que influyeron decididamente sobre el desarrollo del mercado y la conformación de una demanda de seguridad jurídica de los ordenamientos europeos— constituyen el sustento fáctico y la razón de ser de la tesis estatutaria, a tal punto que bien puede afirmarse que los términos de su conformación se justifican y resultan funcionales en contextos como los mencionados.

Otro factor no menos importante lo constituyó el apego o, si se quiere, la mayor propensión a las fórmulas simbólicas y autoritarias heredadas de una larga tradición monárquica. Mucho de lo que se ha desarrollado en torno del modelo estatutario encuentra su sustento en los patrones ideológicos provenientes de la experiencia monárquica europea y de su posterior adecuación a los parámetros del liberalismo. Es lo que sucede con el denominado «elemento psicológico», explicado por Parada⁹³ como una devoción al servicio o un especial apego a las instancias de poder, tributaria de la noción de devoción al monarca. En términos reales, el proceso de juridificación de las relaciones de empleo público y los rasgos del propio sistema estatutario, que muy sintéticamente hemos reseñado, no son más que la historia de la fórmula implementada en un inicio en los ordenamientos europeos para la organización de las relaciones de empleo público, extendida como producto del colonialismo a otras realidades.

Es esta mayor implantación del sistema estatutario la que en algunos ordenamientos determina la presencia de importantes obstáculos para el establecimiento

⁹³ Véase la nota 34.

definitivo del principio social y democrático. El caso español —tal vez la referencia más inmediata para nuestra normativa constitucional— resulta ser representativo de esta cierta resistencia de la tesis administrativa para la implantación de la lógica democratizadora del principio social en la configuración de la relación de empleo público.

En la experiencia española, con posterioridad a la promulgación de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 —que configura un modelo clásico de derecho administrativo—, la distinción entre la relación de trabajo y la relación funcional se desprende básicamente de un poderoso argumento formal: la Constitución española de 1978 prevé en forma separada un estatuto de los trabajadores y un estatuto funcional, este último con imposición de *peculiaridades* al ejercicio del derecho de sindicación.⁹⁴ Con base en tal previsión, la jurisprudencia constitucional española ha sostenido que de tal distinción se desprende una diferencia en el régimen jurídico de cada relación: mientras el derecho del trabajo constituye la disciplina apropiada para el tratamiento de la relación de trabajo, el derecho administrativo constituye el régimen adecuado para la relación funcional.⁹⁵ Naturalmente, este hecho sienta una diferencia de fondo, dado que la lógica y los principios de cada disciplina resultan diversos y hasta contrapuestos.

La jurisprudencia constitucional también ha dejado indicada la distinción formal entre trabajadores y funcionarios al señalar que al ser ambos titulares de los derechos fundamentales y libertades públicas —como la libertad sindical—

⁹⁴ El artículo 35.2 de la Constitución española señala. «La ley regulará un estatuto de los trabajadores». Por su parte, el artículo 103, numeral 3 dispone. «La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo a los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de funciones públicas». Algún sector doctrinal considera que la previsión constitucional de conformación de un estatuto funcional no se ha visto cumplida debido a que la normativa funcional no se encuentra comprendida en un texto unitario al modo del estatuto de los trabajadores y, por el contrario, se encuentra constituida por las partes vigentes de la antigua ley de funcionarios civiles del Estado de 1964 (decreto 315/1964) y en la ley de medidas para la reforma de la función pública (ley 30/1984) de corte transitorio como lo establece en sus considerandos. Tal dispersión normativa y el recurso a reformas parciales y transitorias plantean, en opinión de Palomar Olmeda, un grave problema de seguridad jurídica debido a lo dificultoso de la determinación final de la norma aplicable. PALOMAR OLMEDA, Alberto. «La incidencia de las nuevas reformas en el estatuto de los funcionarios públicos». *Revista de Administración Pública*, n.º 134; Madrid, 1994, p. 384. Estos problemas podrían solucionarse con la aprobación del anteproyecto de estatuto básico de la función pública, en proceso de discusión al momento de elaborarse este trabajo.

⁹⁵ La STC 99/1897 constituye la mejor expresión de la decidida opción española por un sistema estatutario de derecho administrativo con importación de algunas instituciones de derecho laboral. Refiriéndose a esta sentencia, Sainz señala que el TC no aporta un criterio material o principio jurídico que explique la distinción de régimen jurídico entre trabajadores y funcionarios. SAINZ MORENO, Fernando. «El estatuto de la función pública después de la STC 99/1987 y de la ley 23/1988». *Revista de Administración Pública*, n.º 116, Madrid, 1988, p. 365.

consagrados a todos los ciudadanos, los funcionarios se encuentran excluidos de la titularidad de los derechos constitucionales otorgados a los trabajadores —entre ellos la negociación colectiva—. Ello se ve reforzado con la exclusión expresa de la normativa conformada por el estatuto de los trabajadores.⁹⁶

Sin embargo, la diversidad de regímenes jurídicos, establecida constitucionalmente y reafirmada por la jurisprudencia española, se encuentra contrastada por un factor que particulariza al sistema español: la admisión de contingentes importantes de empleados en la administración pública bajo régimen laboral. La convivencia de personal funcional y laboral ha oscurecido los términos de la distinción, puesto que no ha venido acompañada de un criterio material que delimite cuándo la organización administrativa puede o debe recurrir al nombramiento estatutario o a la contratación laboral.⁹⁷

Es importante señalar que, como producto de un decidido empeño por la difusión del principio social y democrático, la doctrina laboral española ha presentado importantes argumentos en favor de la laboralización de las relaciones de empleo público o, cuando menos, por la articulación de un régimen jurídico mixto que combine de modo adecuado instituciones de derecho administrativo y laboral.⁹⁸ Una vez superados los argumentos formales esgrimidos por la jurisprudencia constitucional, la doctrina laboral española ha aportado posibles criterios materiales para fundamentar la distinción de régimen jurídico establecida constitucionalmente. Se ha invocado como criterios de diferenciación: la función pública desempeñada,⁹⁹ los fines institucionales o el interés general,¹⁰⁰ la distinta situación profesional de los funcionarios, quienes no se encuentran al abrigo de las inclemencias

⁹⁶ El estatuto de los trabajadores señala que los funcionarios públicos se encuentran excluidos del alcance de sus disposiciones. Pérez Amorós señala que esta exclusión refiere a colectivos que, no obstante trabajan en sentido económico, no alcanzan la condición jurídico-formal de trabajadores, pues para el estatuto de los trabajadores dicha realidad material no resultaría suficiente. PÉREZ AMORÓS, FRANCISCO. «El trabajador como sujeto de derecho en el ordenamiento español». *Revista de Política Social*, n.º 133, Madrid, 1992, pp. 103-106.

⁹⁷ Con mucho acierto FÉREZ señala que ni el legislador ni la doctrina han podido establecer un fundamento objetivo a la convivencia de funcionarios y trabajadores en la administración pública. FÉREZ, MANUEL. *El sistema de mérito en el empleo público: principales singularidades y analogías respecto del empleo en el sector privado*. Documentación administrativa 241-242. Madrid: INAP, 1995, pp. 115-117.

⁹⁸ Sin duda, el más importante aporte en este sentido es el ya citado trabajo de Ortega (*Los derechos sindicales de...*), en el que tempranamente y sobre la base de la experiencia italiana, se formula una tesis decididamente laboralizadora.

⁹⁹ ALONSO OLEA, MANUEL y MARÍA CASAS BAAMONDE. *Derecho del trabajo*. Madrid: Universidad de Madrid, 1991, p. 81.

¹⁰⁰ Mauri Majos señala que el carácter instrumental de la disciplina de empleo público con respecto a la finalidad institucional —el interés público— de la administración marca diferencias sustanciales con el empleo privado. MAURI MAJOS, JOAN. *Problemas de representación sindical y de negociación colectiva en la función pública: convergencias y divergencias con el empleo privado*. Documentación administrativa 241-242. Madrid: INAP, 1995, pp. 127-129.

del mercado,¹⁰¹ el diverso origen histórico de ambas disciplinas¹⁰² y la tradición normativa española.¹⁰³ Seguidamente, sin dejar de reconocer las condiciones impuestas por la particular evolución histórica española, la mencionada doctrina ha difundido una visión crítica de la distinción, incidiendo en la necesidad de realizar una nueva lectura de los preceptos constitucionales. Rodríguez Piñero ha puesto énfasis en la demanda constitucional para operar un análisis de los criterios de diferenciación del régimen jurídico a instancia del principio de igualdad, lo que impondría la reducción de los particularismos a una simple especialidad de la relación de empleo público respecto de la disciplina laboral.¹⁰⁴ En el mismo sentido, Martínez Abascal ha propuesto una regulación homogénea de las relaciones de empleo público y privado que no conlleve la aceptación de una identidad absoluta entre ambas, sino únicamente su pertenencia a un mismo género.¹⁰⁵

Aun puesta en evidencia la consistencia de los postulados de la doctrina laboral española, diversos condicionamientos históricos se han impuesto sobre las propuestas de una regulación unitaria, con lo que se respalda a la doctrina de derecho administrativo y se configura un sistema de empleo público que se articula sobre la base del interés público custodiado por la organización. El proyecto de estatuto básico de la función pública, aun cuando mantiene lo que desde nuestra perspectiva constituyen rasgos inequívocos de unilateralismo —régimen jurídico de derecho administrativo para los funcionarios de carrera y nombramiento como acto fundacional de la relación jurídica—, aporta definiciones importantes como el establecimiento —en función de la naturaleza de las labores— de un criterio de distinción entre personal laboral y funcionarial, y la consagración de la participación y la negociación colectiva para determinar las condiciones de empleo como principio de ordenación del régimen.

A diferencia del modelo español, el modelo italiano presenta un mayor nivel de acercamiento hacia una regulación unitaria. De un modelo abiertamente estatutario impuesto por el real decreto de 1923, el ordenamiento italiano ha virado progresivamente hacia un modelo de corte laboral, que dota de especial relevancia a la negociación colectiva.

A instancia de lo establecido en el artículo 97 de la Constitución, que impone una reserva de ley en la regulación de la relación de empleado público y la necesidad

¹⁰¹ Martín Valverde citado por GÓMEZ CABALLERO, Pedro. *Los derechos colectivos en...*, pp. 45-47.

¹⁰² Véase de RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel. «Trabajo, función pública y Constitución». En Salvador del Rey Guanter, Jesús Cruz Villalón y María Fernández-López (coords.). *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración pública, 1989, pp. 15-16.

¹⁰³ Martín Valverde alude a un argumento de interpretación histórica como base de la distinción basada en la tradición normativa española. MARTÍN VALVERDE, Antonio. «El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». *Revista de Política Social*, n.º 137, Madrid, 1983, p. 115.

¹⁰⁴ Véase RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel. «Trabajo, función pública y...», pp. 19-20.

¹⁰⁵ MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente. «La regulación homogénea de...», p. 217.

de garantizar el buen funcionamiento de la organización administrativa, la doctrina laboral italiana ha llevado a cabo una interesante crítica al modelo estatutario del real decreto de 1923. Señala que de dicho precepto no se desprende necesariamente la exclusiva regulación por norma estatal de las condiciones de empleo de los funcionarios públicos; por el contrario, la primacía de las normas constitucionales del trabajo haría necesario dotar de protagonismo a la regulación convencional en lo que se refiere a la regulación de las condiciones de empleo.

No obstante el estatuto de los trabajadores italianos aparece como un tímido paso hacia la unificación de los regímenes de trabajo público y privado, constituye el instrumento normativo que da inicio al proceso de incorporación de las normas laborales privadas en la regulación de las relaciones de empleo público, y cuyo máximo exponente, ya a escala colectiva, lo constituirá la ley marco del empleo público de 1983.¹⁰⁶

La ley marco del empleo público de 1983 impone un sistema de relaciones colectivas que se basa en la delimitación de dos espacios de regulación diferenciados, a los que corresponde un tipo particular de fuente. Por un lado, esta ley sujeta las materias relacionadas directamente a la labor administrativa o en las que el interés público incide de modo determinante sobre la actividad laboral de los empleados a una reserva legal. Por otro lado, deriva todos los espacios de regulación restantes a la autonomía colectiva para su reglamentación a través de instrumentos negociados, cuya eficacia se desprende de su recepción en un reglamento administrativo. No obstante el abierto matiz laboral de la ley marco de 1983, la doctrina italiana ha opuesto objeciones al modelo, sobre todo en cuanto sujetaba la determinación de algunas materias de índole estrictamente laboral —como la determinación de las remuneraciones— a la reserva de ley, y sometía el producto de la negociación a su necesaria incorporación en una norma estatal. La reforma de 1992-1993 respondió a estas objeciones cuando derivó la determinación de las remuneraciones de los empleados públicos a la negociación colectiva, y dotó de eficacia directa a los instrumentos colectivos a falta de una aprobación inmediata del producto negociado por parte de la administración.

Contrariamente a lo observado en estos dos ordenamientos europeos, los sistemas en América latina presentan una realidad muy distinta explicada por la experiencia de dominación colonial y el transplante de instituciones jurídicas de Occidente.¹⁰⁷ Durante un largo período, la organización administrativa en lati-

¹⁰⁶ RUSSO, Carmine y Nicola SALDUTTI. «Estatuto de los trabajadores y función pública: ¿extensión, aplicabilidad o acogida?». En Franco Carinci, Tiziano Treu y Bruno Veneziani (coords.). *El estatuto de los trabajadores italianos veinte años después*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1993, p. 525.

¹⁰⁷ Barbagelata, citando a Furtado, afirma que los rasgos esenciales de la estructura social de los países de América Latina provienen de la colonización española. BARBAGELATA, Héctor Hugo. *El derecho del trabajo en América Latina*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985, p. 37.

noamerica no ha sido más que el instrumento de un modo de dominación ejercido por la burocracia europea. El paso a la etapa republicana no ha importado un cambio cualitativo en este modelo de relaciones de empleo, debido a que las aristocracias locales heredaron la posición dominante en un contexto de inestabilidad política y carencia institucional. Las economías nacionales, básicamente agroexportadoras y con incipientes niveles de industrialización, no demandaron una organización administrativa sólida sino hasta el siglo XX, período en el cual el conjunto latinoamericano empieza a salir del largo proceso de transculturación producido por la colonización, y a consolidarse como una «realidad histórica dotada de especificidad».¹⁰⁸

Con estos condicionantes, el modelo estatutario de función pública rigió en los ordenamientos latinoamericanos como producto de cierta inercia derivada de la constante importación de modelos e instituciones a todo nivel de la ciencia jurídica y que, por efecto de las diferencias contextuales, no logró ningún margen de desarrollo y menos de institucionalización. Por el contrario, el nacimiento de una organización administrativa autónoma y de una normativa específica de las condiciones de empleo al modo estatutario es contemporáneo, cuando no posterior, a la presencia del conflicto entre capital y trabajo en el ámbito privado. Sin duda, ello ha influido sobre las características de su normativa reguladora y ha marcado una temprana experiencia de ejercicio de facto de los derechos colectivos.

Es característico, en casi la totalidad de los ordenamientos latinoamericanos, el establecimiento de una regulación especial que norme la relación de empleo público dominada, por lo general, por el concepto de «servicio civil» o, únicamente, por la consagración de una reserva de ley en la regulación de diversos aspectos de dicha relación jurídica. Aun cuando los conceptos y las fórmulas empleadas corresponden en algunos casos a la terminología estatutaria, el desarrollo legislativo tiende hacia una implantación progresiva del principio social y democrático; en algunos casos, se establece la regulación supletoria de la normativa laboral y, en otros, reconociendo la condición laboral de los trabajadores públicos o promoviendo técnicas de negociación al determinar las condiciones de empleo.

La Constitución venezolana prevé una normativa específica en la que se regule la carrera administrativa de los funcionarios públicos en lo relativo al ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro.¹⁰⁹ La ley orgánica del trabajo agrega que los empleados públicos gozarán también de los beneficios acordados en todo lo no previsto por su regulación especial. Agrega la misma ley que tendrán derecho a la negociación colectiva, a la solución pacífica de los conflictos y a la huelga de conformidad con lo previsto en su texto, en cuanto sea compatible con la índole de los servicios que prestan y con las exigencias de la administración pública. Por

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 35.

¹⁰⁹ Artículos 144 y siguientes de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

último, sujeta a los obreros que están al servicio de los entes públicos a la legislación común.¹¹⁰

La Constitución argentina, en su artículo 14, incluye entre los derechos y garantías en la prestación del trabajo subordinado la garantía de la estabilidad del empleado público,¹¹¹ con lo que podría afirmarse, sobre la base de una interpretación sistemática con otros preceptos constitucionales y del panorama legislativo vigente en dicho ordenamiento, que la calidad laboral de los dependientes del Estado se encontraría implícita para el constituyente argentino.

En 1992, con anterioridad a la promulgación del texto constitucional, la ley 24185 había implementado mecanismos que tendían a desarrollar la negociación colectiva del sector público. Estos mecanismos fueron complementados con la ley 25164, ley marco para la regulación del empleo público argentino, que señalaba que sus disposiciones podrán ser adecuadas para los sectores de la administración pública que presenten características particulares, por medio de la negociación colectiva sectorial. Al amparo de tal norma se celebró el primer convenio colectivo de trabajo general para la administración pública nacional, en el que se establecía una regulación específica de los distintos aspectos de la relación de empleo público con posibilidad de desarrollo articulado en ciertas administraciones. Con ello se cubrían los aspectos cuya regulación, en la generalidad de los ordenamientos, está asignada por la ley.

Sin duda, es la Constitución paraguaya de 1992 la que aparece en el contexto latinoamericano como un modelo formal de laboralización. Esta norma establece una regulación especial fijada por ley para la regulación de las relaciones de empleo en el servicio civil, y reconoce expresamente la titularidad en los funcionarios y empleados públicos de los derechos laborales considerados para todos los trabajadores.¹¹² En vía legislativa se han expedido dos cuerpos normativos para la regulación de las relaciones laborales en el ámbito público y privado, ambos presididos por una concepción laboral de la relación jurídica y regidos por los principios constitucionales del trabajo.¹¹³

Como vemos, la resistencia estatutaria al influjo del principio social y democrático ha tenido diverso nivel de incidencia. En términos generales, podría afirmarse que, aun cuando se avizora el establecimiento definitivo de dicho principio, se

¹¹⁰ Artículo 8 de la ley orgánica del trabajo de Venezuela publicada el 20 de diciembre de 1990. Puede verse también el reciente estudio de HODGES AEBERHARD, Jane. *Estudio comparativo: contenido de los estatutos de la administración pública*. Ginebra: OIT, 2001, p.18.

¹¹¹ Artículo 14 de la Constitución Política del 22 de agosto de 1994.

¹¹² Artículos 101 y 192 de la Constitución Política de 1992.

¹¹³ La ley 213 del 29 de octubre de 1993, del Código del Trabajo, constituye la norma central de regulación de las relaciones de empleo, aun cuando establece que los trabajadores los trabajadores del Estado, sean de la administración central o de los entes descentralizados, los de las municipalidades y departamentos, se regirán por una ley especial.

aprecia —en la definición formal de muchos de los actuales modelos normativos— la resistencia del derecho administrativo al influjo del principio social y democrático, resistencia que se manifiesta sobre todo en materia de derechos colectivos.

1.3. HACIA UNA SÍNTESIS DEL PROCESO EVOLUTIVO: LA DELIMITACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA DEL EMPLEO PÚBLICO

1.3.1. La perspectiva estatutaria: la ubicación de la problemática en la distinción entre derecho privado y derecho público o el interés público como fundamento del estado de sujeción

La revisión del proceso evolutivo que hemos llevado a cabo no ha tenido por objeto abundar en detalles acerca de la conformación del sistema estatutario o de sus distintas expresiones en diversos ordenamientos. Hemos presentado de manera concisa los elementos que consideramos necesarios a fin de situar el surgimiento de la lógica estatutaria, de evidenciar la confluencia e influjo de factores ideológicos y económicos en su conformación, y de poner en relieve los dogmas sobre los cuales se articuló.

Probablemente, el empleo público no ha desempeñado cuantitativamente el papel preponderante que la producción en masa ocupó en la sociedad capitalista industrial, pero sí ha constituido un fenómeno de suma relevancia en la cimentación de las bases del propio Estado moderno y en la custodia de los valores esenciales del sistema liberal. La construcción estatutaria ha evidenciado, con la propia configuración de la relación de empleo público como fenómeno jurídico autónomo, su importancia en la conformación de un Estado despersonalizado y asentado en valores como la igualdad y libertad, e instrumentos abstractos y generales como la ley. Sin embargo, más importante es destacar que la construcción estatutaria revela en sí misma la existencia de un conflicto estructural en el seno de la relación de empleo público que, aunque no ocupó un papel central en el discurrir socioeconómico, sí motivó que se articulara una técnica autónoma para la juridificación de un vínculo conflictual al interior de una organización de características muy particulares.

En estricto, en su base dogmática, la tesis estatutaria no niega la naturaleza conflictual de la relación de empleo público. Aun caracterizada como una relación de derecho público que denota una sujeción especial, la tesis estatutaria no desconoce el interés contrapuesto; por el contrario, parte de su reconocimiento para estructurar una lógica destinada a postergarlo y reducirlo en favor del interés de la organización administrativa. La tesis estatutaria expresa, por tanto, la relevancia de una relación de poder distinta de la que genera el ejercicio de las potestades de poder público, inusual en el catálogo de categorías jurídicas existentes.

Sin embargo, pese a lo peculiar de la relación jurídica de empleo público, su juridificación no pudo desprenderse de los rezagos absolutistas que aún dominaban

la ciencia jurídica, a los que se agregó la fascinación por determinados valores en su concepción meramente formal. Aunque surgida en un contexto proclamadamente contrario al absolutismo, la tesis estatutaria no logró liberar totalmente su solución jurídica del conflicto latente de los dogmas que sustentaron el poder absoluto. Podría afirmarse que, en su base dogmática, la tesis estatutaria resultó finalmente la perpetuación de una metodología ya conocida en la historia, la metodología de la sujeción, para la difusión de los novedosos valores liberales.

El principio social y democrático aportó una nueva perspectiva de la relación conflictual basada en los objetivos de implantación en el plano real de los valores liberales que, como hemos señalado, aún pugna por imponerse a las arraigadas estructuras liberales. Las variaciones en el contexto y hasta las características de los actores, determinaron un cambio en el enfoque de una relación jurídica, al situar en un primer plano su naturaleza conflictual. Por ello, conviene detenernos en la revisión de la diversa perspectiva con la que se ha enfocado el fenómeno de empleo público, pues es en ella donde se producen las mutaciones de relevancia que nos permitirán comprender los obstáculos impuestos al ejercicio de los derechos colectivos y, en particular, a la negociación colectiva.

Como ya hemos señalado, el factor clave en la juridificación del fenómeno del empleo público, desde la perspectiva estatutaria, fue su calificación como relación jurídica de derecho público y su consecuente sometimiento a la lógica del derecho administrativo. De dicha calificación —y asumiendo la presencia del Estado como inequívoco signo de la existencia de un interés público— se desprendió sin obstáculos un régimen de extrema sujeción para el empleado y prerrogativas excesivas para la organización, algo inadmisibles en las relaciones jurídicas de derecho privado en las que el interés particular de las partes no calificaba de ningún modo para generar ámbitos excluidos a la proyección de los valores base del sistema.

La distinción entre derecho público y derecho privado, sin embargo, ha evidenciado su fragilidad como sustento de la tesis estatutaria. En primer lugar, una serie de fenómenos puestos de relieve por el principio social y democrático han demostrado la insuficiencia de la clásica distinción en el tratamiento de determinadas relaciones jurídicas. En segundo lugar, la propia doctrina de derecho administrativo ha producido la reformulación de sus contenidos, con lo que se deliza el fundamento del régimen de sujeción hacia un concepto clave: el interés público.

Dos son los hechos de fuente externa que cuestionan la funcionalidad de la distinción entre el derecho público y el derecho privado.

En primer lugar, la afirmación de la eficacia de valores supremos del ordenamiento y de los derechos de titularidad subjetiva en las relaciones jurídicas de derecho público —tanto en el plano formal como material— ha diluido los términos clásicos de la distinción. La necesaria eficacia de los valores fundamentales, aun en el ámbito de las denominadas relaciones de sujeción especial, ha modificado las consecuencias normalmente desprendidas de la calificación de una relación

jurídica como de derecho público. La postergación o limitación de determinadas libertades individuales y la existencia de una jurisdicción especializada han sido cuestionadas, sobre todo, por el principio social y democrático y su lógica fundada en la implantación material de los valores base. Recordemos cómo la doctrina laboral incidió en ello al plantear severas objeciones a la tesis estatutaria.

En segundo lugar, y vinculado a lo anterior, la presencia de relaciones jurídicas situadas en el límite mismo de la distinción —con contenidos propios a ambos segmentos de relaciones jurídicas— ha contribuido al oscurecimiento de los límites entre el derecho privado y el derecho público. La implantación de los derechos sociales ha traído consigo el reconocimiento de relaciones jurídicas que, a pesar de estar integradas por particulares, todavía requieren de una dosis sostenida de intervención equilibradora estatal que haga real la eficacia de los valores base del ordenamiento. Justamente, la relación jurídica objeto del derecho del trabajo constituyó una muestra evidente de la existencia de relaciones caracterizadas por un desequilibrio estructural económico y jurídico en las que, no siendo ninguna de las partes representativa de un interés público o general, se hacía necesaria la intervención estatal a través de normas de orden público. A medida que la actividad estatal se diversificó como producto de la complejización de la organización administrativa, fue fácil advertir que esta representaba en ciertas relaciones jurídicas un interés de parte de idénticas características al de los sujetos privados, cuyo desarrollo no tenía por qué sujetarse a unas reglas y a una jurisdicción especializadas.

Frente a la contundencia de estos fenómenos, algún sector de la propia doctrina administrativista ha sostenido que la distinción entre derecho público y derecho privado ha dejado de ser un factor de identificación de dos tipos de relaciones jurídicas radicalmente opuestas, de las que se puede desprender, bien una lógica de supremacía y sometimiento, o bien una lógica de coordinación que exalte las libertades individuales. Sobre esta base se han revisado los fundamentos de la distinción y se han reformulado sus contenidos, con lo que se reconduce la discusión acerca del concepto clave de «interés público».

La perspectiva fundada en la división entre relaciones de derecho público y derecho privado, que sustentó la existencia de un ámbito de relaciones jurídicas exentas a la eficacia de los valores base, encontró fundamento en la diferenciación entre los intereses en juego.

Si bien, en un primer momento, la presencia de la organización administrativa determinaba lo público de una relación jurídica, la complejización progresiva de dicha organización demostró que la calificación dependía, antes que de la naturaleza del ente interviniente, de la calidad de los intereses de las partes. La consecución del interés público se constituyó en el elemento que dotó a la organización administrativa de una relevancia social indiscutida, con lo que se convirtió en el factor de inserción de la relación jurídica de empleo público desde la lógica de la sujeción. De este modo, la postergación de la eficacia de los valores base no se

realizaba en favor de una instancia determinada —lo que no constituiría modificación alguna a la sujeción impuesta por el absolutismo— sino respecto de una construcción abstracta, síntesis y representación de la voluntad general.

Sin embargo, se sabe que en vista de las variaciones producidas en el contexto por el advenimiento del principio social y democrático y, más aún, desatada la fascinación por los modos de gestión privados, fueron imputadas al derecho público la conservación de moldes obsoletos, la petrificación del ordenamiento y la obstaculización del discurrir eficiente de las relaciones del mercado. Al mismo tiempo que el modelo de Estado social y democrático impuso un nuevo rol a la organización administrativa, esta dejó evidenciada la imposibilidad de asumirlo debido a encontrarse asentada aún sobre dogmas liberales.¹¹⁴ Los *males* de la organización administrativa se tornaron en fenómenos innegables e irrefutables, con lo que se forjó el consenso sobre lo inevitable de la *reforma*, lo que no constituía sino la expresión de la necesidad de reformulación de los contenidos del propio derecho administrativo sobre la base del nuevo modelo de Estado.

A partir de esta abierta crítica a la rigidez y al burocratismo característicos de la regulación del derecho administrativo, se ha producido el ya mencionado *vaciamiento* del ámbito material del derecho público, que en ocasiones no se ha circunscrito a la actividad marginal de la organización administrativa sino que se ha extendido hacia sus actividades centrales. Fenómenos socioeconómicos como los programas de privatizaciones han sido relevantes para la introducción de las técnicas más flexibles del derecho privado y sus resultados han sido contrapuestos a la rigidez y legalismo excesivos ofrecidos por el derecho administrativo.

El fenómeno denominado por la doctrina administrativista como la «huida del derecho administrativo» no es más que el correlato directo del fenómeno privatizador. La relativa estabilidad que había impulsado el crecimiento de la organización estatal y la intervención económica a través de la actividad empresarial se vio contraída por efecto de la crisis, lo que derivó en la implementación de políticas de repliegue estatal. La prestación de los servicios públicos a la colectividad, como medida para alcanzar la legitimidad, colocó en un papel predominante el tema del gasto público, de modo tal que la eficiencia y eficacia de la labor gubernamental se convirtieron en factores primordiales que se deben tomar en cuenta en la actuación administrativa, con lo que se facilita la introducción de las técnicas normativas de derecho privado. Todos estos elementos, como ya hemos señalado, han conducido a la propia doctrina de derecho administrativo a la reformulación

¹¹⁴ Es desde el punto de vista de Sánchez Morón, para quien la protesta generalizada por el mal funcionamiento de la administración, las reivindicaciones funcionariales, el descontrol de la empresa pública, la corrupción de los servicios asistenciales y el autoritarismo en relación con los administrados, enfrentan la esencia «estable y resistente al cambio» del Derecho administrativo. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. «Notas sobre la función administrativa...», pp. 663-664.

de los límites de la disciplina, desarrollándose una severa crítica a este proceso de privatización de relaciones originalmente concebidas como de derecho público.

Partiendo de la aceptación de ciertos niveles de repliegue estatal, se ha sostenido que las características intrínsecas de determinadas actividades o las circunstancias en las que estas se desarrollan demandan una disciplina especializada que sirva de canal para la consecución del interés público en armonía con los derechos e intereses ciudadanos. El derecho administrativo se tornaría en insustituible por el derecho privado que, «aunque inundado de normas garantistas, responde a una lógica sustantiva y adjetiva diversa, diseñada en función de sujetos en uso de su autonomía».¹¹⁵ Finalmente, el límite al repliegue estatal o, dicho de otro modo, el *ámbito necesario* de derecho administrativo ha sido conformado por los espacios en los que, al mediar la presencia de un interés público, se ha producido la adscripción de funciones administrativas a una entidad integrante de la organización estatal. Al interior de este denominado «núcleo irreducible»,¹¹⁶ la presencia de la disciplina administrativa ha sido catalogada de esencial y, por tanto, excluyente de las técnicas de derecho privado. En la misma línea, al exterior de dicho segmento —esto es, en las actividades de carácter meramente instrumental o auxiliar cuya realización no comprometa los condicionamientos y exigencias esenciales al poder público— las técnicas e instituciones del derecho privado —llámese civil, mercantil y laboral— han sido admitidas e incluso consideradas necesarias en orden del propio principio de eficacia de la actuación administrativa.¹¹⁷ Por lo demás, se ha señalado desde la doctrina del derecho administrativo que, en estos espacios de aplicación del derecho privado —identificados como la actividad logística o medial de la organización administrativa—, no se configuraría una aplicación precipitada del derecho privado; por el contrario, se ha invocado la necesidad de conformar un derecho privado particularizado, que sea capaz de garantizar lo que por esencia no garantiza: el interés público.¹¹⁸

Como podrá ser advertido, este valioso esfuerzo delimitador llevado a cabo por la propia doctrina administrativa determina, finalmente, que solo el derecho administrativo puede habilitar la introducción del derecho privado —o del nuevo derecho público con implementación de técnicas de derecho privado—, con lo que tal derecho privado se encuentra afecto en su desenvolvimiento por las imposiciones desprendidas de la calidad pública de los intereses en juego.

Es evidente que el problema que esta redefinición plantea, en lo concerniente a la relación de empleo público, es la variable *ubicación* atribuida a dicho segmento

¹¹⁵ LAGUNA DE PAZ, José Carlos. «Renuncia de la administración pública al derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, n.º 4, Madrid, 1994, pp. 221-222.

¹¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho...*, p. 53.

¹¹⁷ LAGUNA DE PAZ, José Carlos. «Renuncia de la administración pública...», p. 221.

¹¹⁸ DEL SAZ CORDERO, Silvia. «La huida del derecho administrativo...», pp. 83-84.

de relaciones jurídicas, la mayoría de las veces concebida dentro del núcleo de derecho administrativo y otras —las menos— calificada como simple actividad medial destinada a proveer de recursos humanos a la organización administrativa. Con ello, se reduce significativamente la cuestión, en el primero de los supuestos a la automática aplicación de los principios de derecho administrativo y, en el segundo, a una aplicación sesgada de los principios laborales que resulten compatibles al ámbito del derecho público. Obsérvese que, aun en este último caso, el interés público mediatiza la aplicación del derecho laboral, constituyéndose en el auténtico factor de especialización.

Muchos de los modelos de empleo público, a los que hemos hecho referencia anteriormente, pretenden establecer un interesado equilibrio entre las exigencias derivadas del principio social y democrático, y las demandas del interés público invocadas por el unilateralismo tradicional. El pretendido equilibrio ha consistido en la introducción de diversas instituciones del derecho laboral, como si se tratara de la sola importación de técnicas aisladas de ordenación. La labor de armonización del modelo estatutario a las exigencias del principio social y democrático ha establecido, en el plano formal, los límites de aplicación del derecho laboral sin considerar que materialmente, por formar parte de una solución única y unitaria para la regulación de las relaciones de trabajo subordinado, dichas instituciones importadas ejercen una fuerza de atracción sobre los demás componentes de la disciplina laboral.

Formalmente, es cierto que la perspectiva fundada en la noción de «interés público» sostiene el edificio estatutario y subyace a los modelos normativos reseñados. Sea a través de calificar la relación de empleo público como de derecho administrativo, o a través de su reconocimiento como una relación especialmente calificada por la presencia del interés público ostentado por la organización administrativa como parte, el interés público ha aparecido como el concepto potencialmente apto para fundamentar un trato diferenciado respecto de las relaciones de empleo del sector privado sometidas al derecho del trabajo.¹¹⁹

¹¹⁹ Como anotaba Ozaki, en 1987 «en la inmensa mayoría de países en desarrollo y en varios de los industrializados el principio regulador de las relaciones de trabajo en la Administración pública sigue siendo que incumbe al gobierno determinar unilateralmente las remuneraciones y otras condiciones de empleo del personal público [...], el Estado por ser el representante de la voluntad popular (o de los intereses generales) tiene el derecho indiscible a actuar unilateralmente en todo lo que concierne a su poder legislativo, derecho que no puede ser impugnado por grupos que representan intereses particulares». OZAKI, Muneto. «Las relaciones del trabajo...», p. 314. En el mismo sentido, Parada señala que la administración pública no es una empresa como la privada, guiadas por el instinto comercial de la rentabilidad y la ganancia sino por el servicio a unos intereses colectivos o el ejercicio de unas funciones públicas a las que no es aplicable el concepto empresarial de la productividad. PARADA VÁSQUEZ, Ramón. *Derecho administrativo*, pp. 353-363.

1.3.2. La real perspectiva fundada en la noción de Estado social y la revalorización de la entidad material de la relación jurídica de empleo público

La relación de empleo público, más que estar inserta en el derecho público o privado, parece demandar una perspectiva fundada en la noción de Estado social.

Como lo hemos señalado, la noción de Estado social y democrático tiene su origen en un momento histórico concreto del desenvolvimiento del Estado posterior al Estado liberal. También hemos anotado cómo, en virtud de dicha noción, se genera un completo replanteamiento de la teoría jurídica o, dicho de otro modo, un reenfoque de los valores base del sistema, cuyo efecto global puede sintetizarse en el realce de la dignidad de la persona desde una perspectiva real y no simplemente formal. Corresponde adentrarnos en el significado de la noción de Estado social y democrático, pero no como parte de un proceso evolutivo que tiene consecuencias en todas las áreas de la ciencia jurídica, sino como concepto matriz para la interpretación actual del ordenamiento jurídico en su conjunto y de las relaciones de empleo público.

Por su consistencia histórica y política, el Estado social y democrático podría ser caracterizado como una etapa cronológica en el desenvolvimiento histórico del Estado; sin embargo, como señala Rubio Correa, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, el Estado social y democrático debe ser definido necesariamente como una nueva e ineludible «forma de ser» del Estado,¹²⁰ que impone la remoción de los obstáculos existentes para implantar en el nivel real la dignidad de la persona como eje de articulación de las relaciones sociales y jurídicas.

En tal sentido, lo que se produce por efecto del advenimiento de este nuevo modelo no es la configuración de una alternativa a los ordenamientos jurídicos para que se tornen más o menos sociales. La reformulación del concepto de Estado generada por el principio social y democrático lo conmina a la promoción en el ámbito real de los valores base, lo que consagra niveles mínimos de realización material de la libertad e igualdad, bajo riesgo de desembocar en formas superadas de organización política desprovistas de su finalidad básica y asentadas en valores y simbologías tradicionales y autoritarias.¹²¹ Es innegable que un Estado establecido en la sola garantía formal de los valores base del sistema, evasiva o reacia a la interacción con los poderes sociales, carece de toda virtualidad como canal de desarrollo de la dignidad de la persona.

¹²⁰ RUBIO CORREA, Marcial. *Estudios de la Constitución política de 1993*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 39.

¹²¹ El verdadero significado de los derechos fundamentales en el Estado social debe medirse no tanto por su garantía jurídica sino por su realización social efectiva, y ello porque cuando los derechos benefician solo a una minoría sirven únicamente para consolidar la posición de privilegio de esta, y se transforman en derechos de no libertad. Véase PAREJO ALFONSO, Luciano. *Estado social y administración pública...*, p. 51.

Como vemos, la lectura de la noción de Estado social y democrático que desarrollamos se sitúa al margen de los niveles de intervención por los que opten los gobiernos de acuerdo con la tendencia ideológica de la que sean expresión. Incluso en las experiencias en las que desde los parangones de abstencionismo neoliberal se impongan niveles de intervención mínimos, se erige como barrera inexcusable el respeto por los derechos fundamentales —integrados en ellos los derechos sociales y económicos— y una necesaria actividad de los poderes públicos en torno de su promoción y difusión.¹²² Evidentemente, esta nueva forma de ser del Estado puede no hallarse consolidada o incluso ser deficiente, sin que ello impida su calificación como *social*. Por el contrario, en estos casos, la formulación de una estructura jurídica de tipo social impone a los gobiernos, colectivos sociales y ciudadanos en su conjunto una demanda de participación que el Estado se encuentra obligado a satisfacer.

Podemos afirmar que las garantías consagradas por el Estado liberal no han dejado de ser garantías; únicamente se las ha dotado de una entidad material —por oposición a la meramente formal— representada por los derechos sociales y económicos,¹²³ en el entendido que lo relevante para la consecución de la dignidad de la persona es su rescate y realce siempre en el plano material. Por tanto, desde la perspectiva jurídica de los derechos fundamentales, el Estado social y democrático constituye un replanteamiento de la noción misma de Estado, en el que necesariamente —y al margen de los niveles de intervencionismo implementados en cada ordenamiento— este se encuentra obligado a fomentar los derechos fundamentales y a remover los obstáculos para su ejercicio efectivo.

La primacía de la vertiente material de los valores de libertad e igualdad centra la atención de la ciencia jurídica en las denominadas relaciones de poder, con lo que se corrige, a través de la actividad legislativa y de los poderes públicos, la desigualdad estructural que subyace a determinadas relaciones jurídicas y se garantiza a determinados sujetos márgenes efectivos de libertad. La relación jurídica surgida

¹²² Dada su elevada incidencia en la propia noción de Estado, el Estado social constituye el principio sobre el cual se estructura la totalidad del ordenamiento jurídico. Como elemento de cierre del sistema, no solo informa el ordenamiento reconduciendo toda aplicación e interpretación de la normativa constitucional, sino también «impone y compromete deberes positivos para los poderes públicos». Véase Sánchez Morón, en PAREJO ALFONSO, Luciano. *Estado social y administración pública...*, pp. 60-61.

¹²³ «Los valores básicos del Estado democrático liberal eran la libertad, la propiedad individual, la igualdad, la seguridad jurídica y la participación de los ciudadanos en la formación de la voluntad general a través del sufragio. El Estado social democrático y libre no solo no niega estos valores, sino que pretende hacerlos más efectivos dándoles una base y un contenido material [...]. Así, no hay posibilidad de actualizar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañadas de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real». GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1980, p. 26.

del contrato de trabajo, debido a las peculiares características de sus actores, constituye un terreno fértil para el desarrollo de esta nueva forma de ser del Estado.

Esta situación de desequilibrio originada por la relación de poder y subordinación ha sido percibida con mayor facilidad cuando ha opuesto al empresario privado con el obrero industrial. La presencia y predominancia de un *interés privado empresarial*, con valiosas herramientas en el derecho liberal, ha hecho evidente el estado de sujeción de quien, mediante la prestación de su propio consentimiento y en uso de su razón autónoma, se somete *paradójicamente* al más abierto vínculo de sumisión.¹²⁴ De allí, sin duda, la comodidad relativa con la que la articulación de la disciplina laboral en su conjunto ha recaído centralmente sobre el conflicto protagonizado por trabajadores y empresarios, insertos en la dinámica de relaciones jurídicas a las que parecería resultar ajena la consideración de todo interés público.

El derecho del trabajo y los derechos sociales laborales se han constituido, justamente, para remediar a ese desequilibrio estructural y, por tanto, han conectado intensamente con la propia esencia del Estado. En el ámbito de la relación laboral privada se ha constituido en el espacio de relaciones jurídicas que más ha demandado la dignificación de un sujeto jurídico subordinado. Sin embargo, es evidente que esta lógica no resulta exclusiva a las relaciones de subordinación entre particulares.

La doctrina laboral ha dejado sentado que si bien puede reconocerse que en sus primeras expresiones las normas constitucionales del trabajo y la propia disciplina laboral respondieron a un objetivo de preservación de las estructuras capitalistas, en la actualidad ambas apuntan clara y decididamente hacia la dignificación del sujeto jurídico trabajador, inmerso en una relación de prestación de servicios subordinada. Al ritmo de su tendencia expansiva, el objeto de la normativa y de la disciplina se ha desligado del contexto histórico y del modelo sociológico del trabajador para situarse en el simple dato material del trabajo humano subordinado, y ofrecer a esta realidad material una cobertura jurídico normativa de doble vertiente: estatal protectora y autónoma colectiva. Resulta impensable, no obstante, que la lógica reseñada no se haya extendido también sobre la relación de empleo público, pues es en ella en la se verifica el dato fáctico que sirve de factor de atribución de la disciplina.

Sin embargo, contrariamente a lo señalado, la lógica estatutaria pervive al flujo del Estado social y democrático. La explicación a este fenómeno se encuentra, sin duda, en la tenaz resistencia que la organización administrativa ha opuesto a la lógica del principio social y democrático, al recrear sus contenidos con la finalidad de no desprenderse de las prerrogativas que le brinda un régimen de derecho administrativo. Es necesario, por tanto, formular una reinterpretación de los conceptos en

¹²⁴ BAYLOS GRAU, Antonio. *Derecho del trabajo: modelo para armar*. Madrid: Trotta, 1991, p. 20.

juego y un análisis coherente del sistema sobre la base del principio de Estado social y democrático.

Como ya se ha señalado, la presencia de un interés público particulariza a la administración pública distinguiéndola o, más propiamente, sobreponiéndola a toda persona natural o jurídica que intervenga como contraparte en las relaciones jurídicas en las que se debaten intereses públicos, entre ellas, la contraparte laboral en la relación jurídica de empleo público. Esta aseveración, ya discutida por la doctrina laboral, constituye hasta nuestros días el sustento de la vigencia de la tesis estatutaria. Por ello, un primer paso en la reformulación de sus contenidos a partir del principio social y democrático debe ser la revisión de la consistencia del concepto de interés público como factor de determinación de un régimen diferenciado regido por la disciplina de derecho administrativo.

Como bien señala Parejo, la relevancia social de la organización administrativa en la propia concepción del Estado moderno es indiscutible. La división de poderes que sustenta la teoría del Estado reposa en el necesario desarrollo de una función ejecutiva por determinada estructura estatal. La organización administrativa resulta indispensable desde que la eficacia de la Constitución y la ley —tanto la que da cobertura a la faceta orgánica del Estado como la que establece el marco en el que se desenvuelven las relaciones de mercado— dependen de su existencia.¹²⁵ Es un hecho innegable que la relevancia que se reconoce a la organización administrativa proviene de la naturaleza y calidad de los fines que persigue, pues constituye por esencia y origen una institución afecta al interés público materializado en la ley.¹²⁶

Es importante reparar, sin embargo, en que más que un fin único e invariable el interés público constituye un concreto *interés sectorial* residente en la norma jurídica vigente, y que se eleva a la categoría de público por su predominancia en un momento histórico determinado como efecto del libre juego democrático.¹²⁷ El carácter sectorial del interés público hace necesario sobreponer a sus imposiciones el ejercicio abierto y efectivo de los derechos fundamentales como canales de preservación de ámbitos excluidos a la disposición de cualquier interés, aun cuando sea predominante. Y es que, finalmente, el legítimo desarrollo del interés sectorial predominante, con el límite de los derechos fundamentales, traduce la

¹²⁵ PAREJO ALFONSO, Luciano. *Administración y...*, p. 71.

¹²⁶ «El sistema constitucional y jurídico configurado por la Constitución determina los intereses generales ya que estos son definidos por las propias instituciones y se expresan en normas jurídicas. La Constitución reconoce la existencia de una organización burocrática singular, es decir, como una forma social e histórica específica de realización de la función administrativa; pero, fundamentalmente, se preocupa por someter ese conglomerado organizativo a los fines establecidos directa o indirectamente por sectores representativos de los intereses de la comunidad y por concretar toda una serie de controles que aseguren esa vinculación». SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. «Notas sobre la función...», pp. 644-645.

¹²⁷ ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. *Los derechos sindicales de...*, pp. 19-21.

propia primacía de la Constitución sobre la ley y el resto del ordenamiento jurídico, postulado básico del Estado moderno.

Es evidente que el sentido que atribuimos al concepto de interés público no niega su funcionalidad. Por el contrario, si bien la custodia y promoción de un interés sectorial predominante por la administración pública es fruto del sistema democrático, también lo es el reconocimiento y actuación de los intereses sectoriales diversos o contrapuestos, pues solo la convivencia de ambos tipos de intereses garantiza el equilibrio democrático del sistema y la síntesis comprensiva que debe materializar la legislación. Por tanto, la importancia del concepto no proviene únicamente de su predominancia sino de tal primacía en un contexto de convivencia y respeto por los intereses sectoriales opuestos o minoritarios. En todo caso, lo importante es establecer que, aun reconociendo su naturaleza sectorial y con los límites constitucionales señalados, el interés público particulariza válidamente a la administración pública en las relaciones jurídicas en las que interviene, lo que establece ámbitos sujetos al derecho administrativo, pero siempre que el objeto directo de la relación jurídica lo constituya la actuación de dicho interés. Recordemos que, como bien señala Ortega, la presunta identidad entre interés público y organización o actuación administrativa resulta inexistente desde que es posible que determinados intereses mantengan su carácter público, no obstante ser operados por organizaciones privadas, o que determinada actuación administrativa no encarne el interés sectorial predominante.¹²⁸

Por esta razón, al margen de la importancia que estos aspectos pertenecientes a la faceta institucional de la administración pública revisten, es su faceta organizacional la que nos conduce a determinar la verdadera naturaleza de los intereses de los que es portadora en la relación jurídica de empleo.

La administración pública en su realidad material constituye un tipo de *organización*, es decir, una conjunción sistematizada de variables materiales y personales afectas a un fin específico. Es cierto que la organización administrativa se encuentra particularizada y dotada de relevancia debido a la naturaleza pública de sus fines, pero, aun afecta a dicha finalidad, comparte la necesidad de articulación y desarrollo de cualquier otra organización social. Por tanto, si bien es preciso reconocer la relevancia que la organización administrativa guarda en la conformación, desarrollo y vigencia del Estado moderno, y aun considerando que su finalidad es la consecución de un interés que, aunque sectorial, resulta predominante, no por ello puede afirmarse que el interés que persigue en todas las relaciones jurídicas que entabla sea siempre público. Esta sola afirmación contradice la perspectiva de la doctrina de derecho público que fundamenta la tesis estatutaria tradicional, articulada sobre una supuesta identidad y correspondencia entre actuación estatal y fines públicos.

¹²⁸ ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. «Reflexiones en torno a...», pp. 426-428.

Corresponde determinar, de modo concreto, en qué tipo de relaciones jurídicas la administración pública irradia el interés público y en qué segmentos persigue un interés distinto. Ello requiere adentrarnos en su faceta organizacional.

En primer lugar, y a diferencia de las organizaciones de tipo asociativo común o empresarial, la administración pública no otorga a sus titulares entera libertad para la elección de sus fines y actividades. La faceta institucional de la organización administrativa predetermina los fines y las actividades de la organización, que no son otros que los atribuidos por la Constitución y la ley. Lo señalado afecta también algunos aspectos relativos a la libertad de organización del personal en los que se compromete únicamente un espacio decisorio que es exclusivo a todo titular de una organización. De la manera como un empresario determina las actividades de su organización y modela sus características en función de los fines que establece de manera previa, la organización administrativa determina también sus actividades y modela algunos de sus aspectos organizativos en función de las imposiciones del interés público expresado en la ley. De este modo, por ejemplo, las acciones que un empresario lleva a cabo libremente para implementar los mecanismos de acceso al empleo que considere más convenientes para la consecución de sus fines, en el caso de la administración pública se sujetan a las imposiciones del interés público configurándose —a instancia de la necesidad de contar con una organización administrativa especializada e imparcial— un sistema de acceso regido por el mérito y la capacidad. Sucederá lo mismo con la disolución del vínculo laboral, aspecto en el que resultará necesario articular un sistema de término de la relación laboral que imposibilite el despido libre y que limite los espacios decisorios del empleador en orden de la necesidad de implantar los valores impuestos por la Constitución y la ley.

Como vemos, el interés público condiciona algunos aspectos relativos a la faceta organizacional de la administración pública. La necesidad de democratizar las estructuras administrativas y de brindar profesionalización y especialización estatal determinan que el acceso al empleo se sujete a un sistema que garantice el mérito y la capacidad del postulante, y que la extinción de la relación laboral se someta a un sistema de causalidad objetiva. En todo caso, las imposiciones determinadas por la organización administrativa, lejos de acentuar la dispar posición de las partes, configuraría un plus de protección al dependiente estatal.

En segundo lugar, el influjo de la organización también se extiende sobre el ejercicio de algunos derechos modalizando su práctica. Sin perjuicio de detallar este punto en un capítulo posterior, pero ya con referencia expresa a la negociación colectiva, resulta conveniente efectuar aquí algunas precisiones.

Las discusiones sobre la imposición de modalidades al ejercicio de ciertos derechos suponen desde ya su titularidad. La modalización, ciertamente, no es más que el ejercicio particularizado de algún derecho del que se es titular. Modalizar el ejercicio de un derecho no equivale a limitarlo —esto último supone una reducción

de su alcance personal o material—, importa únicamente la atribución de una forma específica de ejercicio.¹²⁹ La modalización del ejercicio de un derecho puede dar lugar a una constricción en cuanto priva a su titular de la potestad de ejercitarlo en la forma que elija; sin embargo, esta posible constricción no afecta la esencia del derecho desde que el ejercicio de todos los derechos no es enteramente libre, pues la forma específica de hacerlos efectivos se modula en armonía con otros valores también imprescindibles de nuestro ordenamiento jurídico.¹³⁰ El establecimiento de una modalidad particular en el ejercicio de determinados derechos laborales debe fundamentarse en circunstancias objetivas, pues la primacía de los derechos laborales en el Estado social y democrático no admitiría exclusiones o limitaciones que desemboquen en un trato diferenciado frente a circunstancias materialmente idénticas.

Podemos concluir que la circunstancia objetiva constituida por la relevancia que la organización administrativa guarda en el Estado moderno alcanza únicamente a imponer un ejercicio particular a algunos derechos, sin que ello configure ninguna reducción de su ámbito personal o material. Como lo advirtió la doctrina laboral, esta particularización —que en nada afecta la esencia laboral de la relación jurídica— alcanza solo a configurar un régimen especial inserto en el derecho laboral, justificado en términos amplios por el *sector de actividad* y cuya amplitud normativa —de acuerdo con las imposiciones del principio de igualdad— habrá de recaer únicamente en los aspectos de la relación de empleo influidos por la faceta institucional de la organización administrativa.

En lo que se refiere a la determinación de la verdadera naturaleza del interés perseguido por la organización administrativa en la relación de empleo, en su vertiente organizacional interna, el interés del que es portadora la organización administrativa de ningún modo puede catalogarse de público.

Efectivamente, en ejercicio de su vertiente organizacional interna, la administración pública interviene en el tráfico jurídico tomando parte en diversas relaciones de intercambio destinadas a proveerle de los medios necesarios para la consecución de su finalidad. En estas relaciones jurídicas, la administración pública es portadora de un interés propio, pero esta vez instrumental, idéntico al de cualquier organización que se provee de los medios materiales o personales para hacer continua su actividad.

¹²⁹ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. «El derecho de sindicación de los funcionarios públicos». *Revista de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 7, Madrid, 1985, p. 183.

¹³⁰ Villavicencio refiere que el principio de unidad del ordenamiento jurídico impide la creación de bolsas de autonomía, por lo que en el ejercicio de un derecho, aun cuando sea de libertad, se reserva un ámbito sometido discrecionalmente a voluntad del Estado con el fin que lo armonice con otros bienes jurídicos de igual relevancia. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. «La estructura de la negociación colectiva: bases conceptuales y análisis del caso peruano». *Asesoría Laboral*, n.º 64, Lima, 1996, p. 16.

Como señala Corpaci, el interés del que es portadora la organización administrativa en las relaciones de empleo no es otro que el de proveerse de servicios personales y subordinados.¹³¹ Este interés, idéntico en sustancia al interés particular de cualquier otra organización, de ninguna manera puede ser calificado como público y, menos sobrepuesto sin reparos a otros intereses particulares, como son los de los propios empleados. La vinculación indirecta —instrumental— que dicho interés pueda guardar con los fines públicos perseguidos por la organización no influye en la determinación de su naturaleza y no justifica, bajo ninguna perspectiva, un régimen de sujeción de derecho público como el propuesto por la tesis estatutaria.

Con menor razón puede afirmarse que la atribución de un supuesto carácter público al interés de la organización administrativa en la relación de empleo justifique la evasión de los mecanismos que el ordenamiento jurídico ha diseñado —a modo de respuesta de protección y equilibrio— para salvaguardar la dignidad del sujeto inserto en una relación jurídica de prestación de servicios subordinados. Este aspecto central había sido advertido por la doctrina laboral que, al hacer extensiva su metodología de atención primordial a las características materiales de las relaciones jurídicas, determinó la irrelevancia de los fines del organismo en la calificación de las relaciones jurídicas de empleo, más aún si el derecho del trabajo se constituye en la disciplina autónoma que regula el fenómeno del trabajo humano al margen del estatus jurídico de las partes.

El ordenamiento laboral, su lógica de racionalización de las prerrogativas del empleador y, más concretamente, los derechos constitucionales laborales y las normas de orden público laboral conforman el verdadero espacio de respeto ineludible a quien se provee servicios personales en régimen de subordinación, incluida la organización administrativa. En este punto, la doctrina laboral enfatizó también el carácter público de la ley laboral para exigir a la administración pública que, en tanto empleadora, lo respete. Con ello se resalta la necesidad de que la organización administrativa intervenga en el tráfico jurídico en las condiciones previstas por la ley para la generalidad de los ciudadanos, lo que la conmina en virtud del principio de igualdad a la observancia de las normas laborales vigentes y la sujeción a la lógica socializadora y democratizadora que estas implantan.

Conviene referir a un último argumento que sustenta lo anotado. La identidad establecida entre la función pública y el interés público de la que parte la tesis estatutaria para fundamentar la especificidad del estatuto y el régimen de prerrogativas de la organización administrativa —además de ser una consecuencia natural

¹³¹ La administración como empleadora no procura ningún interés público sino que procura su propio interés de tener un servicio personal en orden al cual tiene, más concretamente, un interés instrumental. CORPACI, Alfredo. *Reformas en la laboralización de la relación de empleo público en Italia: aspectos constitucionales y referencia a la normativa más reciente*. Documentación administrativa 243. Madrid: INAP, 1995, p. 257.

del estado de la ciencia jurídica— se ha visto convalidada y reforzada por un hecho innegable: la comodidad que la supremacía reconocida a la organización administrativa brinda a su posición empleadora.

Como apunta Sala Franco, la alegada necesidad de asegurar el interés público y la marcha continua y eficaz de la organización administrativa a través de la imposición de un régimen de sujeción del empleado ha puesto en evidencia que el Estado empleador asume un comportamiento idéntico al de cualquier empresario capitalista al considerar al dependiente como un factor de producción. Solo de este modo queda explicada, según Sala Franco, «la gran contradicción dentro del Estado liberal respecto de su administración cuando predica, por una parte, una mayor y más progresiva libertad y democratización de las estructuras empresariales, mientras en su propia casa continúa afirmando la autoridad de modo más decidido».¹³² Los esfuerzos de la tesis estatutaria por mantener y reforzar la vigencia del principio de autoridad en la relación de empleo público revelan la identidad que existe entre el comportamiento sociológico de la organización administrativa y el del resto de empleadores privados, en resguardo de sus intereses económicos y de su negativa a satisfacer los intereses de sus dependientes. Sin duda, esta identidad ha permitido descubrir la auténtica naturaleza del interés de la organización administrativa empleadora. Dicho acercamiento se ha llevado a cabo sobre la base de la dialéctica inmanente a la relación jurídica de empleo: al autoconcebirse el trabajador público como integrante de una categoría genérica —la laboral— y como titular de un interés en conflicto, se ha hecho posible identificar el auténtico interés de sujeción y explotación de mano de obra de la contraparte. De este modo, la determinación de la real naturaleza del interés del que es portadora la organización administrativa derrumba el edificio unilateral y trae aparejada como inevitable consecuencia la aplicación de las garantías impuestas de modo general a todo sujeto inserto en una relación de empleo.

El descarte de la naturaleza pública del interés de la organización administrativa en la relación de empleo y su absoluta identidad con el del empresario privado, conlleva la aplicación del ordenamiento laboral como disciplina especializada de las relaciones de producción. Los principios, las técnicas de regulación, la lógica que subyace al régimen de prerrogativas y constricciones para las partes en el derecho del trabajo se aplican en la relación de empleo público, pues constituyen la solución instrumentada por el ordenamiento jurídico a la necesidad de explotación de mano de obra en régimen de subordinación.

Todo lo señalado determina que, como factor unilateral de constitución del vínculo laboral, el nombramiento se vea superado por la afirmación de la técnica contractual como muestra de la necesaria concurrencia de voluntades para conformar

¹³² SALA FRANCO, Tomás. *La libertad sindical y...*, p. 49.

la relación de empleo. Lógicamente, toda construcción teórica que rehúse a fundar la prestación de servicios subordinados en un acto de voluntad de quien se somete, no solo rechaza las razones del derecho del trabajo, sino que evade los principios base del Derecho. De este modo, quedaría superada definitivamente la contradicción que importa, por un lado, la afirmación del derecho a la libertad de contratar y, por otro, la sujeción del trabajador público a un régimen determinado unilateralmente por la organización administrativa, con lo que el marco jurídico se ajusta a la realidad de la relación de empleo.¹³³

Cabe anotar, no obstante, que desde la perspectiva del principio social y democrático, la importación de la técnica contractual, a la vez que «provista de la ductibilidad necesaria para garantizar una ágil y eficaz utilización de la fuerza de trabajo»,¹³⁴ implica también —en una visión de conjunto de las fuentes reguladoras de la relación laboral— el reconocimiento de la insuficiencia de esta técnica contractual y de su lógica de coordinación como instrumento regulador de la relación de empleo público, caracterizada por un desequilibrio estructural. Debido a que el anotado desequilibrio no se justificaría en la presencia de un interés público sino en el reconocimiento de las diferencias jurídicas y económicas que median entre el sujeto jurídico empleador y el trabajador, se configuraría en idénticos términos la desventajosa posición contractual de este último y el contexto de conflicto en el que se desenvuelve la relación entre las partes, lo que hace necesaria la implementación del doble canal de regulación protectora conformado por la norma estatal y la autonomía colectiva.

En cuanto a las fuentes de regulación, resulta evidente que si es el interés público lo que justifica un régimen de empleo definido exclusivamente por la norma heterónoma, la correcta valoración del interés de la organización administrativa en la relación de empleo sujetaría dicha relación al sistema de fuentes propio del derecho laboral. Es necesaria, por tanto, una reformulación del propio principio de legalidad en el contexto de la relación de empleo público.

Como indicamos anteriormente, el principio de legalidad, entendido como la previa habilitación legal requerida para toda actuación de la administración pública, encontró su aplicación en el ámbito de la relación de empleo público, lo que facilitó la conformación de un estatuto particular en el que el Estado desplegaba un monopolio normativo indiscutido. El problema no reside en la regulación por norma legal o reglamentaria de la relación de empleo, sino en la exclusividad de dichos instrumentos para la configuración del marco normativo aplicable.

Es cierto que el principio de legalidad garantiza márgenes de actuación igualitarios y objetivos, lo que da como resultado su observancia ineludible; sin embargo, también es preciso recordar que conforman el bloque de legalidad las

¹³³ MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente. «La regulación homogénea de...», pp. 217 y ss.

¹³⁴ Rusciano citado por CORPACI, Alfredo. *Reformas en la laboralización de la relación...*, p. 269.

normas laborales, principalmente, los derechos laborales de fuente constitucional, entre ellos los que consagran la autonomía colectiva. Las normas constitucionales laborales, establecidas sin condicionamientos derivados de la calidad pública o privada del empleador, se imponen incluso sobre las normas constitucionales relativas a la administración pública, y niegan el exclusivo dominio del principio de legalidad al considerar esencial un espacio para la autorregulación de negociación de las partes.

La vigencia y eficacia del principio de legalidad no lleva implícito el exclusivo recurso a la norma heterónoma; por el contrario, la exaltación de los derechos laborales y el énfasis en los modelos participativos y democratizadores impuesto por el principio social y democrático debe conducirnos a establecer, como imprescindible, un espacio al juego de negociación de los sujetos colectivos, y a la necesaria concurrencia de la norma heterónoma y autónoma en la regulación de la relación de empleo público.

Tampoco puede aceptarse, desde la perspectiva del principio social y democrático, que la organización administrativa, titular del interés de explotación de servicios personales, se atribuya un privilegio fundado en una confusión de roles. Los fines perseguidos por la organización administrativa empleadora en la relación de empleo no pueden definir la aplicación o exclusión de la normativa laboral; más aún si históricamente los niveles de protección implementados por el derecho del trabajo, a través de la legislación y la normativa emanada de la acción colectiva, no se han fundamentado en la finalidad perseguida por la prestación del trabajo subordinado. La acumulación de capital mediante la explotación del trabajo ajeno, más allá de sus implicancias de orden sociológico, no constituyó un elemento determinante en el nacimiento del derecho del trabajo; pero lo que sí actuó como detonante fue el verificar una relación de poder en la que quien se beneficia con los frutos del trabajo limita la esfera de libertad de quien lo presta; vale decir, un desequilibrio estructural y un conflicto de partes, frente al cual se erige un sistema de encauzamiento y de limitación de poderes en cuya configuración resultan irrelevantes los fines perseguidos con la actividad empresarial.

Aun cuando el unilateralismo se origina en una confusión de valores y conceptos, explicable desde el contexto liberal, pero contradictoria y cuestionable por el principio social y democrático, su perpetuación y vigencia se relaciona con una intencionada actitud de la organización administrativa que tiene cobertura en las categorías jurídicas del derecho público. Debido a que la exclusividad en la determinación de las condiciones de empleo resulta altamente favorable para el interés de la organización administrativa, y que la posible concurrencia de la contraparte exigida por el principio social y democrático no le resulta beneficiosa, la organización administrativa ha optado por eliminarla o restringirla severamente, y emplea las categorías aportadas por el derecho administrativo y su capacidad normativa a fin de configurar el marco institucional sin la concurrencia de su antagonista.

Capítulo segundo

UNILATERALISMO Y RELACIONES LABORALES
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

2.1. LA REGULACIÓN DE LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

2.1.1. Los rastros del sistema liberal estatutario en el constitucionalismo y la legislación peruana del siglo XIX

Como sucedió en la mayor parte de las experiencias latinoamericanas, a inicios del siglo XIX la realidad peruana presentaba como rasgo característico una economía profundamente desintegrada y desarticulada, producto de la paulatina desaparición del Estado colonial y de la caída de los niveles de explotación minera, actividad que durante gran parte de dicho período se había constituido en el eje articulador del territorio.¹ Hay que agregar —en los primeros años de la República— la constante inestabilidad política que durante gran parte del siglo caracterizó al Estado peruano y en la que nítidamente se distingue como protagonistas, por un lado, a una clase aristocrática asentada en los sectores urbanos del país —que consolidaría progresivamente su posición de privilegio e influencia durante el siglo XIX con el auge de la explotación guanera— y, por otro, a un sector provinciano gamonalista que conformaba una infinidad de microespacios productivos en los que desplegaba un poder casi feudal sobre la propiedad de la tierra y los trabajadores.² La mayor parte de la normativa relativa a las relaciones de empleo público se encuentra marcada por la influencia desplegada por ambos sectores en la vida política, económica y social de nuestro país.

El panorama normativo se encontraba profundamente influido por la Constitución de las Cortes de Cádiz o Constitución liberal de 1812. Esta Carta, de gran

¹ BURGA, Manuel y Alberto FLORES GALINDO. *Apogeo y crisis de la república aristocrática*. Lima: Rikchay Perú, 1987, pp. 84 y ss.

² *Ibid.*, loc. cit.

influencia en los centros políticos que estaban bajo dominación española, presentaba un modelo de Estado basado en la noción de soberanía nacional, que reservaba a las Cortes la potestad de establecer «leyes legítimas, las garantías de libertad y la propiedad y los otros derechos legítimos».³ En este sistema de división de poderes se instituía al rey como cabeza del aparato ejecutivo y de la organización burocrática, sujeto a la normativa del Poder Legislativo. Destacaba en la Constitución de Cádiz la mención expresa a dos aspectos directamente vinculados a las relaciones de empleo público: el acceso libre de todos los ciudadanos a los cargos públicos y el régimen de responsabilidades de los funcionarios.

En efecto, esta Constitución consagraba el derecho de igualdad en el acceso al empleo público,⁴ reservando al rey —como titular de la organización burocrática— la provisión de los empleos civiles y militares, y el nombramiento respectivo, salvo en lo referido a las autoridades sujetas a elección.⁵ El texto de dicha Carta no establecía los criterios que se debían seguir para efectuar la provisión de los empleos civiles, por lo que bien podría entenderse que al encontrarse dicha facultad reservada al rey, este la ejercitaba libremente, con lo que quedaba configurado un sistema de libre elección y remoción característico del modelo de confianza política. Por otro lado, en lo relativo a la responsabilidad funcional, la Constitución de 1812 conformaba un sistema de alcance a la totalidad de los empleados públicos, y cuya vigilancia se hallaba confiada a las Cortes Generales.⁶ Esta forma de regular constituía una reacción al antiguo sistema absolutista de organización y manejo de los asuntos públicos, en el que la tarea de control era ejercida por el rey. Si bien la Constitución de 1812 reservaba al rey la función de provisión y nombramiento, derivaba la acción de control a una instancia representativa, con lo que se entendía satisfecho un nivel de control adecuado en el sistema de responsabilidad funcional.

Sin embargo, lo realmente relevante es que el marco liberal impuesto por la Constitución de las Cortes de Cádiz de 1812 y, en particular, el modelo regulador de la relación de empleo público —basado en la consagración del principio de igualdad en el acceso al empleo público y el establecimiento de un sistema de responsabilidad funcional— desplegaron alguna influencia sobre los modelos constitucionales de América latina, que estaban en proceso hacia una nueva forma de gobierno. Aunque con algunos matices que vale la pena destacar, son los dos temas mencionados los de constante regulación en las primeras Cartas latinoamericanas.

³ Artículo 3 de la Constitución de Cádiz de 1812.

⁴ El artículo 23 establecía que «solo los que sean ciudadanos podrán obtener empleos municipales, y elegir para ellos en los casos señalados por la ley».

⁵ Artículo 171 de la Constitución de Cádiz de 1812.

⁶ El artículo 131 de la Constitución de 1812 consagraba entre las facultades de las Cortes Generales, el «hacer efectiva la responsabilidad de los secretarios del Despacho y demás empleados públicos».

No obstante inscribirse en lo fundamental en la línea liberal establecida por la Constitución de Cádiz, la normativa constitucional e infraconstitucional en nuestro ordenamiento trajo consigo —al menos en el plano formal— algunos matices en la regulación del empleo público, en especial en lo relativo al principio de igualdad en el acceso.⁷

Desde inicios de la etapa republicana ha sido frecuente en las normas nacionales la tendencia de hacer objetivos los criterios de provisión de los empleos públicos, lo que perfila —aunque no nítidamente— algunos de los rasgos característicos de un sistema estatutario; esto es, no solo el mérito en el acceso al empleo sino también la estabilidad de salida.

Ya en los inicios de la etapa republicana, la circular de diciembre de 1824 precisaba algunos aspectos del régimen de acceso al empleo público, estableciendo como requisito para su provisión «el merecimiento del que llega a obtenerlos», y tomando en cuenta en la selección «un censo calificativo de los servicios y aptitudes».⁸ Posteriormente, la Constitución política, promulgada por la Convención Nacional el 10 de junio de 1834, estableció por vez primera al más alto nivel de nuestro ordenamiento jurídico el principio de igualdad en el acceso a los empleos públicos, señalando que «todos los ciudadanos pueden ser admitidos a los empleos públicos, sin otra diferencia que la de sus talentos y virtudes».⁹ Esta formulación fue recogida en idénticos términos por la Constitución aprobada por el Congreso General el día 10 de noviembre de 1839 en Huancayo.¹⁰

En el ámbito legislativo también se emitieron dispositivos de suma importancia, relacionados con el contenido del principio de igualdad en el acceso a los empleos públicos. El decreto del 19 de agosto de 1836, mediante el que se establecía la imposibilidad de remoción o destitución de los empleados públicos, no obstante constituir otro indicador de una evidente orientación hacia un sistema estatutario tradicional, no tuvo mayor incidencia en las relaciones de empleo público debido a su derogación inmediata en un contexto caracterizado por la inestabilidad política.

⁷ Recogemos en este apartado la valiosa información que ofrecen PATRÓN FAURA, Pedro y Pedro PATRÓN BEDOYA. *Nuevo Derecho administrativo en el Perú*. Lima: Librería Studium, 1990, pp. 105 y ss.

⁸ La circular de 1824 remitida a las oficinas públicas del país por el ministro de Negocios del Perú señalaba que «Los empleados han de graduarse por la necesidad de ellos y por los verdaderos merecimientos del que llega a obtenerlos», debiendo tenerse en cuenta en toda provisión de personal «un censo calificativo de los servicios y aptitudes respectivas».

⁹ La Constitución elaborada por la Convención Nacional el día 10 de junio de 1834 señalaba en su artículo 159 que «todos los ciudadanos pueden ser admitidos a los empleos públicos, sin otra diferencia que la de sus talentos y virtudes».

¹⁰ La Constitución elaborada por el Congreso General reunido en Huancayo el día 10 de noviembre de 1839 establecía en su artículo 161 que «todos los ciudadanos pueden ser admitidos a los empleos públicos, sin otra diferencia que la de sus talentos y virtudes».

Sin embargo, el punto culminante de este proceso dirigido hacia la consagración formal de un modelo de empleo rígido en cuanto al acceso y la extinción fue la Constitución Política de 1867, cuya vigencia se extendió hasta el presente siglo. Esta Carta consagraba en el ámbito constitucional, junto con el acceso sujeto a concurso, la estabilidad en el empleo público, y derivaba a la ley el establecimiento de las causales objetivas que habilitaban la extinción del vínculo laboral.¹¹

En materia de responsabilidad funcional se ha observado una tendencia uniforme, cuya única variación viene conformada por la diversa intensidad con la que se produce la regulación del tema.

El Reglamento Provisional de 1821 establecía la sujeción de los funcionarios a un juicio de residencia para los casos de gravedad y trascendencia.¹² Este sistema de responsabilidad se radicalizó años más tarde, cuando mediante decreto expedido por el Libertador Simón Bolívar en 1824 se condenó a la pena de muerte a todo funcionario que hubiera malversado o tomado para sí fondos públicos.¹³ La Constitución de 1856, ya en un tono más moderado, estableció que «los funcionarios públicos son responsables, en todo tiempo, con arreglo a las leyes», y que estarían sometidos a juicio de residencia al término de su prestación de labores.¹⁴

El panorama normativo descrito nos permite apreciar un relativo énfasis en la regulación de dos temas centrales: por un lado, el del principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos, en el que se observa un acercamiento al modelo estatuario de rigidez externa evidenciado por la temprana orientación de un sistema de acceso basado en patrones objetivos y la posterior consagración del principio de estabilidad en el empleo; y, por otro lado, el establecimiento de un rígido sistema de responsabilidad funcional, cuyos mecanismos de control y magnitud en la sanción resultan el único elemento variable.

¹¹ La Constitución sancionada por el Congreso Constituyente de 1867 establecía en su artículo 5 que «en la República no se reconocen privilegios hereditarios ni fueros personales ni empleos en propiedad. Están prohibidas las vinculaciones y toda propiedad es enajenable en la forma determinada por la ley. No se puede remover a los empleados judiciales, civiles, y de hacienda, sino por causa legal, comprobada judicialmente».

¹² El Reglamento Provisional de 1821 dictado por el Libertador Simón Bolívar establecía en su numeral 19 que «todos los funcionarios públicos serán responsables a un juicio de residencia, que se seguirá por una comisión especial nombrada al efecto por la Capitanía general en los casos de gravedad y trascendencia».

¹³ El decreto del 12 de enero de 1824 señalaba en su artículo 1 que «todo funcionario público, a quien se le convenciere en juicio sumario de haber malversado o tomado para sí de los fondos públicos de diez pesos para arriba queda sujeto a la pena capital».

¹⁴ La Constitución promulgada el 19 de octubre señalaba en su artículo 11 que «todo empleado público, al cesar en su cargo, será sometido a juicio de residencia, y mientras no sea absuelto, no podrá ejercer el mismo empleo ni otro alguno. Los fiscales son responsables por acción popular, si no solicitan el cumplimiento de esta disposición». Por su parte, el artículo 12 señalaba que «los funcionarios públicos son responsables, en todo tiempo, con arreglo a las leyes».

Sin embargo, las fórmulas normativas descritas no trascendían al plano formal. En el plano material, si bien —entrada la segunda mitad del siglo XIX— la explotación guanera dotó de unidad relativa al espacio peruano costeño,¹⁵ ello no incidió mayormente en las estructuras sociales hasta el punto de derivar en la conformación de una burguesía nacional con asiento en las nacientes actividades productivas o en la organización burocrática. Por el contrario, como señalan Burga y Flores Galindo, la oligarquía beneficiada con las especulaciones financieras de la consolidación y conversión de la deuda interna conformó una clase rentista, que estaba desligada de cualquier proyecto nacional y que se caracterizaba por un mínimo desarrollo de la organización administrativa.¹⁶ Como señalaran los citados autores, incluso en 1905, en Lima, sede de la administración central, apenas figuraban quinientos empleados.¹⁷

Al no llegar a consolidarse el sustento fáctico de orden socioeconómico a las proclamas liberales, las incipientes fórmulas concretas de organización del empleo público tampoco llegaron a conformar un sistema al que pueda catalogarse de estatutario. Los dispositivos mediante los que se consagró un sistema de acceso en condiciones de igualdad —basados en la exclusiva aptitud del postulante, la responsabilidad funcional derivada del desarrollo de una actividad laboral especialmente cualificada por su vinculación con los intereses públicos o, incluso, la estabilidad del empleado— no respondían a una visión de conjunto de la materia que había que regular ni a la necesaria satisfacción de demandas reales y concretas de determinados grupos económicos y, menos aún, a la necesidad de garantizar un desempeño objetivo e imparcial del funcionario y la aplicación previsible de la norma jurídica. Por el contrario, se trataba de dispositivos aislados y de insuficiente entidad, que estaban destinados en muchos casos a paliar coyunturas específicas o a satisfacer demandas individualizadas que, por su vinculación con algunas normas de la época colonial aún vigentes, carecían del más absoluto respaldo.

Con una burocracia reducida y apegada a la oligarquía dominante, y la ausencia de una burguesía nacional en un contexto de constantes revueltas políticas, la cobertura de los empleos, la atribución de responsabilidades y la duración del vínculo laboral se encontraban sujetas a la arbitraria voluntad de la pequeña aristocracia gobernante y a los vaivenes producidos por las continuas revueltas militares. Se trataba, en los hechos, de una versión patológica del sistema de confianza política, que se asentaba formalmente sobre un modelo normativo liberal de incipientes rasgos estatutarios, proporcional a las carencias en el ámbito organizativo y de desarrollo de la organización administrativa.

¹⁵ Véase la referencia a Carlos CHIPOCO CÁCEDA, «La constitucionalización del Derecho del trabajo en el Perú». En Javier Neves Mujica. *Derecho laboral: selección de textos*. Lima: PUCP, 2000, pp. 21-22.

¹⁶ BURGA, MANUEL y Alberto FLORES GALINDO. *Apogeo y crisis de la república...*, p. 89.

¹⁷ *Ibid.*, loc. cit.

Pero el panorama descrito no constituía un obstáculo para el unilateralismo. El sistema estatutario en sus experiencias matrices, no obstante responder a una demanda de los agentes sociales, había servido como canal de una práctica autoritaria heredera de las estructuras feudales y absolutistas, justificada en los intereses generales perseguidos por la organización. Aunque contradictorio desde una perspectiva estricta de los principios de igualdad y libertad, el unilateralismo no dejaba de resultar funcional a las necesidades del Estado, pues implicaba un nivel mínimo de garantía representado por la sujeción de la administración pública empleadora a la regulación igualitaria contenida en el estatuto. En nuestro caso, ausente la estructura socioeconómica que impulsara un sistema estatutario de mérito, el autoritarismo se vio librado de la observancia de instrumentos objetivos y generales para el establecimiento de las condiciones de empleo, que en gran medida resultaban una simple consecuencia del recurso a la legalidad. El burócrata, aún vinculado a la aristocracia dominante, veía sujeto el acceso y la permanencia en el empleo a la exclusiva voluntad de la facción gobernante, con lo que resultaba beneficiado o perjudicado por las medidas que adoptaban los diversos sectores de la oligarquía en el poder. En síntesis, era el más abierto unilateralismo que no requería siquiera de la articulación de un dogma jurídico o un sistema normativo que lo canalice.

2.1.2. Los fenómenos socioeconómicos que inciden en la conformación de un particular sistema estatutario en nuestro ordenamiento jurídico

La historia del presente siglo se encuentra intensamente vinculada a los procesos socioeconómicos que determinaron cambios relevantes en las estructuras políticas y jurídicas de nuestro país, con correlato en los primeros textos constitucionales del siglo XX.

Los cambios apreciados, una vez superado el estado catastrófico en el que se encontraba sumido el país con posterioridad a la guerra con Chile, incidieron en la aparición simultánea de diversos *procesos sociales* que sentaron las condiciones adecuadas para la posterior articulación de una noción de Estado influida por el principio social y democrático. Para nuestros objetivos resulta conveniente destacar, en primer lugar, el incremento de la inversión extranjera directa y la conformación de un nuevo canal de dependencia externa. La economía de exportación de mercancías fue reemplazada por la economía de sustitución de capitales, lo que implicó niveles aceptables de inversión directa en actividades que ofrecían gran margen de ganancia. Correspondía a este primer fenómeno un segundo proceso caracterizado por un nivel gradual de industrialización, apreciado fundamentalmente en los sectores agroexportadores de las grandes haciendas costeras y en los sectores urbanos antes dedicados a actividades artesanales. Este fenómeno determinó a su vez el surgimiento de un tercer proceso: la aparición de un proletariado con crecientes

niveles de cohesión, dada la aguda crisis producida al finalizar la Primera Guerra Mundial y cuyos efectos se extendieron a la totalidad de la población dependiente.¹⁸

Los procesos descritos situaron al Estado oligárquico frente a una constante de movimientos sociales de corte reivindicativo, cuya fuerza social protagónica fue el sector obrero que estaba concentrado en los centros agroexportadores de la costa peruana y los sectores urbanos de la capital. Frente a la creciente demanda social de democratización, surgen —a modo de intento de legitimación de la decadente «República aristocrática»— las primeras respuestas estatales sectoriales en forma de dispositivos legales de protección.

Si bien, en un primer momento, el movimiento obrero se presentó fragmentado, entrada la segunda década del siglo XX alcanzó —especialmente en los sectores urbanos— un grado de cohesión suficiente como para propiciar que se promulguen las primeras normas laborales de protección. Señala Chipoco que la fuerza lograda por el sector proletario despertó en la escena política no solo la necesidad de adoptar *concesiones* como forma de prevenir sino también la intención de las diversas facciones políticas de atraer a los sectores populares obreros. Este fenómeno constituiría uno de los principales factores que explican la temprana consagración de algunos dispositivos laborales en la Constitución de 1920.¹⁹

En la génesis de los primeros dispositivos laborales no se encontraría el ánimo estatal espontáneo de respuesta integral a la problemática de la explotación obrera, sino únicamente la necesidad de neutralizar a un sector proletario en desborde como parte de una «estrategia de captación» que tuvo algunos resultados durante la primera etapa del oncenio del presidente Leguía. Pero la dación de dichos dispositivos de ninguna manera podría ser interpretada como un decidido giro hacia la conformación de un nuevo modelo de Estado fundado en el principio social. Por el contrario, resultaba expresión de un proceso de adaptación iniciado con vista al nuevo contexto que se perfilaba por la presencia de nuevas fuerzas sociales y políticas, pero con un evidente objetivo de preservación e incluso fortalecimiento de las estructuras de dominación y de las prácticas autoritarias. No obstante, la presencia de normas laborales de protección —a instancia de la actividad desplegada por una nueva fuerza social— resultó sumamente significativa en cuanto determinó la aparición de altas dosis de intervencionismo estatal como factor clave en la estructuración de relaciones jurídicas de empleo, característica que en lo sucesivo identificaría las relaciones laborales en nuestro país y condicionaría la actitud del Estado respecto de un eventual ejercicio autónomo de poderes normativos por parte de los colectivos sociales.²⁰

¹⁸ Véase la referencia a Carlos CHIPOCO CÁCEDA. «La constitucionalización del derecho del trabajo...», p. 24.

¹⁹ *Ibid.*, loc. cit.

²⁰ Con mucho acierto señala Chipoco que el fin de abstencionismo en la legislación laboral está directamente vinculado a las transformaciones sociales que ocurrieron en nuestra sociedad y, en particular, a

Con referencia concreta al fenómeno del empleo público, un indicador de importancia para la comprensión del proceso evolutivo de la normativa laboral lo constituye la diversa amplitud del ámbito de aplicación de las normas integrantes de este conjunto de concesiones estatales.

Algunos de los primeros dispositivos de protección laboral incluían en su ámbito de aplicación a determinados sectores de dependientes estatales, por lo general, los de obras públicas y organismos periféricos, un tanto desligados del desarrollo de funciones que implicaran el ejercicio directo del poder público. Fue el caso de la ley 3010, del 26 de diciembre de 1918, que establecía como descanso semanal obligatorio los domingos, los días de fiesta cívica y el primer día de elecciones políticas, tanto en las fábricas, los talleres, los almacenes de comercio y también «en las obras del poder ejecutivo, los concejos municipales, las juntas departamentales, las sociedades de beneficencia y los establecimientos oficiales de enseñanza». De idéntico modo, el decreto supremo del 15 de enero de 1919 consagraba la jornada legal de trabajo de ocho horas diarias «en los talleres del Estado, en sus ferrocarriles, establecimientos agrícolas e industriales y en las obras públicas». Contrariamente a esta amplitud, otros dispositivos laborales limitaron su aplicación a los trabajadores privados sin extenderse a ningún sector de dependientes estatales. Un ejemplo lo constituye la ley 6871 de 1930 que establecía la indemnización por cese para los empleados que trabajan a tiempo determinado, y la ley 8439, que fijaba la indemnización por tiempo de servicios para empleados y obreros. Ambas normas fueron concebidas inicialmente para ser aplicadas a los trabajadores de las empresas comerciales, agrícolas y mineras, así como las instituciones de crédito y de seguros, con exclusión expresa de los dependientes estatales.

Sin duda, la diferenciación del ámbito de aplicación de las normas laborales, más que a una convicción sobre la presencia de elementos diferenciadores entre el trabajo privado o público, obedecía a las imposiciones del contexto en el que se desarrollaron los primeros intentos de organización del empleo público, y al inevitable contacto de algunos sectores de dependientes estatales con los sectores obreros protagonistas de las luchas sociales.

Durante la primera mitad del siglo XX, a la par de la inicial consolidación de un frágil capitalismo industrial, la organización administrativa dio inicio a los primeros intentos de estructuración en el ámbito global. Fue el presidente Augusto Leguía quien incidió especialmente en la creación de nuevos entes administrativos

la conformación del proletariado peruano y su demostrada capacidad de organización sindical y lucha huelguística. Estos elementos determinaron el reconocimiento de importantes beneficios que paliaron la delicada situación de los trabajadores cuya obtención de beneficios resulta consecuencia directa de sus luchas. Quizá el ejemplo más claro de ello lo constituya la paralización del muelle y dársena del Callao y la posterior promulgación de los reglamentos de huelgas de 1913. Véase Carlos CHIPOCO CÁCEDA. «La constitucionalización del derecho del trabajo...», p. 25.

y en el ensanchamiento de la burocracia estatal al facilitar el ingreso a los empleos públicos a sectores urbanos medios, pero sin recurrir a la implementación de una normativa que estableciera parámetro alguno en la organización de los cuadros laborales. Como advierten Burga y Flores Galindo, tal intención respondía a la necesidad de asegurar la presencia de un «grupo de incondicionales surgido de un extenso proceso de clientelaje basado en las prebendas y la corrupción», que debilitara el poder desarrollado por los oligarcas civilistas en el manejo de los asuntos estatales.²¹

Sin embargo, el oncenio de Leguía no solo propició la incursión de sectores urbanos de clase media en las labores burocráticas; también recurrió a la provisión de fuerza laboral obrera con el fin de llevar a cabo su amplio programa de inversión en obras públicas, novedoso mecanismo de legitimación ante los sectores medios urbanos.²² Sin integrarlos dentro de su estructura, la organización administrativa adoptó tempranamente una posición de empleadora frente a trabajadores provenientes de sectores sociales cercanos a los movimientos de corte reivindicativo, impregnados de la ideología anarcosindicalista, socialista o aprista que animaba las luchas sociales que caracterizaron las primeras décadas del siglo XX. De este modo, a instancia del crecimiento de la organización administrativa y de la necesidad de satisfacer la demanda de mano de obra planteada por la política de inversión en obras públicas, pero en un escenario caracterizado por las constantes manifestaciones de corte reivindicativo del movimiento obrero, se dio inicio a un progresivo aumento del número de dependientes estatales.

En este contexto, los dependientes estatales de los organismos periféricos, inmersos en un abierto conflicto social, no lograron mantenerse ajenos a la dinámica reivindicativa planteada por los sectores obreros; más aún si como sucedía con los trabajadores estatales de las obras públicas, la identidad sociológica con los sectores obreros era indiscutible.²³

Una evidencia del temprano desarrollo de la actividad reivindicativa por parte de algunos sectores de dependientes estatales es la que ofrece la evolución normativa en materia de derecho colectivo, que de enfrentar una regulación de corte prohibitivo, dio lugar a la expedición de diversos dispositivos que, aunque cuidadosos de establecer diferencias con la actividad reivindicativa llevada a cabo por los trabajadores del sector privado, reconocían implícitamente ciertos márgenes

²¹ BURGA, Manuel y Alberto FLORES GALINDO. *Apogeo y crisis de la república...*, p.130.

²² *Ibid.*, p.150.

²³ Al parecer correspondería a una tendencia advertida por Ortega en Europa, donde el proceso de sindicalización del empleo público cobró mayor vigor en los estratos de dependientes de menor participación en la gestión pública. ORTEGA ÁLVAREZ, LUIS. «Reflexiones en torno a una revisión de los planteamientos generales de la relación de empleo público». *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 26, Madrid, 1980, p. 423.

de actividad sindical de los trabajadores estatales. El decreto supremo del 5 de noviembre de 1945 reconoce a los empleados públicos la posibilidad de asociarse para fines colectivos, y señala entre sus considerandos que la promulgación de la norma obedece a «las diversas solicitudes de reconocimiento de sindicatos de defensa de empleados públicos». En la misma línea, el decreto del 12 de noviembre de 1945 refuerza el sentido limitativo de la norma antes mencionada estableciendo que las asociaciones de empleados públicos «no podrán denominarse sindicatos».

Definitivamente, la identidad sociológica anotada y el temprano desarrollo de cierta actividad de corte asociacionista sindical se constituyeron en factores clave para la progresiva extensión de algunos dispositivos laborales previstos para los trabajadores públicos a los dependientes estatales. Esto se apreció claramente cuando la ley 8563 estableció una regulación unitaria al derecho de vacaciones anuales a empleados públicos, o cuando la ley 9555 extendió la indemnización por años de servicios que percibían los empleados y obreros del sector privado a los obreros al servicio del Estado de las municipalidades provinciales y distritales, y de las sociedades de beneficencia de Lima y Callao.

En suma, los factores anotados determinaron una progresiva unificación en la forma de regular determinados derechos, cuyo acento no tardó en situarse en los beneficios de corte económico, lo que resultaba complicado dado que se comprometían las potestades estatales unilaterales de conformación presupuestaria. Se hizo necesaria, entonces, la articulación de una lógica diferencial que permitiera mantener la práctica unilateral y neutralizar o eliminar toda eventual presión que impusiera el ejercicio de la actividad sindical. Esta lógica diferencial no debía agotarse en el esfuerzo por implementar una regulación diferenciada sino, inclusive, debía extenderse necesariamente a los medios de acción, pues en el fondo era la identidad de estos mecanismos el factor que hacía especialmente efectiva la actividad reivindicativa. En estos términos, una acción eficaz por parte del Estado, que tienda a acabar con la homogeneidad reivindicativa que ponía en riesgo el ejercicio de las potestades unilaterales, pasaba necesariamente por la exclusión o limitación de los derechos de libertad sindical de los trabajadores estatales.

De este modo, a diferencia de las experiencias europeas en las que el diseño estatutario fue concebido para aplicarlo en una burocracia consolidada, distante histórica y sociológicamente del sector obrero, en nuestra experiencia los intentos de aplicar una regulación específica y detallada para el empleo público, al modo estatutario, se enfrentaron con una población laboral profundamente influida por las luchas obreras. El concepto de función pública como componente ideológico fundamental en la conformación de una relación de empleo diferente del laboral, con una alta dosis de devoción al servicio e inspirada en los fines estatales, no pasó de constituir una fórmula limitada a los preámbulos normativos y las declaraciones de principios, que no caló en la ideología de los dependientes estatales. Por el contrario, por su temprano e inevitable contacto con los sectores obreros y con las

luchas sociales que estos protagonizaban, antes que sujetos devotos al servicio del interés público, los trabajadores se autoconcebieron como simples asalariados, integrantes de una categoría social en constante actividad reivindicativa.

2.1.3. El modelo unilateral en la ley 11377, del estatuto y escalafón del servicio civil

Salvo los dispositivos antes mencionados, ninguna de las normas dictadas específicamente para la organización del empleo público durante el primer tercio del siglo XX tuvo mayor incidencia en el régimen jurídico de los trabajadores estatales. Únicamente se adicionaron a la regulación clásica del tema de la responsabilidad funcional²⁴ algunos dispositivos relativos a la organización del tiempo de trabajo.²⁵ En cambio, ya entrada la tercera década del siglo, se aprobaron las primeras normas destinadas a la implementación de un sistema de carrera administrativa.

En esta línea se ubica al decreto ley 7455, del 7 de noviembre de 1931, que estableció los derechos y deberes de los empleados públicos en tanto se aprobará el proyecto de estatuto especial. Destaca en esta norma la consagración del derecho a la inamovilidad de los trabajadores estatales, salvo en los casos expresamente establecidos como causas justificadas de separación: grave indisciplina, abandono del cargo, comisión de delito, incompetencia e inmoralidad debidamente comprobada y supresión justificada del empleo. Por lo demás, la restante normativa emanada con anterioridad a la promulgación de la ley 11377, ley del estatuto y escalafón del servicio civil, constituyó un anticipo de algunos aspectos regulados posteriormente en el nuevo régimen jurídico de empleo público o el simple desarrollo de algunos temas establecidos en la Constitución de 1933.²⁶ Fue el caso del decreto supremo del 2 de enero de 1940 —ampliado por la ley 10481 del 29 de marzo de 1946— que consagró la incompatibilidad de la percepción de dos sueldos o emolumentos del Estado y el decreto supremo de enero de 1947 que fijó el horario de verano en las dependencias públicas.

La discusión y debate de la ley 11377 en la etapa previa a su aprobación constituye una herramienta de mucha utilidad para su comprensión. Especialmente,

²⁴ Muestra de ello es el decreto ley 6910 del 28 de octubre de 1930 que crea el Tribunal de Sanción Nacional, y cuya función era juzgar y sancionar a los funcionarios públicos que hubiesen cometido delitos contra los deberes de función y enriquecimiento ilícito.

²⁵ Puede verse el decreto supremo del 17 de noviembre de 1904 que reglamentó el horario de trabajo en las oficinas públicas.

²⁶ La Constitución de 1933 establecía en su artículo 18 que «nadie puede percibir más de un sueldo o emolumento del Estado, cualquiera que sea su función o empleo, salvo uno más por razón de la enseñanza. Los sueldos o emolumentos pagaderos por corporaciones locales o por sociedades dependientes en cualquiera forma del Poder Ejecutivo están incluidos en esta prohibición».

son significativas las reflexiones que en torno de la necesidad de un estatuto para la organización del empleo público efectuó Patrón Faura, propulsor de la citada norma. Desde la perspectiva de este autor, la conformación de una norma reguladora de las relaciones de empleo en la administración pública se justificaba principalmente en la necesidad de asegurar la buena marcha de la organización administrativa, con lo que se hacía funcional el aparato administrativo para las necesidades de la sociedad en su conjunto. Para ello, concebía como imprescindible el aseguramiento de la imparcialidad y especialización de los empleados públicos a través de un régimen de empleo estable y carrera profesional.²⁷

A este primer y central fundamento para la articulación de una norma reguladora del servicio civil se sumaba una segunda consideración que reparaba en las especiales características del empleo público peruano y en la ya anotada autoconcepción de «categoría» que los trabajadores habían desarrollado a la par de los condicionantes del contexto.

Los propulsores del proyecto de ley señalaban que la implementación de una normativa específica se justificaba, también, en la situación desventajosa en la que se encontraba el trabajador público frente al trabajador privado respecto de los beneficios y derechos concedidos por las normas estatales.²⁸ De este modo, la implementación de una normativa propia se identificaba con los valores cuya custodia se encomienda —en las experiencias europeas— al modelo estatutario, y respondía también a la preocupación por otorgar un conjunto de beneficios económicos y de protección a los empleados públicos que, aun en cuerpos normativos distintos, equiparara sus condiciones de empleo con las de los trabajadores privados. Como veremos a continuación, la ley 11377 expresó más lo primero que lo segundo pues, en nombre del interés general y los fines públicos perseguidos por la organización administrativa, instauró un modelo estatutario unilateral con los componentes de rigidez interna propios de la tesis estatutaria clásica. El pretendido otorgamiento de beneficios laborales y, en general, la regulación de las condiciones de empleo, quedó exclusivamente reservado a la norma heterónoma,

²⁷ «Además es una verdad evidente —señalaba Patrón— que sin una buena burocracia, las mayores conquistas sociales y políticas de nada sirven [...] no se podrá tener un servicio público realmente eficaz, en un Estado que lo haga depender de los azares de la política y de los compromisos personales». PATRÓN FAURA, Pedro y Pedro PATRÓN BEDOYA. *Nuevo Derecho administrativo en el Perú*. Lima: Librería Studium, 1990, p. 114. En el mismo sentido, el quinto considerando de la propia ley 11377 establecía como medida necesaria con el fin de dignificar y moralizar la labor del empleado «apartarlos de toda influencia extraña a su abnegada misión».

²⁸ Se señala como sustento al proyecto que «nuestra legislación social, en lo que respecta al obrero y también al empleado particular, es bastante amplia [...]. En cambio el empleado público, aparte de su régimen pensionario, con 94 años de antigüedad no tiene otro beneficio importante que le ampare». PATRÓN FAURA Pedro y Pedro PATRÓN BEDOYA. «Nuevo Derecho administrativo...», p. 113.

con lo que se privó al trabajador público de todo influjo en la conformación del vínculo de empleo, tanto a escala individual como colectiva.

En cuanto a sus rasgos centrales, el estatuto intentó rescatar el concepto de unidad de la organización administrativa, manifestada en la existencia de un único centro que produce normas e imputa la condición de contraparte. No obstante asentarse en un escenario en el que la realización de obras públicas y la temprana descentralización de algunas instancias administrativas determinó que se aplicaran prematuramente el alcance de ciertas normas laborales a algunos sectores de dependientes estatales,²⁹ la nueva norma reguladora delimitó su ámbito subjetivo que, aunque no resultó tan preciso con relación a los obreros, excluyó de plano a determinados grupos de trabajadores.³⁰ Por lo demás, la noción de unidad quedó reforzada con el establecimiento de un sistema igualitario de ascensos y beneficios económicos y, más todavía, con la posibilidad de efectuar desplazamientos por las diversas *reparticiones*, abarcando este concepto a las entidades del Poder Ejecutivo, municipalidades, entidades fiscales o fiscalizadas y que realicen alguna función estatal, y a los ramos con autonomía administrativa de las sociedades de beneficencia.³¹

En lo relativo a la rigidez externa, el acceso al empleo público en el estatuto se articuló en función de los moldes impuestos por los principios de mérito y capacidad. El canal regular de ingreso lo constituyó el concurso,³² extensivo también a la contratación directa para el desempeño de cargos técnicos o profesionales para labores específicas y por tiempo determinado.³³ La admisión a una plaza sin concurso se encontraba prevista únicamente para los denominados empleados «adscritos» y a

²⁹ Recordemos que algunas normas distinguían entre los dependientes estatales a aquellos empleados por la administración central o local, de los dependientes de las Juntas Departamentales, Compañías Fiscalizadas y Sociedades de Beneficencia, a quienes sí les eran aplicables algunos dispositivos laborales.

³⁰ Tal como lo establece su artículo 5, el Estatuto no comprende a los miembros del Poder Judicial, del Poder Legislativo, ni a los del Cuerpo Diplomático y Consular, ni a los Institutos Armados y miembros de las Fuerzas Policiales, así como tampoco a los funcionarios públicos cuyos cargos sean electivos ni a las autoridades políticas.

³¹ Entre las entidades fiscales y fiscalizadas se considera la Caja de Depósitos y Consignaciones, la Compañía Administradora de Guano, la Superintendencia de Bancos, la Corporación Peruana de Vapores, la Caja Nacional del Seguro Social, el Seguro Social del Empleado y el personal administrativo de las universidades nacionales. Las Reparticiones se conformaban como tales por Resolución Suprema cuando se trataba de los Ministerios, y por la autoridad superior en los demás casos, debiendo tomarse en cuenta la especialización de la labor y el volumen de empleados.

³² La ley 11377 establece en su artículo 22 que para ingresar como empleado permanente a las dependencias estatales se requiere «presentarse y ser aprobado en el concurso sobre las materias que determinan los reglamentos de las respectivas Reparticiones».

³³ El artículo 8 de la ley 11377 señala que «solamente habrá empleados a contrata para el desempeño de cargos técnicos o profesionales y por el tiempo que dure la labor encomendada». Dicha contratación asumía como elementos característicos la temporalidad de las labores por desarrollar y el carácter técnico

«contrata», encargados del desempeño de los cargos de confianza y técnicos, respectivamente. Cabe señalar también que los mecanismos y materias básicas sometidos a evaluación se formulan de modo genérico para todas las entidades de la organización administrativa, con lo que estas podían establecer de modo particular materias adicionales que dependen del nivel de especialización demandado por el puesto de carrera que se necesita cubrir. Definitivamente, a través de este sistema de acceso basado en el concurso se conformaba el primer mecanismo destinado a asegurar la eficacia del principio de igualdad y, con ello, el aseguramiento de la imparcialidad y profesionalismo en el desempeño de labores.

En línea a las exigencias del principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos, la extinción del vínculo de empleo público se sujetó a causales expresamente establecidas, con lo que se conformó un sistema de estabilidad de salida en el que la separación del empleado debía obedecer necesaria y exclusivamente a causales referidas a la capacidad o conducta del trabajador, debidamente comprobadas en un procedimiento administrativo. Es importante destacar que también se incluyó como supuestos de extinción la supresión y subrogación de la plaza, causales que, sin referir expresamente a su vinculación con determinadas vicisitudes económicas introducidas como variables por considerar en la marcha de la organización administrativa, posibilitaban que las plantillas de personal se adapten a eventuales cambios en la estructura administrativa.³⁴

Pero, sin duda, lo más resaltante en el estatuto es que encontrándose nuestra burocracia influida por la incipiente conciencia de categoría del movimiento obrero, esta primera regulación integral del empleo público articula la constitución del vínculo laboral por medio de un acto de abierto matiz unilateral. El *nombramiento* constituye para el estatuto el acto fundacional de la relación de empleo que inserta formalmente al trabajador en un vínculo jurídico en el que la posición de supremacía de una de las partes intenta ser legitimada por valores y funciones ajenos a la prestación de servicios. Es suficiente mencionar como indicador de su

o profesional de estas. No obstante la segunda de las mencionadas características denotaba una amplitud que hubiese hecho peligrar el modelo formalmente establecido al posibilitar el ejercicio de labores idénticas tanto a estables como a contratados, la limitación establecida por la necesaria temporalidad de estos servicios (tres meses prorrogables por un plazo igual en caso de los técnicos) resguardaba de algún modo —siempre desde la perspectiva formal— el modelo cerrado, con lo que se limitaba el ingreso al concurso público.

³⁴ Para la ley de funcionarios civiles del Estado español de 1964, de abierto molde estatutario, la subrogación o supresión de la plaza no conducía a la extinción directa de la relación de empleo público sino a la configuración de una situación de excedencia forzosa en la que, no obstante se suspendía la obligación de laborar, el empleado percibía el sueldo personal y algunos complementos salariales tales como el complemento familiar o el abono por trienios. De este modo, la reorganización de la administración pública que daba lugar a la subrogación o supresión no ocasionaba la ruptura del vínculo, asegurándose en la medida de lo posible la estabilidad del funcionario.

extremo carácter simbólico de sujeción lo señalado en el Reglamento del estatuto, que establece que el nombramiento se efectúa mediante «juramento [...] en acto público, ante la respectiva Autoridad Superior con el ceremonial establecido y en presencia de los altos funcionarios de la Repartición».³⁵

Sin embargo, aun cuando el nombramiento evidencia la adscripción a la línea estatutaria unilateral de la ley 11377, es en las fuentes reguladoras donde se aprecia de modo más evidente el influjo de los moldes autoritarios y en donde se verifica la recepción plena, por parte de nuestro ordenamiento jurídico, de la identidad forjada en los sistemas clásicos entre *estatuto* y *unilateralismo*.

Como hemos anotado, a diferencia de las experiencias europeas —en las que la organización estatutaria del empleo público fue anterior a la problemática surgida por la explotación del trabajo en la sociedad capitalista—, en nuestra experiencia, la conformación de un aparato administrativo orgánicamente complejo fue contemporánea —cuando no posterior— a la problemática obrera, lo que determinó la conformación de una cierta identidad sociológica e ideológica que bien podría conducirnos a afirmar la existencia desde sus orígenes de un movimiento sindical unitario. Como ya ha quedado señalado, este régimen de unidad se manifestó en la expansión progresiva de la normativa reguladora de los beneficios laborales exclusivos de los trabajadores privados a los trabajadores públicos, lo que dio lugar a la necesidad de articular a través del Estatuto una lógica diferencial a espaldas del contexto. Puede afirmarse que el estatuto cumple cabalmente dicho cometido dado que, conforme al modelo que impone, realiza una regulación diferenciada y en detalle de todos los aspectos de la relación laboral de empleo público.

La regulación diferenciada, sin embargo, no agota el tema. Como hemos advertido, el riesgo previsto no lo constituye en el fondo la homogeneidad o heterogeneidad de la regulación lograda sino, más bien, la identidad de métodos de acción. Si la exclusión o limitación de la titularidad del derecho de libertad sindical constituía una de las formas de quebrar la identidad de métodos, la regulación unilateral en detalle y con carácter imperativo de todos los aspectos de la relación laboral constituía el factor complementario de necesaria implantación.

En esta línea, el artículo 47 del estatuto, al mismo tiempo que señala que los derechos y deberes en el desempeño de la función pública son iguales para todos los funcionarios, establece que su determinación está dada por ley. De este modo, regular el contenido de la relación —entiéndase el régimen de deberes y derechos de los trabajadores públicos y sus retribuciones— es una tarea que queda reservada exclusivamente a la determinación unilateral, es decir, a la ley, los reglamentos y las normas presupuestales.

³⁵ Artículo 12 del reglamento del estatuto aprobado por decreto ley 522.

En adición a lo señalado, el estatuto otorga a las autoridades de cada entidad administrativa la potestad de emitir normas específicas de organización en su respectivo ámbito, previamente aprobadas por la Dirección General del Servicio Civil y Pensiones (DGSCP). En este caso, resulta evidente que, además de la influencia directa —de reglamentación— e indirecta —a través de la intervención de órganos técnicos en la tarea de elaborar el estatuto— que despliega la organización administrativa en lo que se refiere a la relación de empleo, se reserva a esta un importante espacio de regulación de débil delimitación material, a través del cual la entidad empleadora despliega su potestad de organización del vínculo laboral, recurriendo a auténticas normas jurídicas que se encuentran insertas en nuestro sistema de fuentes del derecho. Como producto de ello, aspectos ejecutivos tales como la aprobación y el control de los exámenes, la calificación de los postulantes al ascenso y la evaluación de su desempeño, o la implementación de las comisiones para ventilar conductas sujetas a sanciones, se atribuyen con exclusividad a la autoridad administrativa de la entidad o a los funcionarios de mayor nivel.

Contrariamente al enorme influjo regulador desplegado por la organización administrativa, la posibilidad de regular la relación de empleo por parte de los empleados resultaba prácticamente nula. Ello puede ser apreciado en dos aspectos: los niveles de participación previstos en los órganos administrativos y el ejercicio efectivo de los derechos colectivos.

El estatuto establecía dos instancias de control en la resolución de conflictos y supervisión del estatuto: la Dirección General del Servicio Civil y Pensiones (DGSCP) y el Consejo Nacional de Servicio Civil (CNSC). La DGSCP constituía un órgano técnico adscrito al entonces Ministerio de Justicia y Culto, que actuaba como instancia en la que se resolvían reclamos y se orientaba a los funcionarios, con jurisdicción en todo el territorio nacional; asimismo, se interpretaban las disposiciones en lo relativo a la relación de empleo, y se aprobaban y supervisaban las asociaciones de empleados públicos.³⁶ El estatuto, sin embargo, no establecía la participación de representantes de los empleados en la DGSCP, con lo que quedaba el ejercicio de las facultades antes mencionadas a cargo de los representantes de la organización administrativa. Por otro lado, el CNSC constituía un organismo compuesto por un representante del ministro de Justicia y Culto —quien lo presidía—, un fiscal en lo administrativo designado por la Corte Suprema y un

³⁶ El decreto ley 522 establecía, en su artículo 32, que «la Dirección General del Servicio Civil y Pensiones es el organismo técnico administrativo encargado de velar por el cumplimiento de las disposiciones relacionadas con los derechos y obligaciones de los empleados públicos y de los pensionistas por cesantía, jubilación y montepío, y de atender, en primera instancia, los problemas que se presenten; proponiendo normas que sean necesarias para el mejor servicio».

delegado de los empleados con categoría de oficial; es decir, un empleado de alto nivel en la estructura organizativa cuyo nombramiento era efectuado directamente por el presidente de la República. Este organismo actuaba como última instancia administrativa y como órgano de aprobación de los reglamentos de las distintas reparticiones.

Aun cuando pareciera que la participación de un delegado del personal en el CNSC constituía un canal de representación de los intereses de los empleados al interior de un órgano de composición tripartita, en la práctica tal canal participativo ofrecía serias limitaciones debido a las restricciones impuestas a la representación de los empleados; esto es, al hecho de que necesariamente debía ser ejercida por un empleado con categoría de oficial, más cercano por sus actividades a las esferas decisorias de la entidad.

Sin embargo, es en cuanto a los derechos colectivos que el estatuto evidencia su inserción en la más tradicional línea autoritaria. El artículo 49 del estatuto reducía la capacidad de organización y acción colectiva de los empleados al ejercicio del derecho de asociación al proscribir expresamente cualquier posibilidad de que dichas organizaciones puedan adoptar la denominación, estructura o medios de acción de los sindicatos. A su vez, se prohíbe el ejercicio de cualquier forma de conflicto colectivo y, por supuesto, el recurso a la huelga.

Dispositivos posteriores desarrollaron y ratificaron las limitaciones estatutarias al ejercicio de los derechos colectivos. El decreto del 26 de enero de 1960 establece las normas para el reconocimiento de las asociaciones de empleados públicos, y el decreto del 21 de octubre de 1960 ratifica que las asociaciones de empleados públicos no podrán desarrollar actividades distintas de las consignadas en el estatuto. Llama la atención, sobre todo, el texto del segundo dispositivo citado, cuya contemporaneidad con las primeras expresiones organizativas del sector magisterial —de abierto corte sindical— lo hace aparecer como un intento de afirmación de autoridad en un panorama de abierto conflicto.

A las prohibiciones señaladas, situadas en un contexto adverso en el que de facto y a ritmo cada vez más acelerado se difundía la forma organizativa y la acción sindical, se sumaba una serie de limitaciones al ejercicio de otros derechos fundamentales. El estatuto restringía el derecho de opinión en materia de asuntos del Estado, así como y el de opción y acción política sujetándolos a la autorización expresa de la autoridad.

De modo similar, la exclusión de la titularidad de los derechos colectivos de los trabajadores públicos se relaciona también con la dudosa definición del ámbito subjetivo del estatuto en cuanto a determinados sectores de dependientes estatales. En efecto, no obstante el estatuto justifica la especialidad del régimen laboral público en las particularidades que impone a la prestación laboral el desarrollo de funciones públicas, incluye entre sus disposiciones al denominado «personal del servicio interno» conformado por servidores manuales en desempeño de labores

de porteros, choferes, ascensoristas y otras análogas,³⁷ y excluye a quienes «realicen labores propias de obreros» en las dependencias públicas, los que quedaban regidos por las disposiciones que específicamente se hubiesen dictado para ellos. La distinción efectuada por el Estatuto —que por cierto, generó innumerables dudas en cuanto a la atribución de titularidad de determinados derechos a los obreros estatales—³⁸ tornaba en difusos los términos de la delimitación de su ámbito subjetivo, pues determinaba que la inclusión de un trabajador en los alcances de la ley no proviniera del solo hecho de tener por empleador al Estado ni tampoco de la naturaleza manual o intelectual de las labores desarrolladas. Dicha inclusión, al parecer, se encontraría relacionada con el nivel de vinculación existente entre la labor desarrollada y las labores centrales o permanentes de la organización administrativa. Es decir, se incluía en el ámbito de la regulación estatutaria a todos aquellos trabajadores cuya labor se vinculara de modo directo al funcionamiento y la buena marcha de la organización administrativa, con exclusión de los trabajadores manuales que desarrollaban actividades eventuales de proyección en la comunidad (obras públicas), no inherentes al ejercicio de las funciones de autoridad.

Probablemente, la exclusión de los trabajadores de obras públicas se encuentre vinculada también a su cercanía con sectores obreros de intensa actividad sindical.

³⁷ El estatuto distinguía en el artículo 6 cuatro clases de empleados públicos, entre los que se encontraba el denominado «personal del servicio interno» constituido, según el propio texto de la norma, por «porteros, choferes, ascensoristas y demás servidores manuales que realicen labores de naturaleza análoga con plaza de presupuesto en una repartición del Estado».

³⁸ La distinción dificultaba la determinación de algunas cuestiones como la naturaleza de las labores análogas cuyo desempeño determinaba la inclusión en las disposiciones de la ley, o la definición de qué debe entenderse por dependencia pública, así como la determinación de si dicho concepto debía interpretarse en oposición al de *repartición* contenido por la ley 11377. Uno de los grandes problemas derivados de la poca claridad con que la ley 11377 definió su ámbito de aplicación surgió con relación a la forma de cálculo de la compensación por tiempo de servicios (CTS) de los obreros, pues tanto las normas públicas como privadas contemplaban el otorgamiento de tal beneficio para este grupo de trabajadores estableciendo una forma de cálculo distinta según el régimen: en el primer caso, montos ínfimos y en el segundo caso, montos mucho más beneficiosos. El problema condujo a la necesidad de determinar con claridad el régimen laboral de los obreros, pues se consideró que la aplicación del beneficio se desprendía necesariamente del régimen laboral que les fuera aplicable. El análisis, por ello, se centró en determinar si los obreros se encontraban incluidos en las disposiciones de la ley 11377. No se reparó, sin embargo, en que la ley 11377 efectuaba una distinción entre personal del servicio interno y los demás obreros por lo que no podía hablarse de una exclusión o inclusión en los alcances de los Estatutos de la totalidad de los trabajadores obreros. Tampoco se observó que para los legisladores de la época la supuesta congruencia entre el régimen laboral de un trabajador y las reglas aplicables para el cálculo de la CTS no era necesaria, dada la constante ampliación del ámbito personal de disposiciones originalmente previstas para los trabajadores privados a los trabajadores comprendidos en el Estatuto. Es por ello que no obstante hallarse un importante número de obreros —los de servicio interno— regido por las disposiciones de la ley 11377, por efecto de lo establecido en las leyes 8435 y 9555 el cálculo de su CTS se efectuaba conforme a las reglas que regían para los trabajadores privados.

Ciertamente, es posible que esta exclusión provenga de la imposibilidad de afectar la eficacia de su actividad sindical, determinada por su consistencia y efectividad en lo que a conquista de beneficios económicos se refería. Lo real es que la anotada indefinición y el recurso constante a obreros que se identificaban socialmente con el movimiento sindical facilitaron el ejercicio de *facto* de los derechos colectivos.

2.2. EL INFLUJO DEL MODELO DE ESTADO SOCIAL EN LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

2.2.1. Los antecedentes a la Constitución de 1979

Aun cuando la implementación de los primeros derechos económicos y sociales se llevó a cabo tempranamente en nuestro ordenamiento en la Constitución de 1920, es recién en la Constitución de 1979 que se introduce la noción de Estado social y democrático como componente básico de nuestro ordenamiento jurídico.³⁹

La redefinición de los valores y principios que aporta la Constitución de 1979 no puede ser abordada sin una referencia previa al contexto en el que fue dictada, en particular, al notable cambio apreciado en las relaciones laborales desde la década de 1960. Como ya hemos señalado, desde la segunda mitad del siglo XIX se observa en el contexto mundial una expansión del rol estatal de provisión de servicios públicos —principalmente en los sectores de educación y salud— que se originaba, en el caso de América latina, por dos factores concurrentes: el surgimiento de una nueva medida de legitimación del Estado, que se manifestó en el desarrollo de actividad estatal de incidencia directa en la población; y el acelerado crecimiento poblacional, que determinó importantes variaciones en el número y la composición de la población asalariada.

En efecto, el intervencionismo estatal desarrollado en el Perú a partir de la década de 1960 comprende tanto el crecimiento de la actividad prestacional de la administración pública como la intervención directa del Estado a través de la actividad empresarial en determinados sectores económicos. Esta proyección en relaciones anteriormente catalogadas como *privadas* es distinta en su magnitud y consecuencias de la estrategia de *concesiones* normativas y realización de obras públicas como mecanismos de legitimación frente a los sectores populares. Se trata ahora de una progresiva, pero completa, expansión de la actividad estatal que lleva consigo un considerable crecimiento del volumen de la organización administrativa y que conduce, a su vez, al incremento del número de trabajadores estatales.

³⁹ Rubio y Bernal, luego de referirse a la gama de derechos sociales incorporados en la Constitución de 1920, señalan lo artificial de su inclusión, pues como fenómeno integral, su implementación se observaría solo posteriormente. RUBIO CORREA, Marcial y Enrique BERNALES BALLESTEROS. *Constitución y sociedad política*. Lima: Mesa Redonda, 1985, pp. 28-29.

En nuestro medio, los servicios de educación y salud iniciaron esta ruta expansiva de la actividad estatal, complementada ya entrada la década de 1970 por la actividad empresarial pero, en este último caso, sin precisar los lineamientos para la incursión empresarial del Estado.⁴⁰ Estos fenómenos marcaron el desborde de la organización administrativa regulada por el estatuto y el escalafón del servicio civil y la definitiva conformación en nuestro medio de un *sector público peruano*.

El predominio absoluto de los trabajadores privados en la conformación de la PEA se vio amenazado por el incremento de los trabajadores estatales, al punto de que el empleo en el sector público comenzó a asumir un rol compensatorio a los desequilibrios en la oferta y la demanda generados en el sector privado, absorbiendo mucha de la mano de obra excedente de este sector. Sulmont identifica la década de los sesenta como un período de desarrollo y diversificación del proletariado, que se asentaba en una reactivación del proceso de expansión capitalista, con incidencia en el crecimiento de sectores como la pesca, la actividad siderúrgica, la construcción civil y, sobre todo, la organización administrativa, cuyos trabajadores llegaban para ese entonces a los 260 mil.⁴¹

A la mayor presencia de trabajadores estatales en la población asalariada habría que agregar la importante actividad sindical desplegada por sus organizaciones. No nos encontrábamos frente a cierta identidad sociológica e ideológica forjada de modo inevitable por el contexto de conflicto que rodea la actividad de los trabajadores estatales; presenciemos ahora una intervención decidida a través de organizaciones propias que, en ocasiones, desplaza en protagonismo a las organizaciones de trabajadores privados. Entre las organizaciones de trabajadores estatales destacaba la del sector magisterial, que para 1959 había conformado la Federación Nacional de Educadores del Perú, y en menor escala otros sectores como los de correos y comunicaciones, y los trabajadores de salud.⁴² Finalizada la década de los sesenta, la dictadura militar —aunada a la ideología participacionista que impulsó— y el clima de represión implantado produjeron un repliegue de la actividad sindical, que solo este cobró nueva fuerza gracias al impulso del sector magisterial, que en 1972 había conformado el Sindicato Único de Trabajadores de la Educación Peruana (SUTEP). Esta organización sindical —junto con los trabajadores de los sectores salud, seguridad social y correos— desplegaría en lo sucesivo una actividad reivindicativa de suma importancia.

En 1978 se formó la Central Intersectorial de Trabajadores Estatales (CITE) en un intento —mantenido aún en la década de los ochenta— por dotar de

⁴⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Las relaciones laborales en las empresas estatales*. Ginebra: OIT, 1981, p. 13.

⁴¹ SULMONT, Denis. *El movimiento obrero peruano (1890-1980): reseña histórica*. Lima: Tarea, 1980, pp. 72-76.

⁴² *Ibid.*, loc. cit.

unidad de acción y poder negociador a la masa de trabajadores estatales.⁴³ La CITE junto con el SUTEP asumirían gran protagonismo en los paros nacionales del 22 y 23 de mayo de 1978, 6 de septiembre de 1978 y 19 de julio de 1979, convocados en favor de demandas económicas y políticas. Aun cuando esta incursión masiva de trabajadores estatales en el movimiento sindical no lograría articularse completamente con el movimiento obrero, conformado por los trabajadores del sector privado, sí dejaba entrever una clara identidad en cuanto a objetivos reivindicativos y medios de acción, originada en gran medida por el impacto uniforme de la aguda crisis desatada a partir de la década de los setenta.

Si la sola implantación del modelo estatutario fundado en la noción de servicio y devoción resultaba ajena a nuestra realidad, la expansión de la actividad estatal y la aparición de categorías de trabajadores estatales diferentes de las previstas por el ordenamiento estatutario —con identidad y medios de acción propios— determinó un desfase absoluto entre normativa y realidad, que de alguna manera quiso ser superado con el establecimiento de un conjunto de normas destinadas adecuar el soporte legal a las nuevas exigencias del contexto.⁴⁴

El crecimiento de la organización administrativa determinó también la aparición de estatutos particulares para algunos sectores de trabajadores estatales e infinidad de normas que establecieron una regulación segmentada de los distintos aspectos de la relación laboral. Con ello, el anotado desfase entre estatuto y realidad encontró correlato en el propio plano normativo.

La regulación unitaria planteada por el estatuto, además de soportar las deficiencias determinadas por la propia indefinición de su ámbito subjetivo, se vio resquebrajada por el surgimiento de estatutos sectoriales que establecieron una regulación diferenciada. En ocasiones, la reglamentación y la jurisprudencia emitida por los organismos técnicos desplazaron al estatuto como referente normativo, con lo que esta norma, no obstante mantenerse vigente, se tornó en inaplicable. Es conveniente advertir que en materia económica la implementación de nuevos beneficios estuvo vinculada directamente a la diversa capacidad de cada sector para obtener concesiones de acuerdo con la presión impuesta por su actividad sindical, lo que determinó, en ocasiones, la aplicación de beneficios económicos diferenciados para un mismo sector de trabajadores estatales.

⁴³ Según señala Mejía, en su mejor momento la CITE llegó a agrupar al 70% de los trabajadores estatales, uno de los índices más altos entre los grupos de trabajadores sindicalizables. MEJÍA, Carlos. *Trabajadores, sindicatos y nuevas redes de articulación social*. Documento de trabajo, n.º 88. Serie Sociología y Política. Lima: IEP, 1988, p. 12.

⁴⁴ Es durante este período que en vía administrativa se establecen los lineamientos de aplicación del Estatuto que, más que directrices de la gestión administrativa, conforman una reglamentación detallada de los diversos aspectos de la relación laboral de los trabajadores públicos que consagran derechos y obligaciones o se constituyen en la única regulación vigente para el conocimiento de un tema en particular.

2.2.2. El principio social y democrático en la Constitución de 1979

A diferencia de sus predecesoras, la Constitución de 1979 contiene la definición de un modelo de Estado social y democrático de derecho, influido en gran medida por el constitucionalismo social de la época, pero también por el particular contexto socioeconómico del que venía precedida.

El artículo 79 de dicha Carta señalaba que el Perú es una república democrática y social, independiente y soberana, basada en el trabajo.⁴⁵ Este enunciado imponía en el modelo constitucional una nueva orientación identificada por dos aspectos fundamentales: la reformulación de las relaciones Estado-sociedad y la elevación del trabajo a la categoría de valor superior del ordenamiento.

Con relación al primer tema, el propio preámbulo de la Carta de 1979 adelantaba una inclinación decidida del modelo de Estado por promover y crear «una sociedad justa, libre y culta, sin explotados ni explotadores, exenta de toda discriminación». Alineado con tal proclama, el texto constitucional, en su artículo 80, establecía como deber primordial del Estado «la promoción del bienestar general» con el objetivo expreso de eliminar toda forma de explotación humana. Es decir, la intervención estatal de corte equilibrador —y no el abstencionismo—, destinada a remediar las situaciones de desequilibrio estructural, constituía el objetivo prioritario del modo de actuar estatal y en su factor de legitimación. Con ello, la propia concepción de Estado contenida en el texto constitucional configuraba un marco institucional de interacción intensa entre Estado y sociedad distinto del planteado por el modelo de Estado liberal.

A partir de esta definición del marco institucional puede desprenderse el tratamiento específico dado al trabajo por el modelo constitucional de 1979. La Constitución de 1979 no se limitaba al establecimiento de un programa de regulación sectorial o al reconocimiento difuso de algunas garantías para los trabajadores; por el contrario, instituía al trabajo como valor fundamental del sistema, con lo que se otorgaba a las normas laborales constitucionales un tratamiento orgánico con rango de derechos fundamentales.

Al tener en cuenta la centralidad que la regulación de las relaciones laborales guarda en la conformación de una sociedad sustancialmente igualitaria, se revaloriza la norma laboral protectora, dada su innegable capacidad de colocar en su justa dimensión a la libertad «al hacerla efectiva en la plenitud de su significado, esto es,

⁴⁵ Según Rubio y Bernal, el sentido del atributo «República social y democrática» al que alude la Constitución de 1979 refiere al «Estado social de Derecho»; modelo que añade al pronunciamiento expreso de los derechos fundamentales una concepción estatal «promotora del bien común», en consonancia con el desarrollo de la teoría económica. RUBIO, Marcial y Enrique BERNALES. *Constitución y sociedad...*, p. 229.

con dignidad». ⁴⁶ De allí la existencia de todo un capítulo dedicado a la consagración de los derechos de los trabajadores y, tal como lo indica Neves, la estructuración de un sistema de relaciones laborales que, sobre la autonomía individual, privilegia la regulación estatal de signo protector —materializada en la fijación de mínimos de derecho necesario—, y la autonomía colectiva como mecanismo natural de equilibrio y regulación de la relación laboral. ⁴⁷

Cabe agregar, por último, que el modelo constitucional también impone a la organización administrativa un doble nivel de actuación, atribuyéndole un rol relevante tanto en la solución de los conflictos laborales como en la supervisión de la aplicación de la normativa laboral. El hecho de que se conforme una jurisdicción especializada y un derecho procesal particularizado que tome en cuenta la peculiar situación jurídica y económica de una de las partes en conflicto, así como de que se instaure un sistema de inspección del trabajo encargado de supervisar el cumplimiento de la norma laboral, constituye también consecuencia de la revalorización del trabajo llevada a cabo por el texto constitucional.

No obstante que la revaloración del trabajo humano y su elevación a la categoría de valor superior del ordenamiento derivan de una perspectiva que centra la atención en el hecho humano del trabajo, ha resultado común dotar de alcance limitado a las normas laborales constitucionales, por lo que es justamente la prestación de servicios en la administración pública el sector más frecuentemente excluido de sus alcances. Tal exclusión, con un pretendido sustento formal en el propio texto constitucional —más específicamente en la regulación diferenciada de las normas relativas al empleo público—, y con sustento dogmático en la tesis estatutaria del derecho administrativo, ha primado en la interpretación del alcance de las normas laborales constitucionales y ha condicionado la articulación del modelo legislativo, sobre todo, en cuanto a derechos colectivos se refiere. Por este motivo es necesario detenernos en el análisis de su formulación y alcances.

2.2.3. El sistema de empleo público en la Constitución de 1979

La Constitución de 1979 incluye en el capítulo sexto de su título primero, el apartado denominado «De la función pública», en el que a diferencia de su predecesora —la Constitución de 1933— establece de modo cohesionado las normas reguladoras del régimen de empleo público.

Si bien la ubicación de dicho apartado en el título dedicado a los derechos fundamentales ha sido catalogada como *impropia* por un sector de la doctrina

⁴⁶ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «La Constitución de 1979 y el derecho del trabajo». *Derecho*, n.º 36, Lima, 1982, p. 14.

⁴⁷ NEVES MUJICA, Javier. «Modificaciones constitucionales en materia de derechos sociales, trabajo y empleo». *Lecturas sobre temas constitucionales*, n.º 8, Lima, 1992, p. 27.

constitucional —que consideraba que dicha materia se encontraba más vinculada a la conceptualización de Estado y Nación desarrollada en el título segundo—,⁴⁸ desde nuestra óptica, el hecho de que los lineamientos en materia de empleo público se incluyan en el texto constitucional corresponde —como veremos enseguida— al especial énfasis puesto por el constituyente en la primacía de la condición laboral de los trabajadores estatales y, por tanto, en la titularidad plena de los derechos laborales consagrados en el ámbito constitucional, inclusive sobre la efectiva vinculación que la materia pueda guardar con los intereses públicos.

La regulación implementada en el capítulo sexto se encuentra presidida por un enunciado general, calificado como una línea directriz de la actividad funcional, pero de cuya interpretación a instancia del principio social puede desprenderse la clave maestra del régimen de empleo público.

El artículo 58 de la Carta de 1979 señalaba que los «funcionarios y servidores públicos están al servicio de la nación». Este enunciado ofrecía dos probables interpretaciones: podía ser entendido como un factor de sujeción de la labor desarrollada por los trabajadores estatales a los fines públicos estatales, lo que orientaba y supeditaba la prestación de los servicios a los objetivos estatales; o bien podía ser catalogado como un precepto destinado simplemente a preservar la imparcialidad de la organización administrativa, con lo que se establecían garantías mínimas de certeza y seguridad en la aplicación de la ley, propias de todo Estado de derecho.

Según la primera interpretación, además del cuestionado vínculo entre prestación laboral e intereses generales, vendría impuesta constitucionalmente la primacía absoluta de los fines de la organización administrativa, con capacidad implícita para determinar en forma exclusiva las características de la prestación de los servicios y el grado de ejercicio de determinados derechos laborales, así como la posible derivación de la relación jurídica de empleo a un régimen de derecho administrativo.⁴⁹ Esta perspectiva estaría sustentada por el recurso de determinadas categorías formales en el texto constitucional: por un lado, la noción de *función pública* que preside el capítulo, categoría sobre la que se asentaron los modelos

⁴⁸ RUBIO CORREA, Marcial y Enrique BERNALES BALLESTEROS. *Constitución y sociedad...*, p. 227.

⁴⁹ Esta posición es asumida por Amprimo, para quien la reserva de ley establecida por el artículo 59 de la Constitución de 1979 contiene una «auténtica reserva de Derecho administrativo» con lo que se impone la sujeción de la relación de empleo a los intereses encarnados por la administración pública. AMPRIMO PLÁ, Natale. «Temas de derecho laboral municipal». En *Temas municipales*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1998, p. 121. También es este el enfoque adoptado por la Comisión Multisectorial conformada para el estudio de la situación del personal de la administración pública central, que señala que la diferencia de tratamiento normativo entre trabajadores y servidores, y funcionarios públicos tiene claro sustento en las constituciones de 1979 y 1993. «Informe de la Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la administración pública central», cuyo resumen ejecutivo fue publicado en el diario oficial *El Peruano* el 25 de julio de 2001.

estatutarios típicos y cuya acepción común subordina la prestación de labores a las imposiciones del interés general; por otro, la referencia constante a *funcionarios y servidores públicos*, categorías cuyo uso —a diferencia del concepto genérico de *trabajador* empleado por el constituyente en toda la regulación de las relaciones laborales— impondría el reconocimiento de elementos diferenciales intrínsecos entre asalariados públicos y privados.

Como vemos, esta interpretación serviría de base para imponer un sistema legal de empleo público estatutario en su vertiente clásica, dominado por la sujeción del trabajador a los intereses públicos, y caracterizado por el unilateralismo en la conformación y regulación de la relación de empleo. Ello, además de distanciar el texto constitucional de la evolución histórica y la práctica de dicho sector de trabajadores en nuestro país, resultaría contrario a las imposiciones del modelo de Estado social y democrático impuesto por la Carta de 1979 y, concretamente, a la consagración de los derechos colectivos de los trabajadores estatales, que líneas más adelante reafirma el propio texto constitucional.

En cambio, de acuerdo con el segundo punto de vista, la Constitución de 1979 delimita una de las características fundamentales del sistema de relaciones laborales que incide directamente en aspectos concretos de la relación de empleo público, con lo que se asume una postura abiertamente contraria a la práctica clientelar en la atribución del empleo.

La Carta de 1979 atendería, desde esta segunda perspectiva, la exigencia de un desempeño imparcial ajeno a la manipulación política, que si bien ha sido un componente de la tradicional tesis estatutaria unilateral ya no resultaba compatible con el principio social. Por el contrario, la necesidad de contar con altos márgenes de garantía y certeza en la aplicación de la ley —funcional al período de despegue del capitalismo— habría trascendido en la actualidad al plano económico, convirtiéndose en síntoma inequívoco de institucionalidad y vigencia de los valores fundamentales. Por tanto, el artículo 58 no actuaría como un factor de sujeción de las condiciones laborales de los trabajadores públicos a las imposiciones del interés general, sino instituiría la *imparcialidad funcional* como valor fundamental del sistema al orientar algunos aspectos del régimen jurídico hacia su consecución. De este modo, y en compatibilidad también con la exigencia constitucional de un régimen de carrera exigido por el artículo 48, aparecerían como garantías de imparcialidad y profesionalismo un sistema de acceso igualitario sometido al mérito, a la estabilidad laboral y a la carrera.⁵⁰

Sin embargo, la custodia de las garantías de imparcialidad y profesionalismo, a través de estas imposiciones al acceso, transcurso y extinción de la relación laboral

⁵⁰ FRANCO PÉREZ, Julio. «Aproximaciones al empleo público en las constituciones de Hispanoamérica». En ADEC-ATC. *Constitución, trabajo y seguridad social*. Lima: ADEC-ATC, 1993, p. 84.

de empleo público impuestas por la Constitución de 1979, deberían asentarse —en todo caso— sobre el respeto irrestricto de los derechos laborales de fuente constitucional, como consecuencia necesaria de la condición laboral reconocida a los empleados públicos vía interpretación sistemática de nuestra Constitución, y también por mandato expreso del segundo párrafo de su artículo 23, que establece la imposibilidad de condicionar en «toda relación laboral» el ejercicio de los derechos constitucionales o rebajar la dignidad del trabajador.

Ciertamente, la ubicación del capítulo cuarto —en el título dedicado a los derechos fundamentales— denotaría justamente el énfasis del texto constitucional en la articulación de un sistema de empleo público, asentado sobre el indiscutible carácter laboral del vínculo y la titularidad de los trabajadores públicos de todos los derechos consagrados en los capítulos precedentes.⁵¹ Se perfilan de este modo, a partir de dichas premisas y mediante el recurso de normas delimitadoras, algunos caracteres específicos de la relación de empleo público. Las categorías empleadas por el constituyente en la configuración del texto constitucional —funcionario o función pública— no sentarían elementos diferenciales, sino que resultarían consecuencia del rescate histórico de dichos conceptos para su reformulación a la luz del principio social.

De este modo, la relación de la postura propuesta con el principio social no sería solo pasiva —es decir, de no colisión— sino también activa en cuanto orientaría la articulación de un sistema legislativo sobre la base de los derechos fundamentales laborales, cuya titularidad corresponde a los trabajadores públicos en virtud de su posición subordinada en una relación de empleo.⁵² Esta cuestión, sin duda, abonaría a la dignificación de la persona humana y a la consecución de la igualdad real propugnada por el principio social y democrático.⁵³

⁵¹ Resultaría perfectamente aplicable a nuestro caso lo señalado por Casinelli, quien afirmaba que «no puede establecerse distingo donde la Constitución o la Ley no lo hace, ni operarse una interpretación restrictiva. [incluso agrega] Frente a estas normas no podría alegarse la reserva de estatuto formal». En AGUIRRE RAMÍREZ, Gonzalo y Eduardo SELLANES IGLESIAS. «Régimen laboral de los funcionarios públicos». *Revista de Derecho Público*, n.º 2, Montevideo, 1996, p. 42.

⁵² En este sentido, el artículo 42 de la Constitución de 1979 es claro al señalar que «En toda relación laboral queda prohibida cualquier condición que impida el ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores o que desconozca o rebaje su dignidad. El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de protección por el Estado, sin disminución alguna y dentro de un régimen de igualdad de trato».

⁵³ Es lo señalado por Rubio Correa al afirmar que la elevación de la persona humana como centro de la sociedad y el Estado establecida por el artículo 1 se constituye en «un principio hermenéutico que ilumina la aplicación de la Constitución y, por tanto, del orden jurídico en su conjunto. La persona humana es elemento determinante en los contenidos a diseñar y también en la metodología que se utilice para solucionar el problema jurídico de que se trate. La protección de los derechos humanos en consonancia con las declaraciones internacionales constituirá no el único, pero sí un medio poderoso para su defensa y respeto». RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución política de 1993*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, pp. 114-115.

De acuerdo con la línea trazada, el artículo 59 establecería, en primer lugar, un nivel de garantía formal con relación a determinadas materias, con lo que se sus- trae a la potestad reglamentaria —detentada por la organización administrativa empleadora— de la regulación del ingreso, derechos, deberes y recursos de los trabajadores públicos, para derivarla a los canales parlamentarios que garantizan niveles óptimos de consenso. En segundo lugar, el citado precepto delimitaría el ámbito subjetivo de dicha garantía formal, lo que excluye de la regulación legal —en cuanto fuera de carrera— a los funcionarios políticos y de confianza, y a los trabajadores de las empresas estatales y sociedades de economía mixta.

Conviene añadir que el artículo 59 establecería un criterio de inclusión y ex- clusión en la regulación legal de la carrera profesional, fundado en la naturaleza del ente al cual se prestan servicios laborales, único aspecto cuya dilucidación correspondería al derecho administrativo. De este modo, lo que no resultaría del todo determinante respecto de los funcionarios políticos y de confianza —exclui- dos más bien en atención a su vínculo con la persona empleadora—, sí resultará decisivo con relación a los trabajadores de las empresas estatales y sociedades de economía mixta, excluidos en razón de que la naturaleza empresarial de tales entidades no requeriría la cautela de los valores, cuya custodia resulta imperativa al tratarse de entes integrantes de la administración pública.

Finalmente, el artículo 60 establecería la necesidad de implementar un sistema único de remuneraciones con lo que se acoge el principio de unidad de la organi- zación administrativa, funcional a las previsiones presupuestales, pero fundamen- talmente vinculado a la intención de desarrollar un sistema de empleo basado en la igualdad de trato, dentro del cual la igualdad de condiciones económicas jugaría un papel preponderante. La imposición de un sistema remunerativo igualita- rio condicionaría algunos de los aspectos organizativos de la relación de empleo en cuanto determinaría un sistema de clasificación profesional con un correlato económico directo. En todo caso, se trataría de una forma de organización remu- nerativa particular, que integra un conjunto de materias de índole organizativa reservadas por lo general al titular de cualquier organización, y que en ningún aspecto se presenta contrario al marco institucional laboral de fuente constitucional.

2.2.4. El definitivo deslinde con la tesis estatutaria unilateral de la Constitución de 1979

Conviene detenerse en lo hasta aquí anotado con el fin de precisar los alcances de la posición desarrollada y deslindarla de cualquier corriente interpretativa que pueda reactivar la vigencia —oculta tal vez bajo nuevas fórmulas— de las concep- ciones autoritarias que el constitucionalismo social en nuestro país ha pretendido desterrar.

La Constitución de 1979 reformula, a la luz de la cláusula de Estado social y democrático, dos postulados clásicos en la doctrina estatutaria tradicional: la seguridad jurídica y el interés público. Es innegable que ambos conceptos dotan de consistencia a la organización administrativa constituyéndose al mismo tiempo en su causa y fin, sin embargo, ¿cómo inciden estos factores en la relación de empleo público?

La tesis estatutaria tradicional, forjada en el contexto liberal, estableció una relación directa entre el principio de seguridad jurídica y la prestación de servicios del trabajador público, lo que implicaba que la consecución de niveles satisfactorios de certeza en la aplicación de la ley solo serían posibles si se fijaba un régimen de empleo estable, que vinculara el acceso y la extinción a patrones objetivos, alejándolos de toda posibilidad de manejo arbitrario —rigidez externa—. Vimos cómo de constituir una reacción ante el antiguo régimen burocrático, expresada formalmente en las cartas liberales desde la fórmula del principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos, este énfasis en condiciones igualitarias de acceso al empleo público y la estabilidad pasó a convertirse en un componente básico del Estado de Derecho, asociado al unilateralismo como consecuencia de la exclusividad del recurso a la norma heterónoma en determinado momento histórico.

Pero, por otro lado, se ha señalado también al proclamar la tesis estatutaria tradicional que la actividad laboral del trabajador público persigue el interés público y lo somete a sus dictados, extiende la vinculación existente entre el interés general y la organización administrativa a la propia prestación de servicios, y desprende de esta la primacía del interés de la organización administrativa sobre el interés individual del trabajador y la consecuente conformación de un régimen de sujeción calificado de *necesario* en orden de la defensa de los intereses públicos. En términos concretos, el unilateralismo se expresa por la perpetuación de fórmulas simbólicas que traducen la posición dominante de la organización administrativa en el establecimiento del vínculo laboral y en la determinación de su contenido.

La Constitución de 1979 reconocería el vínculo existente entre el principio de seguridad jurídica y el empleo público, con lo que señala que la actividad laboral de los trabajadores públicos debe desarrollarse dentro de los parámetros del profesionalismo e imparcialidad en un régimen de carrera profesional, lo que resulta perfectamente compatible con dicha afirmación y hasta necesaria la articulación de un sistema de empleo basado en el acceso igualitario y el empleo estable. La Constitución de 1979 admitiría el influjo del interés sectorial dominante, expresado en la norma positiva sobre la faceta institucional de la organización administrativa, y que sujeta los canales de acceso y extinción a las imposiciones del interés público. Sin embargo, con relación a las imposiciones de dicho interés por sobre la actividad laboral del trabajador público, la postura constitucional resulta totalmente contraria.

La antigua vinculación directa entre interés general y prestación de servicios, que diluía el interés del trabajador en la noción del servicio y devoción, se vería superada de modo definitivo por el reconocimiento del carácter laboral de la relación de empleo y la titularidad de los derechos laborales por los trabajadores públicos. Este reconocimiento trae implícita la reafirmación del conflicto subyacente y, por tanto, la innegable presencia de un desequilibrio fundado no en la primacía del interés de la organización, sino en la distinta posición económica y jurídica de las partes. Cobra especial importancia en este proceso la titularidad de los derechos colectivos; pues si bien la situación de desequilibrio puede motivar la inserción del trabajador dentro de la legislación protectora pero unilateral, la titularidad de los derechos colectivos conduce a la organización hacia la definitiva democratización de sus estructuras vía el reconocimiento de un colectivo laboral con potestad normativa originaria.

Demás está mencionar que esta lectura del texto constitucional recoge lo acontecido en el proceso evolutivo de la relación de empleo público: atiende a la práctica de clientelismo fundada en la arbitrariedad que ha caracterizado el ingreso y la extinción del vínculo laboral, y obstaculiza la implantación de la noción de seguridad jurídica, lo que responde a la progresiva actividad reivindicativa de los trabajadores públicos, en efervescencia dada la promulgación de la Carta de 1979.

En suma, el modelo constitucional de 1979 se asentaría en dos postulados básicos. El primero, de orden funcional, que vincula a la organización administrativa en su faceta institucional con la relación de empleo público, lo que impone —en función al valor de seguridad jurídica— condicionantes funcionales y no estructurales a la regulación de la relación de empleo público. Estos condicionantes, más que configurar un sistema extramuros del régimen laboral común, imprimen un matiz especial o un plus garantista a determinados institutos que apuntarían a tres momentos estelares: el ingreso, la extinción y la carrera; todos ellos, si bien no expresos en el texto constitucional están implícitos en la necesidad de asegurar una prestación imparcial y profesional de labores desprendida del primer párrafo del artículo 58 de la Carta.

En segundo lugar, el modelo constitucional de 1979 impondría un condicionante de orden estructural, determinado por la mención de la condición laboral de los trabajadores públicos y, consiguientemente, a la titularidad de los derechos laborales constitucionales que actuarán como límites infranqueables para cualquier diseño legal.

Debe tenerse en cuenta que los condicionantes funcionales no determinan a priori la unidad o dualidad de regímenes legislativos ni excluyen de plano la regulación de la relación de empleo público por la normativa del régimen laboral común, pues al tratarse de cuestiones destinadas a garantizar el buen funcionamiento de la organización administrativa, su valoración será positiva siempre que

la normativa que las implemente garantice la consecución de tales objetivos. Dicho de otro modo, la articulación de una normativa particular reguladora de la totalidad de los aspectos, que atañen a la relación de empleo público, no deviene en una exigencia constitucional, sino en una opción del legislador quien, siempre en atención al principio de igualdad, podrá establecer una regulación diferenciada únicamente en aquellos aspectos en los que las peculiaridades de la organización —puestas en relieve por el texto constitucional— impongan matices o garantías adicionales que no puedan ser cubiertas por las normas del régimen laboral privado. A diferencia del ordenamiento español, en el que la Constitución de 1978 establece la regulación por estatuto diferenciado de la relación de empleo público y privado, nuestra Carta de 1979 exigiría únicamente la regulación por ley de determinadas materias básicas, sin establecer la necesidad de un estatuto diferenciado y, menos aún, una regulación unilateral.

En síntesis, el modelo constitucional de 1979 se caracterizaría por no predefinir una regulación diferenciada, al ser más bien lo determinante que la regulación se asiente sobre el innegable carácter laboral de la relación jurídica y que demuestre su aptitud para garantizar los valores que el texto constitucional considera relevantes por las particularidades de la organización administrativa. Resulta menos adecuado desprender de lo señalado que la técnica de regulación deba ser necesariamente heterónima estatal, pues, en virtud a las exigencias de democratización del modelo constitucional, el sistema laboral de empleo público también encontraría reservado un ámbito material de regulación a la autonomía colectiva.

2.2.5. El modelo legislativo propuesto a la luz del principio social y sus distorsiones: la unidad de la organización administrativa y la rigidez externa e interna del decreto legislativo 276

La norma básica del empleo público ha merecido escasa atención por parte de la doctrina nacional. Los enfoques globales de la normativa laboral pública se han llevado a cabo básicamente por autores de Derecho Administrativo que, salvo algunas excepciones, han adoptado una perspectiva inevitablemente presidida por las nociones propias de su disciplina. Desde nuestra óptica, sin embargo, un enfoque global del modelo legislativo debe partir de su relación con el texto constitucional.

Entre las opciones de formulación legislativa admitidas por la Constitución de 1979, nuestro legislador eligió la configuración de un sistema de norma especial y con carácter totalizador, constituida por el decreto legislativo 276, ley de bases de la carrera administrativa y de remuneraciones del sector público. Debe reiterarse, sin embargo, que dados los imperativos constitucionales anotados, la opción por una regulación diferente de la de los trabajadores del sector privado para nada atribuye una esencia estatutaria al modelo, sino únicamente delimita la especialidad

de una relación esencialmente laboral.⁵⁴ El reconocimiento expreso de una lógica cambiaría que, tras la prestación de servicios llevados a cabo, consagra el derecho a una remuneración justa y equitativa, y que corresponde al nivel profesional; el reconocimiento de la condición laboral de los *servidores públicos*, implícito en la consagración legal de determinados principios laborales; el empleo de las categorías típicas de la disciplina laboral y sobre todo el reconocimiento del derecho a la sindicación y la huelga constituyen signos inequívocos de la línea laboral seguida por instancia del texto constitucional.

La opción por una regulación especial puede explicarse también por dos factores. En primer lugar, por el cierto arraigo de la práctica reguladora diferenciada, desplegada desde la promulgación de la ley 11377. No cabe duda de que el tránsito de un modelo estatutario —definido como tal sobre la base de su abierto unilateralismo— hacia un modelo laboral de fundamento constitucional nunca habría podido llevarse a cabo de manera repentina y, por el contrario, resultaba más conveniente implementar una regulación especial. En segundo lugar, la opción escogida por el legislador ha podido responder a la consideración de la insuficiencia del marco normativo laboral privado para la consagración de los valores establecidos como esenciales por el texto constitucional; insuficiencia que se evidencia tanto en el plano formal, por la dispersión normativa que caracterizaba a la legislación laboral del sector privado y que hacía impensable una regulación unitaria, como en el plano material por la imprecisión o las deficiencias en la regulación de determinadas instituciones, sobre todo por los mecanismos para contratar y concluir la relación laboral. Lo cierto es que el decreto legislativo 276 estableció un sistema de carrera profesional denominado *carrera administrativa* en el que, al encontrarse asentada constitucionalmente la naturaleza laboral de la relación de empleo público, el calificativo de *administrativa* referiría más que a una remisión a su disciplina reguladora, a la naturaleza pública de la parte empleadora. Por lo demás, como hemos señalado, la opción legislativa por una regulación especial no resultó atentatoria a su carácter laboral y, por el contrario, aun contenida en una regulación especial, el modelo expresó fundamentalmente una tendencia laboralizadora acorde con las exigencias constitucionales, pero aún influida por algunas declaraciones de abierto corte estatutario unilateral que generaron distorsiones de relevancia. Conviene mencionar aquí dos aspectos puntuales que, a pesar de mantenerse invariables con relación a la regulación estatutaria de la ley

⁵⁴ NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho laboral*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, p. 41. En contra de esta postura se manifiesta la Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la administración pública central, que atribuye al decreto legislativo 276 un carácter estatutario en el que la finalidad última de la prestación es el servicio público. «Informe de la Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la Administración Pública Central», cuyo resumen ejecutivo fue publicado en el diario oficial *El Peruano* el 25 de julio de 2001.

11377, no alteran la esencia laboral del sistema, que se desprende de la necesaria observancia de los parámetros constitucionales.

El primer aspecto que se debe mencionar es el de la unidad de la organización administrativa. En concordancia con lo establecido por el artículo 60 de la Constitución de 1979, el decreto legislativo 276 rescata el carácter unitario de la organización administrativa en lo relativo a la materia remunerativa,⁵⁵ pero también en cuanto admite el desplazamiento del trabajador por distintas entidades manteniendo el nivel adquirido.

El segundo aspecto es el de la rigidez externa, manifestada por la habilitación de sistemas garantistas de acceso y la extinción. Luego de establecer que la carrera constituye una «institución social que permite ejercer a los ciudadanos el derecho y el deber de prestar sus servicios a la nación», el texto del decreto legislativo 276 establece en sus considerandos que a través de la norma de carrera se busca asegurar el desarrollo del servidor «en base a méritos y calificaciones en el desempeño de sus funciones». El artículo 1 del Título Preliminar establece en la misma línea que la carrera «tiene por objeto permitir la incorporación de personal idóneo, garantizar su permanencia, asegurar su desarrollo y promover su realización personal en el desempeño del servicio público». Por último, el artículo 4 de dicho título consagra como principios de la carrera la «igualdad de oportunidades» con correlato directo en el establecimiento de un sistema de ingreso y ascensos,⁵⁶ y la *estabilidad* que impone mecanismos de extinción legalmente establecidos y que excluyen toda posibilidad de terminación unilateral del vínculo laboral sin mediar habilitación legal.⁵⁷

Debemos reiterar que los dos aspectos mencionados no imponen la alteración del sistema de valores constitucionalmente impuestos. Como ya lo hemos establecido, a pesar de que la tesis estatutaria tradicional se articula sobre un modelo doblemente rígido, ni la concepción unitaria de la organización administrativa ni la rigidez externa constituyen factores incompatibles con los postulados del Estado social y democrático ni con el carácter laboral de la relación de empleo público. Más bien, es el unilateralismo expresado en la rigidez interna y el autoritarismo que lleva implícito, el factor que —filtrado en la configuración del modelo legislativo— impone una severa contradicción con los postulados constitucionales.

No obstante que los condicionantes constitucionales han sido observados por el legislador —quien ha optado por un diseño legal que aunque en exceso detallista

⁵⁵ El artículo 6 del decreto legislativo 276 establece que para los efectos de la carrera administrativa y el Sistema Único de Remuneraciones, la administración pública constituye una sola institución, con lo que los servidores trasladados de una entidad a otra conservan el nivel de carrera alcanzado.

⁵⁶ Artículos 12 y 16 del decreto legislativo 276.

⁵⁷ Artículo 24 literales a) y b) y artículos 34 y 35 del decreto legislativo 276.

presenta ya un trasfondo laboral— subsisten algunos elementos de distorsión que insertan al modelo legislativo, más que dentro de una ya consolidada línea laboralizadora, en lo que denominamos un inacabado proceso laboralizador.

En primer lugar, el decreto legislativo 276 presenta algunos rastros ideológicos de la tesis estatutaria unilateral en cuanto proclama en algunos apartados la supeditación del interés particular del empleado público al interés común y a los deberes del servicio expresados por la organización administrativa.⁵⁸ Indudablemente, dicha imposición obedece a la necesidad de establecer una identidad entre el interés común y el de la organización como empleadora —lo que favorece enormemente la posición de parte de la organización administrativa en la relación de empleo— y la intención —a espaldas del marco normativo constitucional— de reducir a su mínima expresión el interés del trabajador latente en una relación jurídica de intercambio trabajo por salario.

En segundo lugar, el decreto legislativo 276 mantiene al nombramiento como acto fundacional de la relación jurídica de empleo en cuanto esta sea de carrera, con lo que evade su carácter eminentemente contractual, incluso por encima de la consagrada libertad de contratar.

El nombramiento no solo resulta cuestionable desde una perspectiva dogmática, es decir, desde aquella que impone la negación de la esfera decisoria individual constituida por la libertad de contratar; también aparece como contradictorio con la posibilidad admitida normativamente de provisión de personal para el desarrollo de labores permanentes y temporales mediante contrato. Ciertamente, el decreto legislativo 276 y el decreto supremo 005-90-PCM admiten la prestación de servicios mediante contrato en dos supuestos. El primero es de carácter excepcional, pero sujeto a concurso, para el desarrollo de labores de naturaleza permanente hasta por un máximo de tres años, al cabo de los cuales se adquiere el derecho a la incorporación a la carrera y se goza además de estabilidad laboral;⁵⁹ el segundo, para el desarrollo de labores de naturaleza temporal o accidental, y sin necesidad de concurso. Al margen de los detalles contenidos en la ley y el reglamento, importa destacar que el sistema de doble canal de acceso al que hemos hecho referencia —por nombramiento y contrato— se articula básicamente en función de la carrera profesional del trabajador y de la garantía de estabilidad que esta trae implícita. De este modo, en tanto la prestación de servicios se realice en el marco de un régimen de carrera y con estabilidad, el sistema establece como canal jurídico de vinculación entre las partes la voluntad unilateral de la organización administrativa. Por el contrario, cuando la prestación de servicios no se inscribe en el

⁵⁸ Artículo 3, literal b) del decreto legislativo 276.

⁵⁹ Habría que agregar que al cabo de un año por imperio de la ley 24041 la estabilidad se extiende a los contratos para la realización de labores de naturaleza permanente.

marco de un sistema de carrera, sea que los servicios dan cobertura a labores de naturaleza permanente o temporal, la normativa prevé un sistema de contratación que, a diferencia del caso anterior, trae implícito el reconocimiento de la autonomía individual del trabajador como factor de relevancia en el establecimiento del vínculo jurídico.

Como podrá apreciarse, el modelo evidencia una severa distorsión. La carrera puede determinar, a lo más, el establecimiento de un requisito previo destinado a asegurar que las garantías de promoción profesional, igualdad de oportunidades y estabilidad sean atribuidas a quien demuestre las aptitudes y el mérito necesarios para un desempeño imparcial y especializado de labores, sin importar que la constitución del vínculo provenga de un acto unilateral o bilateral. La distorsión se produce en tanto el decreto legislativo 276 establece un necesario nexo entre perspectiva de carrera y unilateralismo que, además de ajeno a los postulados constitucionales, resulta contrario a la convicción de *contractualidad* del vínculo laboral manejada por los sujetos de la relación jurídica en el plano real. La propia previsión de *contratos* para la realización de labores de naturaleza permanente sometidos a concurso, a la vez que evidencia la irracionalidad del recurso al unilateralismo, deja en claro la suficiencia del mecanismo contractual para garantizar los valores requeridos por la organización.

Lo realmente relevante es que en la línea de lo establecido en la tesis estatutaria tradicional, la negación de la naturaleza contractual de la relación de empleo en el decreto legislativo 276 se realiza sobre la base de una pretendida vinculación entre unilateralismo en el acto constitutivo y garantías de imparcialidad y profesionalismo en el desarrollo de la labor de los empleados públicos. Como indica Martínez Abascal:

[...] El régimen contractual ni abona ni entorpece a la realización del principio de eficacia de las administraciones, pues tal principio no se encuentra subordinado a la naturaleza de la relación de empleo público, sino más bien a los criterios que gobiernen la organización administrativa y los mecanismos de selección, formación y promoción profesionales [...].⁶⁰

De igual modo, el unilateralismo en la constitución de vínculo tampoco constituye una condición indispensable para el aseguramiento de las garantías de imparcialidad y profesionalismo destinadas a dotar de eficiencia a la labor de los trabajadores públicos. Por el contrario, a diferencia de la opción por una lógica unilateral, la técnica contractual aparece acorde con el sentido del texto constitucional siempre que venga seguida de la aplicación de una normativa de signo protector que asegure la dignidad del trabajador y evidencie la eficacia del valor

⁶⁰ MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente. «La regulación homogénea de las relaciones de trabajo dependiente en la función pública». *Revista de Derecho Social*, n.º 7, 1999, pp. 220-221.

libertad, con lo que se eliminaría cualquier rastro de autoritarismo o sujeción que menoscabe la eficacia plena de los derechos fundamentales.

Por último, otra de las más severas distorsiones ofrecidas por el modelo legislativo proviene de la insuficiencia de los términos en los que se lleva a cabo la consagración de los derechos colectivos.

Al pretender el decreto legislativo 276 convertirse, desde una perspectiva formal, en el instrumento de regulación unitaria y totalizadora de la relación de empleo público, la regulación de los aspectos colectivos es remitida a normas de rango reglamentario. De esta manera, por el decreto legislativo 276 solo se limita a reiterar —en términos generales— la titularidad de los derechos de sindicación y huelga ya efectuada por el texto constitucional, y regular de forma limitativa el ámbito material de la negociación establecida en el artículo 44.⁶¹ Ello resulta inexplicable desde que la consagración de la titularidad de los derechos colectivos para los trabajadores estatales constituía justamente uno de los aspectos determinantes del giro laboral impuesto por fuente constitucional, expresión contundente de la definitiva superación del matiz unilateral autoritario establecido por el estatuto. Era de esperar, por ello, que la regulación de los derechos colectivos de los trabajadores públicos viniera establecida en el cuerpo de la norma base del régimen especial.

Sin embargo, la distorsión que anotamos no está determinada únicamente por el aspecto formal antes mencionado. Desde un punto de vista material son dos los elementos de distorsión.

El primero, desprendido de una visión global de la regulación establecida por el propio decreto legislativo 276, que efectúa una regulación en detalle de la relación de empleo sin reservar el más mínimo espacio a la regulación convencional o a la participación de las organizaciones sindicales de trabajadores públicos. En todo caso, los espacios de regulación no abordados directamente o en detalle por el decreto legislativo 276 fueron posteriormente colmados por múltiples leyes, decretos supremos y directivas que desbordaron el carácter matriz o la pretendida unidad reguladora de la ley de bases, tornando el panorama legislativo tanto o más disperso que el que regía las relaciones laborales en el ámbito privado.

⁶¹ Aunque en su totalidad se trata de un tema cuya revisión corresponde al capítulo siguiente, es necesario señalar que ya en 1982, es decir, con anterioridad a la promulgación del decreto legislativo 276, se había llevado a cabo a través de normas de rango reglamentario la regulación de los derechos de sindicación y negociación colectiva de los trabajadores públicos, como una manera de adecuarlos al Convenio n.º 151 de la Organización Internacional del Trabajo. En este apartado basta señalar que no habiéndose desarrollado hasta ese momento la regulación por ley de los derechos de los servidores públicos, era probable que la deficiente regulación llevada a cabo por dichos decretos supremos y las observaciones efectuadas por el Comité de Libertad Sindical sean ajustadas a los parámetros establecidos por dicha instancia e incorporadas en una norma con rango de ley, conforme a las previsiones constitucionales.

Lejos de consolidarse o ampliarse los canales de participación institucional abiertos para los trabajadores públicos por el estatuto, el decreto legislativo 276 los redujo a su mínima expresión, con lo que quedó el planeamiento, la ejecución y el control de las políticas laborales en manos de un organismo técnico sin participación de los trabajadores públicos —el Instituto Nacional de Administración Pública— y la resolución de las controversias en el ámbito individual y colectivo en las de una instancia, también administrativa, de composición enteramente patronal —el Tribunal del Servicio Civil—.

El segundo, un elemento vinculado al anterior, determinado por el propio texto expreso de la norma. El artículo 44 del decreto legislativo 276 excluye como materia de negociación todo beneficio o condición de trabajo que importe incrementos remunerativos o modificaciones al sistema único de remuneraciones. Puede señalarse aquí, solo a grandes rasgos, que esta limitación al ámbito material de la negociación colectiva, asentada sobre la noción de unidad de la administración pública, recae justamente sobre la materia de negociación a la que más se recurre en todo el sistema de relaciones laborales e, incluso, en la negociación colectiva de facto llevada a cabo en el sector público.

A pesar de la enorme importancia de las distorsiones a las que hemos hecho referencia, no puede calificarse al diseño legal de *estatutario de derecho administrativo*. Como ya hemos señalado, el modelo de relaciones laborales en la administración pública tiene como principal referente al texto constitucional, definidor, a su vez, del propio modelo de Estado y de los valores base para la interpretación de los derechos en él contenidos. El modelo de Estado social y democrático, y la conceptualización de los derechos laborales constitucionales como de titularidad de todo sujeto inserto en una relación jurídica de intercambio de trabajo por salario, constituyen el punto de inicio de la etapa laboral de la relación de empleo público que, como punto de quiebre en un proceso evolutivo, no puede resistir la *inercia* con la que los fenómenos y las categorías autoritarias se filtran por sobre el nuevo modelo. No nos encontramos solamente frente un fenómeno inherente a los procesos de cambio; el antiguo modelo, aunque sin gran arraigo en las estructuras históricas e ideológicas de nuestro país, engarzaba con las concepciones autoritarias de poder, con lo que se consolidaba una posición dominante favorable para la organización administrativa. Es decir, al margen de la inercia con la que se filtran las categorías autoritarias, en nuestro caso es apreciable la abierta intención del Estado empleador por mantenerlas e incluso consolidarlas. De allí que el modelo legislativo, no obstante traslucir un fondo laboral, encuentra insertas en aspectos clave categorías de corte autoritario que resisten al influjo del principio social y democrático.

2.3. EL ESTADO ACTUAL DE LA RELACIÓN LABORAL DE EMPLEO PÚBLICO Y LA CONSTITUCIÓN DE 1993

2.3.1. El principio de Estado social y democrático en la Constitución de 1993

Se ha discutido con gran interés si la formulación de la Constitución de 1993 ha determinado un cambio en el modelo de Estado social y democrático consagrado por la Constitución de 1979.

Sobre la base en un enfoque comparativo centrado en el tratamiento otorgado a los derechos económicos y sociales por la Carta de 1993, y que apunta especialmente a la estrecha vinculación existente entre estos derechos y las corrientes ideológicas predominantes, Rubio ha señalado que la concepción social y solidaria consagrada por la Constitución de 1979 ha dado lugar —con la promulgación de la nueva Carta— a una concepción neoliberal en la que el activo rol promotor del Estado se ha reducido al de mero supervisor del cumplimiento de la normativa vigente.⁶² Ciertamente, como observa el citado autor, inspirada en la demanda neoliberal de repliegue regulador, la Constitución de 1993 ha introducido cambios significativos en cuanto a derechos económicos y sociales se refiere, con lo que se opera la exclusión de algunos derechos laborales de la esfera constitucional, o la abierta disminución del nivel de protección o participación de los trabajadores.⁶³ Sin embargo, dicha reducción no ha redundado en una neutralización del principio social como elemento definidor del modelo, dado que su carácter social puede ser desprendido de su mención expresa en el artículo 43 —que establece que la República del Perú es «democrática, social, independiente y soberana»—, así como de los caracteres y objetivos humanistas y de ampliación de la libertad claramente establecidos en otros enunciados —el artículo 44 que consagra como deberes primordiales del Estado «garantizar la plena vigencia de los derechos humanos», o el artículo 58 que establece que la iniciativa privada «se ejerce una economía social del mercado»—.

De este modo, siguiendo a Toyama, puede afirmarse que el debilitamiento del principio laboralista no ha determinado una separación o alejamiento del modelo de Estado social y democrático; más bien, ocurre una mediatización de la función promotora del Estado, que impone cierta *atenuación* del principio social en comparación al modelo constitucional del 1979.⁶⁴ Si bien es cierto que esta atenuación buscaría eliminar aquellas manifestaciones del principio social y democrático entendidas como *obstáculos* a la implantación de un modelo neoliberal, el texto constitucional no ha podido resultar del todo ajeno a la nueva forma de ser del

⁶² RUBIO CORREA, Marcial. *Estudios de la Constitución...*, pp. 11-12.

⁶³ *Ibid.*, p. 13.

⁶⁴ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. «Los modelos de relaciones laborales, la autonomía colectiva y las constituciones de 1979 y 1993». *Derecho y Sociedad*, n.º 10, Lima, 1995, p. 213.

Estado y a la interiorización de su carácter social a través del realce de los derechos sociales y económicos, más estrechamente vinculados desde una perspectiva material con la dignidad de la persona. Podría afirmarse que la desregulación operada por la Constitución de 1993 —justificada en la necesidad de eliminar toda tendencia reglamentaria, pero en el fondo inspirada en programas y objetivos neoliberales—,⁶⁵ por su inevitable vínculo con el principio interpretativo que se desprende de la definición del modelo de Estado no ve afectada su esencia social.

Esta desregulación llevada a cabo por la Constitución de 1993 tuvo un doble matiz. Por un lado, comportó una desregulación de orden cuantitativo en tanto, como observa Rubio, operó la eliminación del marco constitucional de diversos beneficios y derechos laborales: la propuesta de organización de un sistema de remuneraciones para los trabajadores con familia numerosa, el derecho al pago de horas extras, la compensación por tiempo de servicios y la regulación del trabajo nocturno, los pagos extraordinarios por dicho concepto, el estímulo a la formación profesional, el perfeccionamiento técnico de los trabajadores y el deber de regular en materia de higiene y seguridad en el trabajo. Por otro lado, constituyó una desregulación de orden cualitativo en tanto produjo la disminución de la intensidad en lo que se refiere a la protección constitucional a diversos derechos y beneficios, con correlato directo en su configuración legal: participación de los trabajadores reducida a las utilidades de la empresa.⁶⁶ Destaca, en particular, el tema de la estabilidad laboral, en el que el sistema de despido basado en justa causa fue suplantado por un sistema de protección fijado por ley, la que terminó consagrando una protección basada únicamente en el pago de una indemnización.

No obstante, si bien los cambios operados determinaron la desaparición de algunos de los rasgos protectores del modelo constitucional, estos no tuvieron entidad suficiente para afectar su esencia social. En algunos casos, la protección derivada a ley mantuvo los mismos caracteres, con lo que el derecho suprimido del texto constitucional perdió únicamente el nivel reforzado de protección jurisdiccional brindado por el recurso de amparo.

2.3.2. El modelo de relaciones laborales de empleo público en la Constitución de 1993

Si en el sistema de relaciones laborales la Constitución de 1993 significó una doble desregulación, las innovaciones resultaron menores en lo que se refiere a las previsiones específicamente relacionadas con el empleo público.

⁶⁵ El dictamen de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social sobre el capítulo V «Del trabajo» es claro en señalar que la reducción de la regulación constitucional sobre el trabajo tenía por objetivo sintetizar «la verdadera naturaleza de los derechos laborales fundamentales, evitando la tendencia reglamentarista que prevalece en la Constitución vigente».

⁶⁶ RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución...*, p. 13.

El esquema propuesto por la Constitución de 1993 se encuentra presidido por el enunciado que dirige la actividad laboral del dependiente estatal al servicio de la nación, y que, como ya se ha señalado, en vista del principio social —en el que también se inscribe el texto constitucional de 1993— determina el establecimiento de un modelo legislativo destinado a garantizar la imparcialidad y profesionalismo de los empleados públicos. Este enunciado viene seguido de una reserva legal en materia de regulación del ingreso a la carrera administrativa, derechos, deberes y responsabilidades, y de la exclusión del régimen de carrera a los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Aunque desde algún sector de la doctrina se sostiene todavía que la diversa ubicación en el texto constitucional de los dispositivos que regulan los derechos laborales y la función pública impondría diferencias de régimen jurídico que derivarían la regulación del empleo público a los principios del derecho administrativo,⁶⁷ la potencia del principio social, la eficacia de los derechos fundamentales —cuya titularidad tiene su origen en la realidad material del trabajo humano—, así como la mención expresa a la condición laboral de los dependientes estatales que realiza el nuevo texto constitucional, determinan la inviabilidad de esta postura y la necesaria reconducción de la normativa constitucional de acuerdo con los parámetros interpretativos del principio social y democrático.

En cuanto a los factores diferenciales, son tres los aspectos que interesa destacar. En primer lugar, y vinculado a lo anteriormente señalado, la Constitución de 1993 introduce una terminología novedosa con relación a la empleada por el texto constitucional de 1979. El artículo 39 inicia el capítulo cuarto refiriendo a dos categorías diversas: *funcionarios públicos* y *trabajadores públicos*.

Es evidente que el recurso a la categoría *funcionarios públicos* no resulta novedoso pues, no obstante la imprecisión en lo relativo a su contenido —determinada por la diversa amplitud personal atribuida al concepto en los ordenamientos comparados—, constituye indudablemente un término emblemático en el tratamiento constitucional de la relación de empleo público. Sin embargo, la mención en algunos apartados del texto constitucional a *trabajadores públicos* en lugar de *servidores públicos* sí constituye una innovación de relevancia que zanja cualquier discusión relativa a la real naturaleza jurídica de la relación de empleo público.

En efecto, el texto constitucional recurre a ambas categorías casi en forma indistinta, y si bien algún constituyente justificó que se introdujera el término *trabajadores* en cuestiones de simple redacción,⁶⁸ no es posible negar la potencia

⁶⁷ En este sentido puede verse en el diario oficial *El Peruano* (25 de julio de 2001) el «Informe de la Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la Administración Pública Central», pp. 13 y ss.

⁶⁸ En su intervención en los debates del Congreso Constituyente Democrático, el constituyente Enrique Chirinos Soto sustentaba la inclusión del término «trabajadores» en el texto constitucional afirmando

de la innovación en cuanto determina la ratificación de la postura laboral ya apreciada desde la Constitución de 1979.

Como ya se ha anticipado, lo relevante es resaltar que la introducción del término *trabajadores* implica el reconocimiento de la naturaleza laboral de la relación de empleo público y su consecuente regulación no solo por los derechos laborales constitucionales sino, también, por la lógica y los principios del derecho del trabajo. Por tanto, la condición laboral expresada en la terminología empleada convertiría al dependiente estatal en titular indiscutible de la totalidad de derechos constitucionales previstos para todos los trabajadores, lo que demanda detenernos en la revisión de las eventuales dificultades derivadas de la aplicación de determinados principios del derecho del trabajo y sus efectos sobre los criterios reguladores de la actividad administrativa.

La afirmación de la plena aplicación de los principios del derecho del trabajo a la relación de empleo público ratifica lo que la doctrina italiana denomina la «primacía de la vertiente laboral del texto constitucional», derivada de su «carácter absoluto de conformación y tutela susceptible de alejar cualquier tipo de condicionamiento dependiente de la cualidad pública o privada del sujeto empleador». ⁶⁹ Esta afirmación, sin embargo, no resulta del todo aceptada por quienes consideran que la gestión del trabajo dependiente en la organización administrativa constituye también una evidencia de la actuación administrativa sujeta, con especial intensidad y en custodia de un innegable interés público, al principio de legalidad.

La supuesta incompatibilidad entre este principio rector de la disciplina administrativa y los principios inspiradores del derecho del trabajo se ha puesto de manifiesto especialmente en relación con el principio de «primacía de la realidad», señalándose la imposibilidad de extraer consecuencias jurídicas vinculantes para la organización administrativa de la verificación de una simple situación de hecho; más todavía cuando es posible entender que la legitimación de la actividad administrativa, por la sola cobertura normativa delimitadora de competencias, expresa finalmente el predominio de las formas sobre cualquier situación de hecho. ⁷⁰ Desde nuestra perspectiva, la respuesta a estas objeciones viene determinada otra vez por la correcta valoración de los propios intereses en conflicto.

El principio de legalidad constituye un mecanismo que establece parámetros para la actuación de la organización administrativa. A través de la necesaria sujeción

que «toda la diferencia está en que en la redacción que se propone se dice todos los servidores públicos están al servicio de la nación». Agregaba el legislador que «esta es una típica cuestión de redacción en la que intervine yo. He puesto: todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la nación, para no caer en la redundancia de decir: todos los servidores públicos están al servicio».

⁶⁹ CORPACI, Alfredo. *Reformas en la laboralización de la relación...*, p. 256.

⁷⁰ GRZETICH, Antonio. «Aplicación de principio de primacía de la realidad a los trabajadores del Estado. *Derecho Laboral*, n.º 138-139, Montevideo, 1985, p. 294.

de la actividad administrativa a una previa habilitación legal se pretende eliminar de esta todo rasgo de arbitrariedad, por lo que finalmente el recurso a una formalidad constituida por la habilitación legal se justifica en la necesidad de proscripción de toda arbitrariedad en el plano material. Resulta, por tanto, tan ilegítima y proscriba la actuación administrativa sin previa habilitación legal como aquella realizada al margen de esta.

Sin embargo, de ninguna manera puede sostenerse que la consecuencia de dichas actuaciones derive en —todos los casos— en su absoluta ineficacia e invalidez puesto que, sobre todo en materia laboral, ello conduciría a una situación de indefensión en los perjudicados, y a privar de eficacia jurídica a las normas laborales una vez verificadas las situaciones de hecho previstas por estas. La organización administrativa deberá someterse aquí a las sanciones que establezca el ordenamiento jurídico, lo que depende de la gama de principios que gobiernen cada parcela de relaciones jurídicas en donde repercuta su actuación al margen de la habilitación normativa. Por tanto, en el ámbito laboral, la aplicación del principio de primacía de la realidad no solo se justifica en tanto posibilita la aplicación de las consecuencias previstas por el ordenamiento laboral a toda disconformidad entre los planos material y formal, sino constituirá el mecanismo más efectivo de proscripción de la eventual arbitrariedad de la organización administrativa y de restauración del propio orden jurídico que propugna el principio de legalidad. Aceptar la exclusión de este principio laboral o de cualquier otro, basándose en la primacía que sobre las relaciones jurídicas en las que interviene el Estado, desplegaría el principio de legalidad, implicaría abandonar dichos espacios al absoluto o arbitrario dominio de la organización administrativa.⁷¹

⁷¹ No puede afirmarse que nuestra magistratura haya recogido en forma unánime la opinión que sostenemos. En la sentencia en Casación 1925-97/La Libertad, frente a una demanda de pago de adeudos por trabajo en jornada extraordinaria, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema estableció que «al haberse amparado el pago de horas extras —la sentencia casada— ha contravenido no solo las normas de austeridad presupuestal sino también normas de orden público y de fiel cumplimiento». Agrega la Corte Suprema que el contrato individual de trabajo a plazo fijo celebrado entre las partes establece que el trabajador percibirá únicamente una remuneración mensual así como otros beneficios, no encontrándose incluidas las horas extras, razón que conduce a desestimar la pretensión del demandante. Como puede apreciarse, los fundamentos expuestos inciden en el establecimiento formal —legal y contractual— de parámetros a la actuación administrativa sin analizar, más allá de las imposiciones legales y de los términos contractuales, si en los hechos se produjo una prestación de labores en jornada extraordinaria requerida y autorizada por la entidad empleadora. Se trata, desde nuestra perspectiva, de la aplicación de una lógica presidida por el principio de legalidad que limita el análisis a la existencia de una habilitación legislativa normativa para que quede conformada la obligación de pago de horas extras de la organización administrativa. La situación de arbitrariedad y desprotección generada es evidente y contradice los reales objetivos del principio de legalidad. En sentido opuesto, el Tribunal Constitucional ha privilegiado en algunos casos la aplicación del principio de primacía de la realidad haciéndola primar sobre la forma al margen de habilitaciones normativas o contractuales. Ello ha sucedido cuando no

Es importante determinar, por último, si es posible extraer del empleo de las categorías *trabajador público* y *servidor público* alguna consecuencia jurídica de relevancia.

Desde nuestra perspectiva, con el empleo del término *trabajadores* en el texto constitucional se intenta acoger las variaciones que en la organización de las relaciones de empleo público se han producido en décadas recientes. De la completa y exclusiva adscripción de toda relación de empleo en la que interviene el Estado en calidad de parte de la regulación laboral pública, en poco más de una década se ha producido un progresivo vaciamiento de la carrera administrativa originado por la incursión de las normas laborales de la actividad privada para la regulación de las relaciones jurídicas de empleo, fenómeno iniciado por los trabajadores de las empresas estatales —regidos de modo impropio por las normas laborales públicas— y continuado por los trabajadores de algunas instituciones estatales periféricas. Estos hechos, aunque cuestionables en algunos extremos, han terminado por despejar toda duda con relación al carácter laboral del vínculo jurídico, al hacer extensiva sin reparos la regulación laboral privada, su lógica y principios a trabajadores de instituciones que conforman la administración pública. Más todavía, el fenómeno anotado ha determinado también la convivencia de personal regido por regímenes laborales distintos al interior de la organización administrativa y en ocasiones al interior de una misma entidad, lo que sin duda ha quebrado la correspondencia establecida —por lo menos en el plano formal— entre «trabajador-régimen laboral privado» y «servidor público-régimen laboral público». En todo caso, el detalle por resaltar sería el empleo de una única categoría, *trabajadores* que, a la vez que comprensiva de todos los colectivos laborales al servicio de la organización administrativa, resultaría definidora de su particular situación jurídica al margen de la naturaleza o condición del sujeto empleador.

Una segunda variación impuesta por la Constitución de 1993 está constituida por la supresión del sistema único de remuneraciones.

La previsión contenida en la Constitución de 1979, relativa a un sistema único de remuneraciones que homologue las de los servidores públicos, fue materia de un desarrollo legislativo importante en la década de los ochenta. Dado que la implementación pasaba necesariamente por la uniformización previa de los sistemas

obstante haberse celebrado las partes «contratos de servicios no personales», las labores desarrolladas por los trabajadores en entidades públicas eran de naturaleza permanente. Puede verse al respecto la sentencia recaída en el expediente 731-99-AA/TC, en la que el TC señala que «en virtud del principio de primacía de la realidad resulta evidente que al margen de la apariencia temporal que se refleja en los contratos aludidos ha tenido las notas de subordinación, dependencia y permanencia». Como vemos, no obstante la contratación se formula por resolución expresa ajustada a las previsiones presupuestales y al CAP de la entidad, el TC privilegia la aplicación de un principio laboral que, como lo señala, «fluye de la naturaleza tuitiva de nuestra Constitución».

remunerativos vigentes a la promulgación de la Constitución de 1979, fueron expedidas diversas normas destinadas a estructurar el sistema único.⁷² Sin embargo, los intentos de uniformizar no dieron los resultados esperados; en primer lugar, debido a la creciente y constante actividad sindical desplegada por los trabajadores públicos cuya negociación de facto, realizada en contravención de las normas que prohibían la negociación de materia salarial y que implementaban el sistema único de remuneraciones, produjo alteraciones de relevancia debido a que, por su posición estratégica, algunos sectores de trabajadores públicos alcanzaron incrementos remunerativos de importancia, al margen del sistema unitario de categorías y niveles implantado por las normas estatales.

Por otro lado, es importante mencionar que la propia imposición del régimen laboral privado significó una reducción del ámbito de aplicación de la ley de bases y de la lógica uniformadora en materia remunerativa, lo que generó la convivencia de trabajadores al interior de una misma institución con beneficios distintos, provenientes de marcos institucionales diversos. Atenta a esta realidad, la Constitución de 1993 habría suprimido toda mención a un sistema único, lo que en la perspectiva de la comisión encargada del estudio de la situación del personal de la administración pública central constituye no una simple omisión sino un acto deliberado dado el constante incumplimiento del precepto.⁷³

En efecto, la omisión aparece como deliberada si tomamos en cuenta que desde la vigencia de la Carta de 1993, lejos de ser un simple testigo de la diversificación de fuentes de financiamiento y conceptos remunerativos, el Estado se ha convertido en su principal promotor. Los datos ofrecidos por la mencionada comisión indican que en la actualidad 58.9% de los pagos efectuados a los trabajadores de la administración central provienen de fuentes distintas de la planilla única de pago y se encuentran constituidos por conceptos de la más diversa especie, creados con la finalidad de incrementar los ingresos de los trabajadores al margen de la estructura de carrera y sin incidir en la generación de sobrecostos a la organización administrativa. De este modo, la diversificación produjo no solo un alejamiento del principio de igualdad remunerativa sino que, además, atribuyó al Estado una suerte de prerrogativas inusuales en el resto de empleadores.⁷⁴

⁷² Entre los dispositivos más importantes destacan el decreto supremo 057-86-PCM, que establece la primera etapa del proceso de incorporación de los trabajadores públicos al sistema único de remuneraciones; posteriormente fueron expedidos el decreto supremo 107-97-PCM, que establece la segunda etapa del sistema único de remuneraciones; y el decreto supremo 051-91-PCM, que establece las normas reglamentarias para determinar los niveles remunerativos de los trabajadores estatales conforme al ya mencionado sistema único de remuneraciones.

⁷³ Texto del Informe de la Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la administración pública central, p. 17.

⁷⁴ Lo señalado queda comprobado con los datos ofrecidos por la Comisión cuando señala que la dispersión salarial determina, por ejemplo, que los valores máximos o incluso mínimos atribuidos a una categoría

Un último aspecto novedoso incorporado por la Constitución de 1993 lo constituye su tercera disposición final y transitoria que, al establecer en materia previsional la imposibilidad de acumular años de servicio, alude a cierta transitoriedad en la distinción de regímenes laborales con vista a unificarlos.⁷⁵

Aun cuando predomina en el precepto un inequívoco sentido limitativo en cuanto a acumulación de tiempo de servicios con efectos previsionales, resulta extraña la alusión directa a la provisionalidad de la diferencia entre regímenes laborales, tanto por su ubicación en una norma como la comentada, como por situarse en un contexto normativo decididamente inclinado por una regulación diferenciada, al menos en lo que a ingreso, carrera administrativa y estabilidad se refiere. Tal vez el sentido del precepto provenga de la opción por una acelerada introducción del régimen laboral privado para regular la relación de empleo público, ya anticipada al momento de la promulgación de la Constitución de 1993 y que en la actualidad constituye una realidad fácilmente comprobable. En todo caso, esta probable *privatización* de la relación de empleo público no haría otra cosa sino ratificar la naturaleza laboral del vínculo, lo que da cuenta a la vez que la regulación distintiva, más que a diferencias de naturaleza jurídica, constituiría simplemente una opción legislativa adoptada sobre bases estrictamente laborales.

ocupacional inferior sean superiores a los una categoría superior (pp. 27 y ss. del Informe). Por otro lado, basta apreciar el tratamiento de la materia remunerativa que se lleva a cabo desde la vigencia de la Constitución de 1993. Por ejemplo, una fuente de beneficios económicos la constituyeron los estímulos de CAFAE, provenientes en teoría de fondos recaudados por los trabajadores y otorgados por un Consejo de Administración, por razones asistenciales o de estímulo al trabajo. En la práctica, tales fondos se han conformado básicamente por transferencias del Gobierno central otorgadas a los trabajadores por conceptos tales como los bonos vacacionales, por cumpleaños, por consumo y apoyo alimentario. Un segundo exponente de esta realidad viene constituido por la bonificación única por productividad (BUP) de carácter «no remunerativo» por imperio de la norma que la regula y cuyo otorgamiento, por la ausencia de parámetros objetivos, estuvo dejado durante mucho tiempo a la entera y, en muchos casos, arbitraria discrecionalidad de la autoridad de cada institución. Como hemos señalado, en ambos casos, en virtud a la norma estatal, los beneficios otorgados no tenían carácter remunerativo y, por tanto, no incidían en un reajuste de otros beneficios colaterales ni en el incremento de los aportes a la seguridad social, con lo que el Estado aparecía como un empleador altamente privilegiado pues en virtud a la norma que él mismo que evitaba los sobrecostos que sí afrontaba el empleador común.

⁷⁵ La Tercera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 establece que «en tanto subsistan regímenes diferenciados de trabajo entre la actividad privada y la pública, en ningún caso y por ningún concepto pueden acumularse servicios prestados bajo ambos regímenes. Es nulo todo pacto en contrario».

2.3.3. La inmutabilidad del modelo legislativo y el impacto de la denominada «flexibilidad» en el empleo público

Como hemos apreciado, si bien el modelo implantado por la Constitución de 1993 no ofreció variaciones sustanciales con relación a su predecesora, sí contribuyó a despejar cualquier duda en torno de la naturaleza laboral de la relación de empleo público, con lo que se plantea una demanda urgente de modificación legislativa que salvara las distorsiones que originaban la supervivencia de algunas concepciones autoritarias. Sin embargo, lejos de producirse una redefinición de los extremos distorsionados, la regulación establecida por la norma base permaneció inmutable y, más bien, las modificaciones radicales se produjeron a través del recurso a algunos mecanismos ya previstos en ella o, en mayor medida, por efecto de nuevas normas introducidas al margen de la norma de carrera a instancia de una supuesta necesidad de eliminación de las supuestas *rigideces* que caracterizaban al modelo normativo vigente.

Con un trasfondo similar al observado en las relaciones de empleo en el sector privado, pero siguiendo una metodología diferente, se ha producido en poco más de una década una completa transformación del panorama normativo y fáctico en el empleo público, a la par de la anotada necesidad —pocas veces explícita— de eliminación de una rigidez normativa que, supuestamente, imposibilitaría el manejo racional del trabajo subordinado y que solo recientemente ha sido advertido como un fenómeno *flexibilizador* de la relación laboral de empleo público.

La *flexibilidad* es entendida en sentido amplio como un proceso de readaptación normativa a las variantes del contexto, que incluye un nuevo reparto de los poderes normativos. El origen económico del término ha vinculado originalmente su problemática al empleo en el sector privado, por lo que se entiende incluso como una variable del complejo fenómeno empresarial. Se trataría, básicamente, de un fenómeno de reacción frente a una alegada insuficiencia del marco normativo para afrontar los cambios en los sistemas productivos que trastocan el modelo tradicional de empresa y el modelo homogéneo de trabajador,⁷⁶ el creciente dinamismo de la actividad económica y la acelerada globalización de los intereses empresariales, así como la creciente y constante crisis económica. El sentido de la readaptación normativa ha dependido en gran parte de la finalidad trazada y de la fuente empleada para llevarla a cabo.

Siguiendo a Ermida, y de acuerdo con su finalidad, la flexibilidad puede ser de adaptación y de desregulación.⁷⁷ En la flexibilidad de adaptación, la alteración de la normativa se asocia directamente a la fuente encargada de llevarla a cabo. El

⁷⁶ Sobre el tema en particular puede revisarse el trabajo de BAYLOS GRAU, Antonio. «Igualdad, uniformidad y diferencia en el derecho del trabajo». *Revista de Derecho Social*, n.º 1, Albacete, 1998, p. 11.

⁷⁷ ERMIDA URIARTE, Óscar. «La flexibilidad». En *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú*. Lima: OIT, 2000, p. 5.

diagnóstico de las distorsiones y de los niveles de adaptación se realiza a través de la negociación colectiva, por lo que es propio hablar desde la perspectiva de la fuente de una flexibilidad autónoma. Tal escenario supone la institucionalización de la organización sindical y la acción colectiva como elementos clave en la democratización del proceso flexibilizador, con lo que el sujeto pasivo del proceso es quien, frente a una pretendida regulación o desregulación estatal en favor del unilateralismo empresarial, opone su capacidad de presión y su potencia negociadora con el fin de que la adaptación se realice sobre bases participativas y en resguardo de su dignidad.⁷⁸

En el segundo caso, la flexibilidad se agota en una finalidad desreguladora estatal en favor de la autonomía individual. Desde la perspectiva de la fuente, esta modalidad flexibilizadora es absoluta o predominantemente heterónoma y redundante en revalorizar la negociación en el ámbito individual como fuente reguladora de la relación de trabajo. Finalmente, se impone la desarticulación de la acción colectiva y la consecuente potenciación de las facultades del empleador.⁷⁹

Precisamente, es este segundo modelo de flexibilidad el que se ha verificado en las experiencias latinoamericanas, facilitado por una interesada dirección de diversos grupos de poder que, asentados en posturas neoliberales, atribuyeron a la supuesta *rigidez* inherente a la norma laboral la contracción del mercado y el estancamiento del empleo. En ocasiones, la flexibilidad de desregulación ha intentado trasladar el eje de la discusión de la conveniencia de mantener determinados niveles de protección hacia la funcionalidad misma de una normativa laboral protectora, lo que finalmente ha puesto en duda los propios fundamentos de la disciplina laboral. En cualquier caso, la flexibilidad desreguladora ha logrado establecer una relación directa entre la consecución de sus proclamados objetivos de inversión, competitividad y mayor empleo, y alteración de los niveles de protección en sentido peyorativo, modificando la relación entre las fuentes del derecho del trabajo. Es decir, se ha entendido que en tanto más radical sea, o haya sido, la disminución de la intensidad protectora y mayor la potenciación de las facultades empresariales, de modo más directo e inmediato se alcanzarían los niveles deseados de inversión, competitividad interna y externa, y recomposición del empleo. Se ha aducido incluso la existencia de beneficios directos, pero a largo plazo, para los propios trabajadores, quienes por voluntad empresarial se beneficiarían de los mayores márgenes de ganancia generados por la reimplantación del principio de libertad en las relaciones de mercado.⁸⁰

⁷⁸ *Ibid.*, loc. cit.

⁷⁹ Con mucho acierto resalta Pérez que la flexibilidad constituye una reivindicación típicamente empresarial. Pérez Amorós, Francisco. «El circuito de la flexibilidad laboral». *Revista de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 14, Madrid, 1998, p. 99.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 89.

En nuestra experiencia, tanto o más que en cualquier otra de América latina, los resultados arrojados por el fenómeno flexibilizador en su variante desreguladora han sido nefastos. Sin desconocer los desafíos que afronta la disciplina laboral,⁸¹ la actual situación de precarización del empleo y su impacto directo en la situación de menoscabo de la dignidad del trabajador, alertan sobre la necesidad de reorientar el fenómeno flexibilizador sobre bases participativas y sobre el respeto de los derechos fundamentales, con lo que queda ratificada de este modo la validez y funcionalidad de la intervención protectora como fundamento del derecho del trabajo.

Con referencia específica a nuestro ordenamiento, y siguiendo la línea autoritaria apreciada en las experiencias comparadas, el proceso flexibilizador llevado a cabo a partir del año 1990 incidió básicamente en tres aspectos: los mecanismos de provisión de personal y la contratación laboral, las formas de extinción de la relación de trabajo y la autonomía colectiva. Los dos primeros aspectos tuvieron como principal canal normativo la Ley de Fomento del Empleo, en tanto que el tercero la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

En lo referido a los mecanismos de contratación, la Ley de Fomento del Empleo implementó una gama de modalidades contractuales a plazo determinado que, no obstante su carácter excepcional, se convirtieron en regla general. Adicionalmente, se articularon diversos sistemas de provisión de mano de obra distintos del contrato de trabajo. Se implementaron modalidades denominadas de formación o capacitación para el empleo, al margen de la gama de beneficios derivados del carácter laboral de la relación jurídica. Del mismo modo, se regularon mecanismos de intermediación laboral con la finalidad presunta de atender a supuestas demandas de externalización de determinadas actividades complementarias e, incluso, necesidades empresariales vinculadas a las actividades centrales del negocio. En lo relativo a la conclusión del vínculo laboral, la misma norma modificó el antiguo sistema de estabilidad absoluta y configuró un sistema de extinción que, adicionalmente a las causales relacionadas con la conducta y capacidad del trabajador, admitía el despido sin causa sujeto a indemnización.

En cuanto a la autonomía colectiva, con sustento en la necesidad de controlar el proceso inflacionario —pero con importantes deficiencias formales y con carácter absolutamente heterónomo— la normativa emanada desde 1990 implementó un sistema para intervenir en la negociación colectiva tendiente a contener los incrementos salariales. A esta continua limitación material se agregó la aprobación de la Ley de Relaciones Colectivas, nuevo marco regulador de los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, que evidenció pronto una abierta

⁸¹ Acerca del tema de los retos que el nuevo siglo plantea al derecho del trabajo puede verse ROMAGNIOLI, Umberto. «Globalización y derecho del trabajo». *Revista de Derecho Social*, n.º 5, Albacete, 1999, p. 9.

preferencia por la negociación descentralizada, obstaculizó en muchos aspectos el libre ejercicio por los sujetos colectivos de los derechos sindicales y disminuyó los niveles de protección de la actividad sindical.

Como puede verse, la regulación flexible implantada incidía en aspectos sustanciales al sistema de relaciones laborales, pues, a la vez que inducía la actividad sindical a los microespacios empresariales, desarticuló todo intento centralizador y otorgó un amplio margen de disponibilidad empresarial de diversos mecanismos de contratación y extinción.⁸² Con ello quedaba postergado todo posible ejercicio negociado —en el ámbito colectivo— de la técnica de adaptación flexibilizadora, siendo asumido por la norma estatal y, sobre todo, por la autonomía individual. Dada la disparidad de poder de negociación, se acabó configurando en el plano real la más absoluta libertad empresarial de orientación y manejo de la relación de empleo y de fijación de sus contenidos.

Aun cuando la estrecha vinculación del fenómeno flexibilizador con factores como la crisis económica y los cambios en los sistemas productivos lo han vinculado originalmente a la problemática del trabajo asalariado en la empresa, la organización administrativa, en alusión a fundamentos y mecanismos distintos, ha implementado una disimulada técnica *flexibilizadora*, cuyos objetivos reales y resultados han sido idénticos a los del sector privado: la recuperación del monopolio regulativo de la relación de empleo público por parte del Estado empleador y la precarización de las relaciones laborales.

Si bien los cambios en los sistemas productivos y el dinamismo de la actividad económica también constituyen factores de despeque del fenómeno flexibilizador en el empleo público, fueron en especial las variantes impuestas por los nuevos sistemas productivos implantados sobre una estructura administrativa cada vez más descentralizada territorial y funcionalmente⁸³ y el contexto económico perfilado a partir de los fenómenos de globalización —a lo que podría agregarse la introducción a gran escala de la variable tecnológica en la prestación laboral de los trabajadores públicos— los factores que dieron forma a una necesidad de adaptación que, no obstante identificarse con la corriente flexibilizadora, tomó cuerpo como parte de la antigua demanda de «modernización y reforma de la Administración Pública».⁸⁴ De este modo, la proclamada necesidad de hacer eficiente la

⁸² Para el caso peruano puede verse MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN SOCIAL. «El problema del empleo en el Perú». *Boletín de Economía Laboral del Ministerio de Trabajo y Promoción Social*. Lima, 1998.

⁸³ RACCIATI, Octavio, Mario GARMENDIA y Sandra GOLDFLUS. «Relaciones industriales, incluyendo disputas colectivas en el sector público». *Derecho laboral*, n.º 199, Montevideo, 2000, p. 549.

⁸⁴ Tal como lo grafica Rodríguez Piñero para el caso español, en nuestro ordenamiento ha sido constante la tendencia de abordar la problemática del empleo público como un segmento indesligable de la reforma del aparato administrativo, sin dotársele de un contenido propio y autónomo. Como ha anotado

organización administrativa desburocratizándola y la reducción del gasto público impuesta por los programas de ajuste estructural se convirtieron en los componentes centrales que dieron impulso al fenómeno flexibilizador.⁸⁵ La diferencia que se debe resaltar fue más bien la implementación de una metodología diferente de la empleada en el sector privado.

Si, como acabamos de señalar, en el sector privado la flexibilidad operó directa y básicamente sobre la normativa estatal, en el sector público la búsqueda de la alegada adaptabilidad y la eliminación de las rigideces normativas se llevó a cabo a través de dos mecanismos. Por un lado, un conjunto de medidas *internas* consistentes en el uso cada vez más frecuente de los mecanismos de adaptación o restricción ya previstos en la propia normativa vigente. Como veremos seguidamente, ello se apreció en lo relativo a los sistemas de provisión de personal y a la autonomía colectiva. Por otro lado, se habilitó un conjunto de medidas externas consistentes en la emanación de normas complementarias al decreto legislativo 276 o, incluso, la introducción de marcos normativos paralelos —introducción progresiva del régimen laboral de la actividad privada para la regulación de la relación laboral de empleo público—, con la finalidad de retornar al Estado el control absoluto de la relación laboral de empleo público.

Entre los mecanismos internos destaca, en primer lugar, el recurso frecuente de los instrumentos de contratación temporal contenidos en la Ley de Bases y su reglamento. Las denominadas causales de contratación para el desarrollo de labores de naturaleza temporal o accidental sin necesidad de concurso se convirtieron en las modalidades contractuales más usuales en las entidades administrativas, aun al margen de la verificación de la causa objetiva habilitadora de dicha modalidad. En segundo lugar, se produjo la provisión de puestos de trabajo mediante figuras civiles como los «contratos de servicios no personales», de escasa regulación en el ámbito público y reservados, por su naturaleza, a la cobertura de prestaciones de servicios autónomos. Este mecanismo contractual facilitó la más completa y abierta evasión frente a la calidad laboral de muchas prestaciones de servicios personales, evasión respaldada en algunos casos por las propias normas jurídicas. En tercer lugar, se recurrió a las relaciones de contenido formativo y a los mecanismos de intermediación laboral introducidos por la Ley de Fomento del Empleo, con lo

el citado autor, el riesgo que presenta la tendencia citada radica en que una absoluta y exclusiva vinculación entre el funcionamiento eficaz de la administración pública y el régimen laboral de sus trabajadores imponga la total funcionalización de la norma laboral pública a las necesidades de la organización administrativa. Véase RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel. «Trabajo, función pública y Constitución». En Salvador del Rey Guanter, Jesús Cruz Villalón y María Fernández-López (coords.). *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración pública, 1989, pp. 20-21.

⁸⁵ Sobre el impacto del ajuste estructural en el panorama laboral puede verse GARCÍA, Norberto. *Ajuste estructural y mercados de trabajo*. Serie *Crítica y Comunicación*, n.º 1, OIT: Lima, 1991.

que la contratación quedaba sujeta, en este último caso, a concurso público de conformidad con las normas relativas a la contratación estatal. Si bien como medida de austeridad, y a fin de reducir el desmesurado crecimiento de la burocracia estatal, se hizo frecuente en las sucesivas leyes de presupuesto la prohibición del nombramiento de personal, en la mayor parte de los casos dicha prohibición no redundó en una reducción drástica de las planillas, pues el recurso constante a los canales mencionados de provisión de trabajadores mantuvo en niveles similares el número de dependientes en las diversas entidades administrativas.⁸⁶

Por último, los mecanismos flexibilizadores referidos a la autonomía colectiva fueron también internos, pero en sentido diverso a los apreciados en materia de individual, pues consistieron básicamente en enfatizar los aspectos restrictivos y limitativos contenidos en la normativa vigente. El debilitamiento de la actividad sindical se produjo como consecuencia de la precarización del empleo en la propia organización administrativa. El recurso a las modalidades de provisión de personal antes anotado y la reducción drástica del número de trabajadores públicos nombrados socavaron las bases de las organizaciones sindicales existentes y su capacidad de actuación efectiva, sin observarse una respuesta defensiva potente o centralizada por parte de las organizaciones de trabajadores.

A diferencia de los mecanismos internos, los externos se llevaron a cabo a instancia de la introducción de una nueva normativa.

Con el fin de lograr los objetivos flexibilizadores en materia de extinción de la relación laboral —tema que como hemos anotado no presentaba ninguna posibilidad de manejo flexible dada su conexión con los valores de imparcialidad y profesionalismo— se emitió el decreto ley 26093, que admitía el cese por casual de excedencia, situación verificada —según esta ley— al no aprobarse los exámenes semestrales de evaluación. No obstante proclamarse formalmente como una norma destinada a consolidar la profesionalización del trabajador público, y ser de aplicación incluso en entidades con trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, la mencionada norma constituyó el más importante mecanismo de quiebre de la estabilidad laboral consagrada en el decreto legislativo 276 y el principal canal de vaciamiento del ámbito subjetivo de la norma base del régimen laboral público. En algunos casos, el Tribunal Constitucional y las salas de Derecho Público conformaron canales de reparación frente a las innumerables violaciones

⁸⁶ Los datos recogidos por la comisión encargada del estudio de la situación del personal de la administración pública central dan cuenta de alrededor de 616.200 personas empleadas, incluyendo los contratos de servicios no personales, cifra que según los resultados de la Encuesta Nacional de Hogares se elevaría a 818 mil, considerándose a los trabajadores de los gobiernos locales y a los trabajadores que prestan servicios a través de cooperativas de trabajadores y empresas de servicios. Texto del «Informe de la Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la Administración Pública Central», publicado en el diario oficial *El Peruano*, el 25 de julio de 2001, p. 25.

a derechos fundamentales, declarando la inaplicación de resoluciones de cese por excedencia, entre otras razones, por carecer de criterios de evaluación objetivos,⁸⁷ por no publicarse las bases del concurso⁸⁸ y por no realizarse los exámenes en forma semestral.⁸⁹ No obstante ello, en otros casos, frente a supuestos actos lesivos provenientes de la falta de garantías procesales o la alegada desproporción de los contenidos evaluativos, los pronunciamientos de nuestra magistratura se limitaron a establecer la validez de los procesos de evaluación sobre la única base de la habilitación legal realizada por el decreto ley 26093 o, en el caso de los gobiernos locales, en virtud a la autonomía municipal reconocida por la Constitución.⁹⁰

Otro mecanismo externo, quizá el que mejor caracteriza la actual orientación en la materia, lo constituyó la progresiva introducción del régimen laboral privado para la regulación de la relación de empleo público. Este mecanismo, iniciado en los entes descentralizados dotados de cierta autonomía y que en la actualidad se extiende incluso a los sectores estratégicos de la administración central, se ha implementado por dos vías. En un primer caso, la importación del régimen laboral privado operó por mandato legal, como sucedió en los organismos cuya reestructuración incluyó la expedición de una nueva normativa reguladora, que derivó el régimen laboral de sus trabajadores a las normas laborales de la actividad privada. Un fenómeno similar se produjo en organismos en los que sin mediar reestructuración se derivó a las normas laborales privadas la regulación del régimen laboral de los nuevos trabajadores que se incorporasen a la institución.

En un segundo caso, se recurrió a un mecanismo *voluntario* implementado a través de la difusión y fomento de programas de cambio de régimen laboral. La conformación de un derecho de opción para los trabajadores públicos pretendía eliminar el carácter impuesto del cambio de régimen, lo que minimizó cualquier tipo de cuestionamiento de dicha medida. Sin embargo, el ejercicio del derecho de opción por un régimen laboral no resultaba tan libre puesto que, además de venir precedido por la promoción de las supuestas bondades del régimen laboral

⁸⁷ En el expediente 1129-97-AA/TC se cuestionaba la arbitrariedad que derivaría del establecimiento de criterios de evaluación tales como la verificación del «comportamiento laboral, moral y ético del trabajador».

⁸⁸ En el expediente 856-97-AA/TC se establece como requisito de validez de los exámenes, bien la publicación de las bases o la acreditación de su conocimiento por parte de los trabajadores sometidos a evaluación.

⁸⁹ En el expediente 243-99 la Sala Corporativa especializada en Derecho Público señala que «no se ha respetado el plazo imperativo establecido en el decreto ley 26093, en el sentido de que las evaluaciones se llevarán a cabo con una periodicidad semestral, pues la evaluación del primer semestre culminó en el mes de octubre y la segunda evaluación —correspondiente al segundo semestre de mil novecientos noventa y seis— se inició en noviembre».

⁹⁰ Es el caso de las sentencias recaídas en los expedientes 320-97-AA/TC y 198-AA/TC.

privado, contenía en la mayor parte de los casos la amenaza expresa de evaluar al trabajador y declararlo excedente si no accedía al cambio. Se trataba, en otros términos, de un cambio de régimen formalmente libre, pero en la realidad impuesto bajo amenaza de cese, lo que conllevaba el sacrificio de la estabilidad laboral en el puesto de trabajo, a cambio de algunas —poco significativas— mejoras económicas derivadas de la regulación más beneficiosa de determinados derechos establecidos por la normativa laboral privada.⁹¹

En todos los casos, y aun cuando medió la emanación de una nueva normativa complementaria, el decreto legislativo 276 se mantuvo inmutable, pero regulando un cada vez más reducido universo laboral. Cuantitativamente, la demanda de servicios personales subordinados en la administración pública no sufrió variaciones considerables, pero el alcance subjetivo de la norma laboral pública, por efecto de los factores antes señalados, se redujo significativamente.

Los fenómenos anotados revelaron cuestiones de suma importancia que conviene señalar.

En primer lugar, se evidenció la desvinculación de las políticas laborales en el sector público de las imposiciones constitucionales de carrera pública, la imparcialidad y el profesionalismo, cuyo aseguramiento se entendía logrado mediante un sistema de ingreso por concurso y extinción por causas objetivas. La rigidez externa de la norma base, concebida como un conjunto de garantías tendientes a evitar el manejo arbitrario de la organización administrativa y a proveer su especialización, fue sustituida —del mismo que modo que en el sector privado— por técnicas *flexibles*, destinadas a dotarla de un manejo *gerencial* de los recursos humanos y, con ello, a proveerla de los instrumentos necesarios para afrontar las nuevas demandas impuestas al Estado por una sociedad en proceso de cambio. Estas técnicas, además de carecer del respaldo normativo adecuado, no formaban parte de una política integral de modernización asentada sobre el respeto irrestricto a los derechos fundamentales y, menos establecían mecanismos compensatorios al

⁹¹ Es especialmente significativo lo sucedido en el Poder Judicial, donde por resolución administrativa del titular del pliego del Poder Judicial 487-98-TP-CME-PJ, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 3 de diciembre de 1998, se habilitó un programa de traslados del personal administrativo y jurisdiccional al régimen laboral de la actividad privada. Este programa pretendía «inducir» el cambio de régimen de los trabajadores regulados por el decreto legislativo 276 como medio indispensable para la modernización y reforma del Poder Judicial. La inducción consistía en la promoción de las ventajas económicas del régimen laboral privado, bajo la amenaza de sometimiento a exámenes de evaluación que casi siempre suponían la destitución de los desaprobados. Optado el cambio de régimen se producía la renuncia del trabajador y la liquidación de los beneficios económicos que le correspondieran en virtud de las normas públicas y la nueva contratación bajo las normas laborales privadas por tiempo indefinido. Se intercambiaba, bajo coacción, un régimen de estabilidad y garantías al cese, por el incremento de algunos beneficios económicos (CTS y gratificaciones sustancialmente), sin considerar el tiempo de servicios laborado para efectos de la indemnización por despido.

debilitamiento de la rigidez en el acceso y la extinción exigidas por el texto constitucional.

La consecuencia inevitable de este fenómeno fue la acelerada precarización del empleo. El alejamiento de las denominadas rigideces destinadas a custodiar la imparcialidad y el profesionalismo aceleró la vuelta al clientelismo en su vertiente patológica. Sin garantías de acceso y estabilidad, la racionalidad deseada en la conformación y ejecución de las políticas laborales cedió ante las necesidades de corto plazo y los recortes presupuestales. El recurso impropio a la norma jurídica —sobre todo reglamentaria— como mecanismo autosuficiente de legitimación de las decisiones patronales fue constante, se radicalizó el tono unilateral del modelo y se configuró un panorama generalizado de precariedad, sin capacidad para garantizar los derechos fundamentales de los trabajadores. La prestación de servicios subordinados en el desarrollo de labores centrales para la organización administrativa a partir de contratos temporales, la intermediación laboral y los contratos de servicios no personales condujeron al deterioro de las condiciones laborales y a la aparición de altos porcentajes de subempleo que no figuraban en las estadísticas oficiales.

La introducción del propio régimen laboral privado en los términos impuestos por la reforma flexibilizadora contribuyó también a la precarización del empleo público, no por una inherente insuficiencia o una incompatibilidad reguladora, sino por el Estado *desprotector* de sus instituciones centrales y su abierto matiz unilateral empresarial. La libre opción de manejo de los múltiples mecanismos de provisión de personal y la posibilidad de despido libre actuaron también como factores que extremaron la sujeción del trabajador más allá de los parámetros legales, lo que igualó los niveles de incertidumbre y desprotección de los trabajadores públicos a los del sector privado.

Por supuesto, este unilateralismo extremo logró implantarse solo a expensas de la afectación en los planos formal y real del ejercicio de los derechos colectivos. Tal como sucedió en el sector privado, la vertiente colectiva del fenómeno flexibilizador pugnó con éxito hacia la desarticulación del movimiento sindical no solo a través del ya anotado énfasis en los factores restrictivos de la normativa vigente, sino también con la flexibilización del acceso y la extinción de la relación laboral, con lo que quedó demostrada la enorme influencia del quiebre de la estabilidad laboral por sobre el ejercicio de los derechos colectivos.

Como ha quedado claramente demostrado, el quiebre de la estabilidad laboral a través del cese por causal de excedencia tuvo marcados efectos —en ocasiones intencionalmente provocados— en el movimiento sindical, pues al mismo tiempo que la base humana admitida según las normas —el trabajador estable y de carrera— fue sensiblemente disminuida, el personal que ingresó al empleo a través de las múltiples fórmulas admitidas, bien por su precariedad o por su calificación expresa como trabajador no sindicalizable o, simplemente, por venir adscrito a

otro régimen laboral —el privado— con reglas distintas para el ejercicio de la actividad sindical, no pudo cubrir la disminución del número de trabajadores sindicalizables.

En segundo lugar, y aun cuando no se trata de un efecto previsto o deseado, la propia implantación de una política flexibilizadora traducía una innegable necesidad de igualación de las condiciones de empleo de trabajadores públicos y privados. Si bien se afirmaba que la esperada reforma de la administración estatal constituía el sustento a la implantación de técnicas flexibles, la razón de fondo de la reforma la constituía el impacto de la crisis en la relación de empleo público y el desajuste de los mecanismos para organizar el trabajo. Definitivamente, tanto las primeras medidas implementadas en materia de relaciones colectivas tendientes a la contención salarial, así como el excesivo relajamiento de la estabilidad laboral con el rótulo de *reducción del gasto público* tenían como objetivo la minoración de excesivos *costos laborales*. Al observar una idéntica racionalidad que la del empleador privado, la crisis económica trasladó el tema anotado al primer plano de análisis, lo que condujo al Estado-empleador, beneficiado como ningún otro por su potestad de emanar y modificar normas de nivel primario y secundario, a modular a su propio albedrío el marco institucional de la relación de empleo. La introducción del régimen laboral privado ratificó la identidad fáctica subyacente a ambas relaciones jurídicas y, sobre todo, la base contractual de la relación de empleo público, lo que negó todo intento de perpetuar la simbología unilateral y estableció una evidente demanda de articulación técnica reguladora de bases igualitarias.⁹²

Como vemos, la flexibilidad demostró la identidad de las variables en juego en los sectores privado y público. La crisis económica y la supuesta imposibilidad de manejo racional de los recursos humanos por efecto de la rigidez normativa, así como por la exaltación neoliberal de la faceta individual que traen aparejados los denominados cambios en los sistemas productivos fueron, en ambos casos, los fenómenos detonadores de una reforma cuyo resultado fue la vuelta al predominio absoluto de la posición del empleador en la relación de trabajo. La facilidad con la que la organización empleadora reasumió este papel dominante —consecuencia de la multiplicidad de recursos con los que cuenta para legitimar su interés de parte bajo la alegada existencia de intereses públicos— explica la tendencia estatal a recurrir constantemente a técnicas unilaterales, y la consecuente instalación del autoritarismo y la impunidad como caracteres más importantes de las relaciones

⁹² En la práctica, la introducción del régimen laboral privado ha contribuido a acentuar las distorsiones ya existentes en la organización de las relaciones de empleo en algunas entidades, dada la convivencia de personal —en ocasiones al interior de una misma entidad y en desempeño de idénticas laborales— en dos regímenes laborales diferentes, en ocasiones con los mismos beneficios, pero percibiendo remuneraciones distintas.

laborales en el empleo público, lo que a su vez plantea la urgente necesidad de promocionar e implantar las técnicas socializadoras y democratizadoras de gobierno de las relaciones laborales al interior de la administración pública. Más que en cualquier otro ámbito, la primacía desmedida del poder empleador y el desmedro de los derechos fundamentales derivado de tal situación, lejos de configurar una situación altamente conveniente a su interés de parte, puede repercutir en la propia eficiencia de la organización, con lo que se afecta no solo el disfrute de los derechos ciudadanos de los trabajadores estatales sino también la prestación de los más importantes servicios públicos. De allí la necesidad de definir la acción sindical como el factor natural del equilibrio de la relación de empleo y el mecanismo más efectivo para implantar —dentro y fuera de la organización administrativa— el más relevante interés estatal: el disfrute efectivo de los derechos fundamentales.

2.4. LAS PERSPECTIVAS DE REFORMA EN LA REGULACIÓN DE LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO

2.4.1. Las iniciativas de reforma

Las repetidas voces que propugnan la reforma de la normativa reguladora de la relación de empleo público corresponden, en buena medida, a la importancia dada al tema en la conformación de un auténtico Estado social y democrático de Derecho. Desde esta óptica, la reforma debe atender una doble necesidad: conformar un marco de respeto a los derechos fundamentales de sus trabajadores, y posibilitar la conformación de una administración pública imparcial y especializada.

Las relaciones establecidas entre ambos factores justificativos no constituyen un tema de fácil determinación. Hablamos propiamente del riesgo que el énfasis en alguno de sus fundamentos pueda conformar un no tan equilibrado panorama normativo, sea porque se particulariza en forma indebida aspectos de la relación de empleo que no se conectan con los valores que materializan intereses públicos, o porque se implementan en otros segmentos, que sí están influidos por estos intereses, regulaciones sin capacidad de atender a su realización.

Algunos lineamientos metodológicos definidos a lo largo de este trabajo pueden contribuir a los objetivos de reordenación normativa. Basándonos en la realidad material del trabajo subordinado que subyace y define a la relación de empleo público, hemos sugerido partir del reconocimiento del carácter laboral de la relación jurídica y de la necesidad de reconocer la aplicación de los principios constitucionales relativos al trabajo. Ello no implica desconocer que la faceta institucional de la organización empleadora pueda particularizar determinados segmentos de la relación de empleo influidos por ciertos intereses públicos. Más bien, el reconocimiento de tal influencia nos conducirá a la conformación de un contrato laboral

especial, vale decir, una regulación laboral que atienda al ejercicio modalizado de algunos derechos laborales, armonizándolos con la realización de otros intereses públicos que es necesario cautelar.

Se deriva de esta afirmación un postulado elemental: dado que partimos de la igualdad material de ambas relaciones, definir el contenido de la regulación que atienda a la especialidad del contrato es algo que debe realizarse previa determinación precisa de los segmentos de la relación auténticamente influidos por un interés público.⁹³ Aunque no es su cometido, este trabajo ha dado cuenta de que los sistemas de ingreso o la extinción de la relación laboral conectan con la necesidad de cautela de ciertos valores (rigidez externa). A ello puede sumarse un régimen de incompatibilidades y responsabilidades reforzado y, como veremos más adelante, la negociación colectiva. Obsérvese que sentada la base laboral de la relación jurídica, se plantea la necesidad de una reordenación del sistema de fuentes que, rompiendo el tradicional unilateralismo asentado en las actuales estructuras —modulando las potestades de organización y distinguiéndolas de las potestades normativas reglamentarias que tiene como poder público—, otorgue un lugar apropiado a la autonomía colectiva.

Ahora bien, con estos segmentos debe realizarse la segunda labor de armonización, que consiste en definir en forma precisa la intensidad con la que opera la particularización sobre determinada faceta de la relación de empleo o sobre determinados sujetos. Debe quedar claro, por ejemplo, que la incidencia de un interés público no determina la exclusión absoluta de una materia de las reglas laborales o determina necesariamente su sometimiento a un régimen de derecho administrativo. Por lo general, no todo el conjunto de facultades que dan cuerpo a una institución laboral resulta instrumental a los fines públicos al punto de que deba excluirse completamente la aplicación de las reglas laborales o modalizarse su ejercicio.⁹⁴ La rigidez externa que materializa la necesidad de cautela de un interés público en materia de mecanismos de acceso y extinción demuestra que sobre bases laborales puede conformarse un sistema de cautela de determinados intereses públicos que no redunde en una limitación de derechos fundamentales sino, por el contrario, en un plus de protección. De igual modo, es importante advertir que el interés

⁹³ Se trata de una operación inversa a la propugnada por quienes consideran que la relación jurídica de empleo es de derecho administrativo. Desde su óptica, la naturaleza pública de la relación determina de plano la aplicación del sistema de fuentes y principios del derecho administrativo, con lo que el proceso de laboralización consiste en introducir las instituciones laborales que se consideren compatibles con la lógica unilateral y de sujeción. El resultado, con este supuesto, será diferente del alcanzado por la aplicación de la metodología que proponemos.

⁹⁴ No podría afirmarse, por ejemplo, que la necesidad de garantizar la permanencia del trabajador público con el propósito de alejar los riesgos de manipulación política de los puestos de trabajo justifica excluir el tema del fin del contrato de la aplicación de otras reglas laborales que lo rigen.

público que particulariza una faceta de la relación de empleo no siempre se proyecta de idéntico modo para todos los trabajadores de la organización administrativa.⁹⁵

Reiteramos que ambas observaciones demandan una especial atención a la intensidad con la que un interés público se proyecta por sobre una determinada faceta de la relación de empleo, labor que no responde sino a la necesidad de fijar términos de equilibrio que cautelen al máximo la eficacia de los derechos fundamentales de sus trabajadores.

¿Cuáles son las posibilidades de llevar a cabo una reforma en este sentido? Como ya hemos señalado, el primer antecedente de la reforma lo constituye el «informe de la comisión multisectorial encargada de estudiar la situación de personal de la administración pública central», cuyo principal objetivo fue elaborar un diagnóstico de la problemática que permita, entre otras cosas, proponer normas destinadas a la solución de los problemas detectados. Este informe, si bien conforma un importante esfuerzo por abordar los diversos aspectos que componen la problemática del sector —sobre todo en cuanto ofrece algunos datos de orden cuantitativo— presenta diferencias sustanciales con el enfoque propuesto a lo largo de este trabajo.

En primer lugar, aun cuando sitúa algunos de los principales problemas que afectan la situación del personal de la administración pública —coexistencia de regímenes laborales distintos, sistema remunerativo, etcétera—, su diagnóstico no se ubica en la previa definición de las necesidades de la organización administrativa, establecidas en función del modelo de Estado social imperante. La necesidad de garantizar sistemas de ingreso y extinción con capacidad para asegurar que se aplique el principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos y la especialización e imparcialidad del trabajador, y aunque puedan desprenderse de algunos de los razonamientos efectuados, no presiden la elaboración del diagnóstico y no fundamentan las soluciones propuestas.⁹⁶

Por otro lado, el informe establece diferencias de fondo entre la relación de empleo público (de derecho administrativo) y la de los trabajadores de la actividad privada (de derecho laboral), cuya alegada base constitucional —consistente en la regulación de cada materia en capítulos diferentes— conduciría al

⁹⁵ Tampoco podrá afirmarse que el régimen de incompatibilidades —y la frecuente limitación de algunos derechos que conlleva— se aplique en la misma magnitud a todos los trabajadores de la organización administrativa.

⁹⁶ La Comisión atiende con especial énfasis la falta de racionalidad económica del sistema vigente y evalúa en función a dicha variable muchos de los problemas detectados. Si bien el tema presenta una importante repercusión económica a la que indudablemente debe atenderse, lo sustancial no reside en la racionalización de este aspecto, sino en los aspectos de la relación de empleo que permiten la realización de aquellos valores constitucionales que imponen a la organización administrativa la eficiente en la prestación de los servicios públicos.

establecimiento de dos regímenes diferenciados.⁹⁷ Por último, el informe no alude siquiera tangencialmente a la problemática de la negociación colectiva y de los derechos colectivos de los trabajadores públicos y menos sitúa como problema detectado la incompatibilidad del unilateralismo autoritario con el modelo constitucional del Estado social y democrático vigente.

Aun cuando este estudio preliminar tenga alcances referenciales, su contenido puede impulsar reformas asentadas en lo que consideramos resultan fundamentos contrarios al modelo de Estado imperante. En todo caso, de suceder ello, la confrontación de tales iniciativas con los parámetros de dicho modelo, así como la primacía de los derechos fundamentales que propugna, debe resultar un ejercicio obligado que reconduzca cualquier proyecto hacia bases laborales.

2.4.2. El proyecto de reforma constitucional y las iniciativas legislativas

El contenido del proyecto de reforma constitucional en materia de empleo público podría resultar definitorio por su carácter central en el ordenamiento jurídico.

⁹⁷ Es significativo que la solución propuesta en el informe a la problemática de la proliferación de los contratos de servicios no personales sea la conformación de una figura contractual de derecho administrativo. Señala el informe que «Por lógica elemental, entonces, se trata sin duda de otra forma de contrato, aunque no precisada. Para darle contenido caben, a su vez, dos posibilidades: o es un contrato de naturaleza civil o lo es de Derecho administrativo. Si fuera civil, la única figura asimilable es la del contrato de locación de servicios, pero este, por definición, excluye toda subordinación o dependencia, puesto que tales servicios deben darse por necesidad en términos de absoluta autonomía funcional. Por exclusión, entonces, debe concluirse en que estos contratos atípicos son propios y exclusivos del Derecho administrativo. Siendo esto así, hay que determinar en qué se asemejan y en qué se distinguen de los contratos comunes contemplados en el artículo 150 del decreto legislativo 276. Al efecto se debe recurrir a la separación conceptual entre los regímenes laboral y administrativo. Mientras en el primero, la existencia de facto de una relación de trabajo genera la presunción de la existencia de un contrato de trabajo y la consecuente aplicación inexorable de la legislación laboral, en el campo administrativo sucede a la inversa: los derechos y beneficios que corresponden a un servidor son solo aquellos expresa y específicamente previstos en su favor por el ordenamiento. Tales derechos y beneficios, en la Ley de Bases, están referidos a las dos formas ortodoxas de ingreso: el nombramiento y el contrato. De ello se concluye que la contratación por servicios no personales constituye una figura *sui generis* mediante la cual el Estado podría contratar personal subordinado sin reconocerle otros beneficios que no sean el pago de la retribución estipulada. Ante la falta de regulación respecto de los contratos no personales y otras formas heterodoxas de contratación, se hace necesaria una norma que ratifique que la contratación por servicios no personales es válida en el sector público; y que la entidad empleadora puede ejercer respecto de estos servidores todos los atributos propios de su condición de tal, como el control de ingreso y salida, exigencias de puntualidad, asiduidad y eficiencia, imposición de sanciones, etcétera, pero que al mismo tiempo establezca que se someten a un régimen especial, en el que se reconocen aquellos derechos que tienen origen y rango constitucional (remuneración mínima, jornada máxima legal, descansos remunerados, etcétera) o en instrumentos internacionales vinculantes para el Perú (como son los de OIT ratificados), mas no los que provienen de la normativa infraconstitucional».

El proyecto mantiene las constantes referencias al modelo social de Estado; por ejemplo, al establecer en su artículo 65 como carácter definitorio del modelo «la promoción de la justicia social»,⁹⁸ o cuando manteniendo la línea establecida en textos anteriores, establece como prioridad estatal la «garantía de los derechos humanos».⁹⁹

Desde los parámetros de interpretación del modelo de Estado social y democrático, el proyecto introduce como novedad las menciones reiteradas a la administración pública, algunos de cuyos aspectos centrales merece la pena destacar.

En primer lugar, entre los principios fundamentales del proyecto (punto VII) se establece como funciones de la administración pública «servir con objetividad a la protección de los intereses generales, garantizando los derechos e intereses de los administrados», y se predica también la observancia de «los principios de eficacia, objetividad, transparencia e igualdad de trato, con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general». Este precepto, por un lado, pone de realce la centralidad de la faceta institucional de la organización administrativa —en cuanto vinculada a la realización de los derechos ciudadanos— y establece lineamientos que tienen impacto en las formas de articulación de los elementos materiales de la organización. Pero, a la vez, el precepto también establece como límite no solo el desarrollo de las funciones administrativas con proyección ciudadana sino también el ejercicio de las potestades de auto-organización de la administración, la sujeción al ordenamiento constitucional —derechos fundamentales de los trabajadores— y jurídico en general.

El capítulo quinto del Título II (Del Estado y la Nación) aborda ya con algún detalle los aspectos centrales de la administración pública, lo que enfatiza algunos aspectos de la faceta institucional con proyección directa en la ciudadanía. Sin embargo, es el capítulo VI, denominado «De la función pública», el que define las particularidades de la relación de empleo público. Este capítulo se inicia estableciendo con idéntica redacción que su predecesor que «todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación» (artículo 91).

Seguidamente, se establecen los principios de imparcialidad, probidad, actuación orientada a los fines de la administración, independencia e igualdad en el

⁹⁸ Artículo 65 del proyecto. «El Perú es un Estado soberano, independiente y unitario, cuya realidad social es pluricultural y pluriétnica. Está organizado bajo la forma de República democrática y representativa, que promueve la justicia social y la participación bajo modalidades establecidas en la ley. Su sistema de gobierno se basa en el principio de la separación de poderes, la representación, el pluralismo político y la descentralización».

⁹⁹ Artículo 66 del proyecto. «Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; preservar la integridad de su territorio; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, la participación de la ciudadanía y la transparencia de la gestión pública; promover el desarrollo, el bienestar común y la justicia; brindar seguridad y fomentar la integración nacional».

acceso a la función pública —sin discriminación y en consideración de los méritos— y se establecen algunas particularidades de aplicación a ciertos grupos de funcionarios (artículo 93). Por último, se señala que la regulación de determinados aspectos —ingreso, permanencia, progresión y salida de la carrera administrativa, el régimen de incompatibilidades y prohibiciones, y los derechos y deberes del personal comprendido en la carrera— se sujeta a la ley. Asimismo, se establecen los principios de ingreso por concurso público, mérito, flexibilidad, progresividad sujeta a la competencia, idoneidad y moralidad en el servicio para el trabajador de carrera (artículo 94).

La mención a estos aspectos da cuenta de que el proceso de reforma puede contribuir a la definición de muchos temas centrales en la problemática de la relación de empleo público, pero siempre que su interpretación se realice de conformidad con los lineamientos desprendidos del modelo de Estado situado en su base. Desde nuestra perspectiva, y siguiendo el criterio interpretativo antes señalado, el texto del proyecto sigue sin ofrecer fundamento alguno que permita el desarrollo de las tesis estatutarias unilaterales y, por el contrario, las razones para el establecimiento de un modelo democrático de relaciones laborales resultan múltiples. En primer lugar, la preponderancia que la dignidad de la persona y los derechos fundamentales adquieren en el proyecto sustenta la primacía de la vertiente laboral constitucional, frente a cuyos contenidos y valores la organización estatal no resulta más que un ente instrumental encargado de su realización. El carácter central que el ser humano y la realización de su dignidad ocupan en el propio título preliminar del proyecto pone de relieve el carácter esencial e impostergable de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, incluidos los trabajadores de la organización administrativa.¹⁰⁰ En particular, como ya lo hemos indicado, los derechos fundamentales actúan expresamente como un límite a la propia actividad de la administración pública y al ejercicio de sus potestades organizativas (artículo VII del Título Preliminar), lo que implica que estas se desarrollen en observancia plena de aquellos.

En segundo lugar, y bajo semejanza de lo que ocurre con la Constitución vigente, la referencia expresa a *trabajadores*, que realiza el artículo 91 del proyecto

¹⁰⁰ El artículo II del Título Preliminar del proyecto señala que «Los derechos fundamentales son universales, indivisibles, interdependientes y exigibles, se interpretan de conformidad con los tratados y declaraciones internacionales, en la medida que sean más favorables a la persona humana. El Estado garantiza el goce y ejercicio de estos derechos». Como hemos señalado, el artículo VII agrega que «La administración pública sirve con objetividad a la protección de los intereses generales, garantizando los derechos e intereses de los administrados y actúa siguiendo los principios de eficacia, objetividad, transparencia e igualdad de trato, con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general». El artículo 29 agrega que «En la relación de trabajo, es nula toda condición que impida el ejercicio de los derechos fundamentales».

para designar a los dependientes estatales, les atribuye de modo contundente e indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales de fuente constitucional, con lo que queda conformada la base laboral de la relación jurídica y la necesidad de articular un contrato especial que, a través de su incidencia en algunos aspectos de la relación jurídica, atienda a los valores señalados en el artículo 94.

Evidentemente, no es obstáculo a lo señalado que el capítulo relativo a la función pública se ubique dentro en el título denominado «Del Estado y la Nación». Menos incluso puede afirmarse que la omisión de un precepto referido a los derechos colectivos de los trabajadores públicos implique la exclusión de su titularidad. En ambos casos, como ya lo hemos indicado, del expreso señalamiento de su condición de *trabajadores* deriva la atribución automática de los derechos constitucionales laborales. Basta reparar, para llegar a tal conclusión que, por ejemplo, el artículo 34 atribuye a los *trabajadores* los derechos a constituir sindicatos sin autorización previa, afiliarse libremente a ellos y desarrollar actividad sindical.¹⁰¹

Paralelamente a la discusión suscitada por el proyecto de reforma constitucional, nos interesa resaltar algunos aspectos muy puntuales de una iniciativa legislativa que atiende la problemática del empleo público. Se trata del proyecto de Ley General del Trabajo (LGT) y de sus preceptos relativos a la situación de los trabajadores públicos.

En la delimitación de su propio ámbito, el proyecto de LGT define su aplicación a todas «las prestaciones personales, subordinadas y remuneradas de servicios, nacidas de un contrato verbal o escrito, cualquiera fuera la denominación o modalidad de este» (artículo I), con lo que se estable las presunciones de que «toda prestación personal y remunerada de servicios es subordinada» y de «existencia de un vínculo laboral entre quien presta un servicio al interior de un centro de trabajo y quien lo aprovecha» (artículo V). Estos preceptos pueden complementarse con lo señalado en el artículo VIII de su Título Preliminar, que ordena que «los regímenes especiales de trabajo se rigen por la presente ley, salvo en lo que establezcan sus propias normas», y por lo determinado en la quinta disposición complementaria que señala:

[...] los trabajadores públicos se rigen por esta ley, sin perjuicio de las disposiciones específicas referidas a la carrera administrativa. Sin embargo, su incorporación se produce en forma gradual, para no afectar las previsiones presupuestarias. No obstante, son inmediatamente aplicables a los trabajadores públicos las disposiciones contenidas en los Títulos V y VII de esta Ley [...].

¹⁰¹ De igual modo, resultarán aplicables los principios laborales de interpretación más favorable al trabajador en caso de duda sobre el significado de una norma; norma más favorable al trabajador cuando dos o más normas regulen en forma incompatible un mismo hecho; irrenunciabilidad de los derechos del trabajador nacidos de normas imperativas; igualdad de trato, de oportunidades y no discriminación. La ley puede establecer preferencias a favor de los trabajadores nacionales, y primacía de la realidad para

Se aprecia, en primer lugar, que el proyecto de LGT es claro al establecer la naturaleza laboral de la relación de empleo público, lo que propone como norma supletoria y previene la incorporación gradual de esta relación jurídica según las normas de la LGT, salvo en los aspectos determinantes de su carácter de relación laboral especial.

En segundo lugar, tanto la inserción de una relación jurídica en el ámbito de la ley como la aplicación de las presunciones que —salvo prueba en contrario— operan tal inclusión no reparan en la naturaleza pública o privada del empleador, resultan aplicables a la organización administrativa, a la que trasladan la obligación de control y formalización constante de las relaciones jurídicas, y cuyo objeto es la prestación de servicios personales.

En teoría, cabe distinguir dos consecuencias en la aplicación de las presunciones anotadas. Por un lado, desde cualquiera de los dos supuestos previstos, la consecuencia primera es la existencia de un contrato de trabajo, lo que en el ámbito de la organización administrativa no es sino la existencia de un contrato laboral especial de empleo público. Ello conlleva, además del establecimiento del estatus laboral, el reconocimiento de las condiciones y beneficios dejados de aplicar por efecto de la falta de regularización de la relación jurídica o del acto simulatorio en el que se ha incurrido. Por otro lado, confrontada con los parámetros constitucionales que demandan la eficacia del principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos y la custodia de valores como la imparcialidad y especialización del trabajador, la segunda consecuencia no deberá ser necesariamente la continuidad de la relación jurídica. En este punto, dada la existencia de un interés público que modaliza el sistema de acceso, será posible admitir una solución diversa que cautele los principios y valores antes mencionados.

El proyecto de LGT también recoge, en una de sus disposiciones complementarias, una mención expresa a lo que entendemos constituye un criterio definidor de la condición de contraparte en el contrato de trabajo, a efectos de la imputación de responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato.¹⁰² Señala la sexta disposición complementaria que «a efectos de esta Ley, toda referencia a empresa, en el caso de los trabajadores sujetos al régimen laboral público, se entiende hecha a entidad pública con pliego presupuestario propio».

preferir los hechos sobre las formas y las apariencias. Asimismo, lo anotado genera la obligación estatal de adopción de medidas dirigidas al fomento del *trabajo decente*, y de la capacitación y formación profesional; en este segundo caso, no solo dirigidas hacia la adecuada prestación de los servicios públicos sino también en favor del desarrollo de las capacidades laborales del propio trabajador.

¹⁰² Decimos esto a efecto de imputación de responsabilidad debido a que la unidad de la organización y su consideración como un único empleador influye decididamente en la definición de algunos aspectos de la relación de empleo. Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad de efectuar desplazamientos por las diversas entidades de la organización.

Por último, se prevé en la séptima disposición reglas destinadas a la racionalización en el tiempo del procedimiento negociador, sobre todo, en lo que involucre contenidos económicos que deberán ser incorporados en el proyecto de presupuesto del respectivo sector que regirá para el siguiente ejercicio. Este lineamiento, como veremos en el siguiente capítulo, armoniza con una de las bases propuestas para la conformación de un marco normativo regulador de la negociación colectiva de los trabajadores públicos.

Capítulo tercero
UNILATERALISMO Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA: BASES PARA UNA REFORMA

3.1. LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS TRABAJADORES PÚBLICOS

3.1.1. El derecho de libertad sindical de los trabajadores públicos

Es indudable que, en el marco de la cláusula de Estado social y democrático, el reconocimiento de la libertad sindical de los trabajadores públicos no constituye una simple manifestación del intercambio institucional entre dos relaciones de empleo —la pública y la privada— gobernadas por disciplinas jurídicas diversas. El rol primigenio que cumple el reconocimiento del mencionado derecho es el de reafirmar la real posición político, socioeconómica y jurídica de los trabajadores públicos, y el más categórico deslinde con las posturas tradicionales que identifican y diluyen sus intereses laborales con los del Estado mismo. Con mucho acierto señala Sala Franco que la libertad sindical de los trabajadores públicos impone un franco signo de evolución en la concepción de la naturaleza jurídica de la relación de empleo público que rompe los moldes estatutarios y obliga una reformulación de los postulados que la han venido gobernando.¹

¹ Señala Sala Franco que «el nacimiento del sindicalismo entre los empleados públicos no es más que la progresiva toma de conciencia por parte de estos de la existencia de una diversidad de intereses respecto de la administración pública, es decir, de un interés profesional que defender». Ello supone para el citado autor el resquebrajamiento de la lógica que negaba a los empleados públicos toda postura reivindicativa a nivel individual y colectivo, según el principio de que «nadie puede ir contra sí mismo». SALA FRANCO, Tomás. *La libertad sindical y los empleados públicos*. Sevilla: Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1972, pp. 52-56. En contra de esta afirmación, Del Rey Guanter sostiene que la introducción de los derechos colectivos no es incompatible con el mantenimiento de la «contractualidad» genética de la relación funcionarial ni cuestiona sustancialmente el estatus funcionarial. DEL REY GUANTER, Salvador. «Evolución general y problemática fundamental de las relaciones colectivas en la función pública». En Salvador del Rey Guanter, Jesús Cruz Villalón y María Fernández-López (coords.). *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 1989, p. 34.

En efecto, la titularidad del derecho de libertad sindical por parte de los trabajadores públicos supone la preexistencia de una categoría de intereses diversos y contradictorios con los del Estado, que están llamados a desplegar una importante labor en los ámbitos interno y externo.

En el ámbito interno, es decir, en lo que atañe a la relación de empleo en concreto y a la labor de representación de los intereses laborales en determinado ámbito productivo, la organización de trabajadores en ejercicio del derecho de libertad sindical opone su interés diverso y contradictorio, y desarrolla una triple función equilibradora, compositiva y normativa del conflicto estructural.² De este modo, la libertad sindical se constituye en el más efectivo instrumento para limitar los poderes directivos o de sujeción, y conforma un auténtico contrapoder que produce el destierro del unilateralismo como técnica de gobierno de la relación de empleo.³

En segundo lugar, la libertad sindical trasciende los espacios productivos al conjugar el interés de la categoría con el conjunto de instancias sociopolíticas. La libertad sindical no solo resulta funcional al marco concreto en el que se desarrollan las relaciones de empleo, sino más al sistema en su conjunto al producir la legitimación de la propia categoría de trabajadores y de sus intereses, insertándolos en los cauces institucionales establecidos para el conjunto de la sociedad. De allí que, como afirma Villavicencio, el grado de ejercicio pleno y efectivo del derecho de libertad sindical se constituya en el más evidente indicador de los niveles reales de democratización alcanzados por una sociedad⁴ y en clara expresión de la capacidad del ordenamiento para incorporar al sistema un interés sectorial esencial para la dinámica social. En otros términos, la libertad sindical permite a los trabajadores asumir un auténtico rol institucional a través del cual se define el carácter democrático del sistema.

Esta identificación de los ámbitos de actuación del derecho de libertad sindical resulta de vital importancia para nuestros objetivos, pues armoniza con la técnica de ordenación social derivada del principio social y democrático, consistente en la

En el mismo sentido, Mauri Majos señala que la visión que postula que los derechos colectivos implican la ruptura del modelo estatutario se basa en una concepción acrítrica del ordenamiento laboral que no considera las peculiaridades del Estado como empleador. MAURI MAJOS, Joan. *Problemas de la representación sindical y la negociación colectiva en la función pública: convergencias y divergencias con el empleo privado*. Documentación administrativa 241-242. Madrid: INAP, 1995, p. 127.

² VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú*. Lima: OIT, 2000, p. 8.

³ Monereo alude a esta función como la instauración de la «democracia industrial», vale decir, la implantación de un sistema de distribución justa del trabajo, el ingreso y la riqueza, lograda a través de la participación y control de los trabajadores de las decisiones empresariales. MONEREO PÉREZ, José Luis. *Introducción al nuevo derecho del trabajo: una reflexión crítica sobre el derecho del trabajo flexible*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, pp. 240-241.

⁴ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La libertad sindical...*, p. 7.

democratización de los espacios públicos y privados. Podemos afirmar que la libertad sindical de los trabajadores públicos impone la democratización interna y externa de la propia organización administrativa, el destierro definitivo de la *dictadura estatutaria*⁵ y el ejercicio pleno, efectivo e igualitario de los derechos de ciudadanía.

3.1.2. La función democratizadora interna y externa del derecho de libertad sindical de los trabajadores públicos

Si al interior de todo espacio productivo, el ejercicio del derecho de libertad sindical se desprende de la necesidad de limitar el ejercicio de los poderes empresariales de sujeción que derivan de la posición empleadora —y no de la finalidad lucrativa perseguida con la explotación del capital—, no existe razón alguna para negar el ejercicio de tal derecho a los trabajadores públicos. Por el contrario, aun ausente la finalidad lucrativa, pero presente la limitación de libertad que entraña la prestación de servicios subordinados y por cuenta ajena, el derecho de libertad sindical, por su capacidad democratizadora, se constituye en un elemento indispensable para la conformación de un auténtico contrapeso al poder de sujeción del empleador estatal, cuya esencia y ejercicio no difieren en ningún aspecto del desplegado por un empresario privado.

De otro modo, sin contrapoderes efectivos, el poder de sujeción ejercido por el empleador deriva en autoritario y se deslegitima, produciéndose el primer desborde de los cauces institucionales cuya difusión e implementación se encomienda a la propia organización administrativa. Por ello, el reconocimiento de la libertad sindical de los trabajadores públicos entraña mucho más que la reafirmación de la naturaleza laboral de la relación de empleo público: trasciende este importante hecho y se convierte en el más evidente indicador de los niveles de democratización de la propia organización administrativa.

Es el fundamento anotado el que sustenta también que la libertad sindical de los trabajadores públicos enlace con el cumplimiento de los objetivos de *eficacia* en la actuación de la organización administrativa.⁶ A partir de las imposiciones del modelo de Estado social y democrático, la eficacia de la organización administrativa no se mide enteramente en función de los resultados de la gestión, sino también toma en cuenta el recurso de técnicas participativas y democratizadoras, que se integran en el diagnóstico de los niveles de eficacia y que se convierten en presupuesto y requisito indispensable para su consecución. De acuerdo con los lineamientos constitucionales, la prestación de servicios públicos que realiza la organización administrativa, por más efectiva que pueda resultar, no puede obviar

⁵ SALA FRANCO, Tomás. *La libertad sindical y...*, p. 117.

⁶ *Ibid.*, p. 122.

las demandas de participación y, tampoco puede sustentarse en una técnica unilateral que afirme la exclusiva voluntad estatal negando la de los restantes actores sociales. La eficacia de la organización administrativa exige no solo niveles sostenidos de cobertura a las demandas sociales, también exige un marco participativo que actúe como elemento revelador de las reales demandas sociales y ejerza una labor fiscalizadora interna y externa de la actuación administrativa.⁷ En tal sentido, la necesidad de articular un modelo democrático con ejercicio pleno de los derechos colectivos no constituye solo un tema de método; por el contrario, como señala Ortega, es un requisito indispensable para la actuación eficaz de la organización administrativa y un asunto de directo interés para los propios trabajadores, destinatarios frecuentes de los servicios públicos estatales.⁸

Lo señalado se relaciona también con el rol institucional del sindicato de trabajadores públicos o su actuación y funcionalidad en el ámbito externo.

No cabe duda de que en la misma medida que la libertad sindical lleva a cabo la distinción y definición de un interés de categoría diversa y contradictoria de los trabajadores públicos, queda asentada su inserción en la genérica categoría laboral y con ello su auténtica posición sociopolítica. Como afirma García Becedas, la diversidad y el carácter contradictorio de los intereses de los trabajadores públicos, afirmados a través del derecho de libertad sindical, encierran un proyecto sociopolítico también diverso y contradictorio con el del empleador que, si bien puede no perseguir la conquista del poder político, reclama un canal adecuado para el desarrollo de su actividad negociadora y conflictual.⁹ La libertad sindical del trabajador público realiza y hace plena la libertad del trabajador no solo como sujeto de una relación jurídica particular sino, también, como miembro de una categoría social que actúa en un marco global, habilitando un canal de proyección constante a sus intereses de grupo y abriendo un espacio para su acción.¹⁰

⁷ Ortega apunta en este sentido que el ejercicio de los derechos sindicales «revierte en una función de democratización de la burocracia, además, actúa como elemento de clarificación y responsabilización de las acciones del poder gubernamental y de los propios funcionarios». ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*. Madrid: Tecnos, 1983, pp. 22-24.

⁸ *Ibid.*, p. 76.

⁹ GARCÍA BECEDAS, Gabriel. «Apuntes para un análisis de la libertad sindical en la Constitución española». *Revista de Política Social*, n.º 124, 1979, p. 48.

¹⁰ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. *Los derechos laborales en la Constitución española*. Madrid: CEC, 1991, pp. 35-39.

3.1.3. El fundamento del derecho de libertad sindical de los trabajadores públicos en los instrumentos internacionales y su revalidación en el modelo de Estado social y democrático

Desde 1919, el preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) resaltaba el carácter esencial del principio de libertad sindical para la mejora de «las deprimidas condiciones de empleo de los trabajadores». Del mismo modo, la Declaración de Filadelfia, instrumento anexo e integrante de la Constitución de la OIT, resaltaba como principio fundamental la desmercantilización del trabajo a través del esfuerzo concertado de los «representantes de los trabajadores y los empleadores colaborando en pie de igualdad con los representantes del gobierno», y establece más adelante el carácter «universal» del derecho de toda persona a perseguir su bienestar material.¹¹

Es preciso señalar que previamente al desarrollo de la amplia normativa emanada de la OIT, entrada la segunda mitad del siglo XX, diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos han elevado el derecho a la libertad sindical a la categoría de «patrimonio jurídico universal»,¹² consagrándolo unánimemente entre la gama de derechos humanos fundamentales.¹³ Junto con estos instrumentos, la regulación proveniente de los convenios de la OIT ha ratificado plenamente el carácter universal del derecho, no sin mediar algunas dificultades relativas justamente a su titularidad por los trabajadores públicos.

Como sabemos, la titularidad del derecho de libertad sindical de los trabajadores públicos tiene como temprana fuente de reconocimiento al Convenio OIT 87, cuyo texto consagra el derecho de los trabajadores, «sin ninguna distinción», a constituir las organizaciones sindicales que estimen convenientes, y establece como únicas limitaciones admisibles las que cada legislación nacional señale para los miembros de las fuerzas armadas y la policía. No obstante, con posterioridad, el Convenio OIT 98 sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva estableció expresamente en su artículo 6 que «el presente Convenio no trata la situación

¹¹ Artículo I literal d) y artículo II literal a) de la Declaración de Filadelfia.

¹² VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La libertad sindical...*, p. 20.

¹³ La Declaración Universal de Derechos Humanos consagra el derecho «de toda persona de fundar sindicatos y sindicarse para la defensa de sus intereses». El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966 consagra en idénticos términos el derecho agregando la posibilidad de establecer únicamente «las restricciones necesarias para una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud y la moral públicas o los derechos y libertades de los demás». Por su parte, del artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales detalla ampliamente el contenido del derecho de libertad sindical, pero admite la posibilidad de establecer restricciones al ejercicio del derecho cuando se trate de los miembros de la administración del Estado. Sin embargo, el propio Pacto agrega más adelante que nada de lo dispuesto en dicho precepto autorizará a los Estados parte en el Convenio OIT 87 «a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio [...]».

de los funcionarios públicos en la administración del Estado». La lectura de esta última disposición condujo a algún sector de la doctrina a considerar excluidas del alcance del Convenio OIT 98 a la totalidad, o a gran parte, de las personas empleadas en la administración pública y, en consecuencia, a privar a este numeroso grupo de trabajadores de toda la gama de garantías establecidas para el ejercicio de la actividad sindical frente al empleador y de las relativas a la negociación colectiva.¹⁴

Frente a esta interpretación, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) fue categórica en señalar que desde los trabajos preparatorios del Convenio OIT 87 se preveía la consagración del derecho de libertad sindical para los trabajadores públicos y privados, por lo que resultaba injustificada cualquier distinción «puesto que unos y otros deben tener la posibilidad de asegurar mediante la organización, la defensa de sus intereses». ¹⁵ En virtud de ello, y sin dejar de reconocer las dificultades planteadas por las distintas denominaciones que reciben las personas empleadas en la administración pública, la Comisión entendió que la exclusión establecida por el artículo 6 del Convenio OIT 98 debía ser interpretada en forma restrictiva, y que operaba únicamente respecto de los funcionarios «que cumplen actividades propias de la administración del Estado». Lógicamente, esto implicaba limitar la exclusión a aquellos trabajadores cuya labor comprende el desarrollo de funciones de dirección o la emanación de actos de autoridad, siendo alcanzados por las disposiciones del Convenio los funcionarios de menor categoría que desarrollan labores auxiliares, así como aquellos dependientes estatales de las empresas públicas e instituciones autónomas.¹⁶

¹⁴ Roqueta Buj da cuenta que para Sala Franco el Convenio OIT 98 no se aplica a los trabajadores públicos, lo que no altera la situación de determinados países en los que se otorgue un tratamiento común a los trabajadores del sector público y privado. ROQUETA BUJ, Remedios. *La negociación colectiva en la función pública*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 49. En nuestro medio, una postura similar puede verse en el trabajo de AMPRIMO PLÁ, Natale. «Temas de derecho laboral municipal». En Colegio de Abogados de Lima. *Temas Municipales*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1998, p. 114.

¹⁵ Párrafo 48 del capítulo III del «Estudio general sobre la libertad sindical y la negociación colectiva». Ginebra: OIT, 1994.

¹⁶ En este sentido, OZAKI, Muneto. «Las relaciones del trabajo en la administración pública». *Revista Internacional del Trabajo*, n.º 3, Ginebra, 1987, p. 306. DIEGUEZ, Gonzalo. «La negociación colectiva en las Resoluciones del CLS-OIT». *Revista de Política Social*, n.º 112, Madrid, 1976, p. 49. ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*. Madrid: INAP, 1987, p. 82. DE LAS HERAS BORRERO, Francisco. «Sindicación de los funcionarios públicos en Europa». *Revista de Política Social*, n.º 122, Madrid, 1979, p. 190. Plá Rodríguez señala, por su parte, que «la salvedad establecida respecto de los miembros de las fuerzas armadas y policía solo se explica en la medida en que los funcionarios públicos estén alcanzados por este convenio, ya que de lo contrario, no tendría razón de ser». PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. «El trabajador público y los convenios colectivos». Ponencia presentada al IX Congreso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Bogotá, p. 420.

Con ello quedaban ratificados dos aspectos de suma relevancia: en primer lugar, el carácter universal y generalizado del derecho a la libertad sindical, derivado —según los propios convenios internacionales— de la necesidad de articular canales de representación de los intereses de los trabajadores al margen de la naturaleza o los fines del empleador; y, en segundo lugar, el pleno disfrute material del derecho de la gran masa de trabajadores públicos que no ejerce funciones de autoridad, y lo que incluye el alcance de las medidas de protección del ejercicio de la libertad sindical frente al empleador y la negociación colectiva, ambas derivadas de la aplicación del Convenio OIT 98.

En la actualidad, el reconocimiento formal del derecho a la libertad sindical de los trabajadores públicos es un tema que genera poca discusión. Salvo los casos excepcionales de Bolivia y Ecuador en donde la legislación excluye de la titularidad del derecho de libertad sindical a los funcionarios públicos, cualquiera sea su categoría o condición, la mayor parte de los ordenamientos se les reconoce en el ámbito constitucional y legal, si bien en algunos casos con limitaciones materiales o subjetivas.¹⁷

En todo caso, como parecen indicarlo las referencias formales, la tendencia generalizada apunta al reconocimiento de la libertad sindical de los trabajadores públicos, con limitaciones admitidas únicamente para los miembros de las fuerzas armadas y la policía —cuyo fundamento radicaría en el carácter jerarquizado de la estructura militar y siempre que las limitaciones se enfoquen en sentido restrictivo—,¹⁸ y para los funcionarios que ejercen actos de autoridad en virtud de lo señalado en el ya comentado Convenio OIT 98.

Muy distinto del tema del reconocimiento formal del derecho de libertad sindical de los trabajadores públicos es el de las limitaciones que en la práctica presenta su ejercicio. Ermida refiere con mucho acierto a una «crisis de autenticidad» del marco formal, en tanto que a pesar de que la adecuación de las legislaciones internas a la normativa internacional puede parecer satisfactoria, las prácticas nacionales no suelen corresponder con dicho marco formal.¹⁹

Esta discordancia entre el marco formal y la realidad de la acción sindical obedece a dos fenómenos paralelos. Por un lado, a los cuestionamientos derivados de la vigencia de algunos dogmas estatutarios aún vigentes, que imponen barreras irrazonables al ejercicio pleno del derecho; por otro lado, a la situación de crisis en la que se encuentra sumido el movimiento sindical en su conjunto.

¹⁷ OIT. *Libertad sindical y negociación colectiva*. Ginebra: OIT, 1994, p. 26.

¹⁸ Véanse los párrafos 219 a 222 en Oficina Internacional del Trabajo. *La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra: OIT, 1996, pp. 50-51.

¹⁹ ERMIDA URIARTE, Óscar. *Las relaciones de trabajo en América Latina*. Serie Crítica y Comunicación, n.º 2, Lima: OIT, 1991, p. 9.

En cuanto a lo primero, y como señala Ortega, no obstante lo incuestionable de sus fundamentos y su generalizado reconocimiento formal, el ejercicio del derecho de libertad sindical resulta opuesto a la posición de supremacía que el Estado, como parte empleadora, ha desplegado históricamente en la relación de empleo público y determina una progresiva reducción de los poderes que ejercía bajo los moldes estatutarios.²⁰ Esta es la principal razón por la que ha sido una práctica recurrida la limitación de los espacios para el libre ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores públicos, principalmente a través de la articulación de regulaciones y políticas estatales restrictivas, que aprovechan al máximo las brechas dejadas por la normativa internacional bajo el criterio de los gobiernos, todo ello sustentado en la ya anotada proyección amplia y generalizada del dogma del interés público.

Ha sido en función de estas regulaciones y políticas que, por ejemplo, los órganos legislativos y administrativos de diversos Estados han tendido a extender la noción de «servicios esenciales», con lo que se limita sensiblemente el derecho de huelga²¹ o, como veremos más adelante, han sustraído —mas allá de lo razonable— categorías de trabajadores o materias al ejercicio del derecho a la negociación colectiva. En síntesis, hablamos de una manifiesta tendencia estatal a la implementación de medidas y posturas interpretativas que otorgan alcances amplios a las restricciones y las excepciones limitativas, lo que contradice en mucho el carácter de derecho de *libertad* que las normas internacionales y las constituciones nacionales atribuyen a los derechos colectivos.²²

En cuanto a lo segundo, son conocidos los efectos que factores externos como la precarización del empleo, la terciarización de la economía, la descentralización productiva y la alegada heterogeneidad y diversificación del sujeto trabajador tienen

²⁰ ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. *Los derechos sindicales de...*, p. 47.

²¹ En reciente estudio de la OIT se señala que, no obstante reconocerse el derecho de libertad sindical, aún se prohíben las huelgas de funcionarios públicos en Alemania, Austria y Corea. En Bulgaria, la legislación limita el derecho de huelga a la colocación de brazaletes «adecuados»; en Canadá, se prohíben las huelgas de los maestros; en Estados Unidos, varios estatutos prohíben las huelgas de empleados federales; en Nicaragua y Haití, las leyes relativas a la Administración pública se han tornado en inaplicables por falta de reglamentaciones. HODGES AEBERHARD, Jane. *Estudio comparativo: contenido de los estatutos de la administración pública*. Ginebra: OIT, 2001, p. 56.

²² Señala Monereo que la configuración de un sistema de autonomía plena configura un aspecto fundamental de un modelo democrático de relaciones laborales, en el que incide de forma negativa un intervencionismo estatal que intente desarrollar un papel regulador protagónico. MONEREO PÉREZ, José Luis. *Introducción al nuevo derecho del trabajo: una reflexión crítica sobre el derecho del trabajo flexible*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, pp. 207-208. En el mismo sentido, Giugni señala que el reconocimiento constitucional del derecho de libertad sindical cumple el rol de inhibir la capacidad de regulación del Estado en este ámbito, quedando proscrita toda legislación ordinaria que con criterios de exclusividad determine los fines o las normas organizativas de la realidad sindical. GIUGNI, Gino. *Derecho sindical*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1983, p. 66.

sobre el ejercicio de la libertad sindical, lo que determina a nivel mundial una sensible reducción de los niveles de afiliación en la última década. De igual manera, es apreciable también el matiz altamente intervencionista del Estado sobre el ejercicio del derecho de libertad sindical, en particular en América latina, en donde el objetivo de control político del aparato sindical —alentado por los programas económicos recesivos— ha condicionado la estructura y actividad de los sujetos sindicales.

Frente a este panorama, que ha llegado a cuestionar la funcionalidad misma de derecho de libertad sindical, vienen articulándose una serie de intentos de reformulación que mayormente consisten en el diseño de nuevos programas de acción sindical. En esta línea de reformulación se ha sostenido indistintamente la necesidad de expandir la acción sindical hacia sectores de trabajadores no tradicionales; de replantear las formas de estructuración sindical tradicionalmente empresarial dirigiéndola hacia formas verticales y horizontales con capacidad de aprehender la dispersión característica de las nuevas formas de organización de los ámbitos productivos; y de reformular los programas de acción diversificando los contenidos de las negociaciones. Sin embargo, si bien las fórmulas anotadas pueden contribuir efectivamente a la potenciación de la actividad sindical, debe quedar claro que lo que por ahora está en juego es la necesidad de reformular y renovar las estrategias —ajustándolas a las nuevas características de los sujetos y del contexto—, mas no la propia funcionalidad de la organización sindical en el nuevo contexto socioeconómico.

Como ya lo señaláramos anteriormente, el reconocimiento del carácter universal del derecho de libertad sindical constituye un primer factor que nos conduce a excluir toda postura que niegue su esencialidad para el sistema vigente. El carácter de derecho humano de la libertad sindical, reconocido en los más importantes instrumentos internacionales, impone la consideración de que es el ejercicio de dicho derecho lo que mantiene la dignidad del hombre en el trabajo constituyéndose, por tanto, en elemento indispensable del orden social.

Por otro lado, la funcionalidad de la organización sindical al interior de los espacios productivos y al exterior de estos se explica como una condición indispensable del modelo democrático y democratizador en el cual debe desarrollarse el modo de producción capitalista. La función de representación institucionalizada de los intereses laborales frente a los del empleador y frente al conjunto de intereses concurrentes en el mercado conforma una garantía de equilibrio del sistema que ni incluso fenómenos de enorme relevancia —como la revolución tecnológica— han logrado neutralizar. El sistema capitalista requiere, tanto como a inicios de siglo, la adopción de una estrategia de incorporación de los intereses laborales a los de la sociedad en su conjunto, consistente en la limitación racionalizada de los poderes empresariales vía el reconocimiento de una potestad normativa originaria de los trabajadores en el ámbito productivo, y en el desarrollo de una

actividad institucionalizada que —como ya sucede en algunas experiencias— desborda cada vez más los microespacios empresariales para llegar a conformarse en un mecanismo de influencia directa en la política social del Estado.

Naturalmente, todas estas afirmaciones revalidan la funcionalidad del derecho de libertad sindical tanto en el ámbito empresarial como en el de la organización administrativa, con lo que no debe existir mayor distingo en cuanto a la eficacia de dicho derecho humano. Aportados estos argumentos, el tema de la reformulación de las estrategias de acción sindical se convierte en una cuestión, aunque no menos importante, particularizada por cada contexto histórico.

En el caso específico de los trabajadores públicos, si bien la evolución de la normativa constitucional e internacional hacia el reconocimiento generalizado del derecho de libertad sindical ha hecho irresistible la confirmación de su funcionalidad —aun por encima de los antiguos argumentos de la comunidad de intereses existente entre el trabajador público y la organización administrativa—, lo que no se logra aún es que el reconocimiento formal del derecho derive en un ejercicio efectivo del mismo en toda su plenitud. Es decir, vencido el argumento de su disfuncionalidad, se impone al derecho de libertad sindical una convivencia irrealizable con el unilateralismo, en la que a las ya anotadas *políticas restrictivas* se suman una serie de *objeciones dogmáticas* que imponen severas limitaciones a segmentos vitales de su contenido. Esta es la razón por la que a la par de centrar las estrategias en la expansión de la acción sindical hacia sectores no tradicionales de trabajadores, es necesario saldar la antigua deuda de garantizar un ejercicio pleno y efectivo del derecho de libertad sindical a este sector tradicional de dependientes.

3.2. LOS DERECHOS DE LIBERTAD SINDICAL Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS TRABAJADORES PÚBLICOS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Ha sido frecuente constatar en las experiencias comparadas que el derecho de libertad sindical de los trabajadores públicos ha recorrido idéntico camino al del sindicalismo en el ámbito privado, lo que transcurre de la más absoluta prohibición a su reconocimiento en el ámbito constitucional.²³ En nuestro ordenamiento jurídico se ha observado el mismo tránsito. Se aprecian dos etapas en la regulación de los derechos colectivos de los trabajadores públicos: una de proscripción y otra de reconocimiento.

²³ Puede verse al respecto ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. *Los derechos sindicales de...*, pp. 55 y ss.

3.2.1. El marco normativo de proscripción de la libertad sindical de los trabajadores públicos

El primer antecedente normativo de regulación de los derechos colectivos de los trabajadores públicos vino referido al ejercicio del derecho de huelga, lo que corresponde al hecho de constituir en lo fundamental una estrategia de contención frente al conflicto laboral—. El decreto supremo del 12 de mayo de 1920, en desarrollo del precepto constitucional que establece el sometimiento a arbitraje de todos los conflictos entre capital y trabajo, proscribió diversas formas de ejercicio ilegítimo del derecho de huelga. El mencionado decreto aludía concretamente a los trabajadores estatales en su artículo 7, al establecer que «los empleados públicos que, con pretexto de huelga, se confabulen para dejar sus empleos o servicios, serán inmediatamente separados de ellos sin lugar a reclamación de ninguna especie». No obstante esta prohibición, más adelante la misma norma admitía el ejercicio del derecho de huelga para los empleados y obreros de las empresas estatales de alumbrado, ferrocarriles, tranvías y comunicaciones telefónicas y telegráficas, sometiéndolo únicamente a la obligación de dar aviso anticipado.

En lo específicamente relacionado con el derecho de sindicación el primer referente normativo viene conformado por un conjunto de disposiciones emitidas durante el gobierno de Bustamante. Mediante decreto del 18 de octubre de 1945 se señaló que «los funcionarios, empleados civiles y obreros que presten servicios en las instituciones armadas del país no están facultados para formar sindicatos ni asociaciones similares ni pueden ejercer derecho de petición colectiva por su condición de militares asimilados integrantes de las Fuerzas Armadas». Los considerandos de la norma agregaban que la limitación del derecho de petición colectiva establecida en el artículo 60 de la Constitución de 1933 hacía incompatible cualquier ejercicio del derecho de libertad sindical, pues este implicaba la formulación de reclamaciones colectivas incompatibles con la disciplina y el mejor funcionamiento de los servicios militares, a los que los empleados civiles quedaban adscritos por el solo hecho de su incorporación voluntaria al servicio de una institución castrense.

Por su parte, el decreto del 5 de noviembre de 1945 estableció que

[...] los empleados de las compañías fiscalizadas, y de las instituciones que cumplan fines del Estado sin propósito de lucro podrán asociarse para fines colectivos de mejoramiento, pero no para plantear cuestiones que de cualquier manera restrinjan las facultades que la Constitución y las leyes acuerdan a los poderes legislativo y ejecutivo o a los organismos administrativos especiales en cuanto al nombramiento y la dotación de servidores.

Seguidamente, esta misma norma ratificaba la imposibilidad de recurrir a la huelga, lo que establecía que las peticiones de los trabajadores debían tramitarse por la vía administrativa.

Sin duda, la emisión de esta norma respondía a la necesidad de canalizar las diversas solicitudes de reconocimiento de sindicatos de empleados públicos a través de formas asociativas o mutualistas, que encubrían la real situación de conflicto estructural entre capital y trabajo.²⁴ Sin embargo, la contradicción que encierra el dispositivo es evidente: si bien niega la eventualidad del conflicto, regula su existencia e instituye la vía administrativa como el canal *apropiado* para el tratamiento de las controversias derivadas de las reclamaciones, excluyendo materias cuya regulación se reserva a los poderes del Estado.

Por último, el decreto del 12 de noviembre de 1945 establecía que «las asociaciones de empleados públicos no se llamarán sindicatos». Siguiendo la orientación de la norma anteriormente citada, este dispositivo intentaba establecer una forzada distinción entre la actividad reivindicativa de los trabajadores privados y públicos, que en el plano formal correspondería a la diversa denominación que debían emplear tales organizaciones en desarrollo de sus actividades y cuya finalidad principal sería excluir del ejercicio de la huelga a los trabajadores públicos.

Sin embargo, es el estatuto de 1950, norma central del modelo estatutario, el dispositivo que consolida y sintetiza la línea seguida por los tres dispositivos mencionados. Dicha norma establecía en su artículo 49 que los empleados públicos «solo podrán asociarse con fines culturales, deportivos, asistenciales y cooperativos», encontrándose prohibidos de «adoptar la denominación u organización propia de los sindicatos, de adoptar las modalidades de acción de estos organismos, de ejercer coacción en sus peticiones y de recurrir a la huelga». El reglamento del estatuto precisaba que la existencia de tales asociaciones dependía de su inscripción en la Dirección General de Servicios Civil.

Durante la vigencia de esta norma, muy propia del carácter estatutario y restrictivo del modelo, se emitieron dos disposiciones que apuntalaron el sentido limitativo de su regulación. El decreto del 26 de enero de 1960, que fijó las normas para el reconocimiento de las asociaciones de empleados públicos a cargo de la Dirección General de Servicio Civil y Pensiones, y el decreto del 21 de octubre del mismo año que, curiosamente, reitera que las asociaciones de empleados públicos no podrán ejercer actividades distintas de las establecidas en la ley 11377, bajo sanción de cancelarse su inscripción en el registro. Es necesario precisar que estas dos últimas normas se emitieron con posterioridad a la ratificación por resolución legislativa 13281 del Convenio OIT 87 y, por tanto, obviaban la amplitud con la que dicho instrumento internacional reconocía la titularidad del derecho de libertad sindical. Es más, el decreto supremo 09, del 3 de mayo de 1961, emitido con la finalidad de armonizar el ordenamiento legal vigente con el recién

²⁴ Desde la óptica de la norma citada, y tal como se establece expresamente en su texto, «no cabe que se produzca (conflicto) cuando el Estado es una de las partes de la relación laboral».

ratificado convenio internacional, delimitaba su ámbito subjetivo, y establecía en su artículo 28 que sus disposiciones comprendían únicamente a los «empleadores, obreros y empleados de la actividad privada, quedando los servidores sujetos a estatutos especiales regidos por sus respectivas leyes».

Cabe agregar, finalmente, que con posterioridad el decreto ley 20064 del 19 de junio de 1973 estableció medidas para el funcionamiento de las asociaciones constituidas en el sector público nacional. Esta norma otorgó potestad al titular del sector para fiscalizar, supervisar e incluso para aplicar sanciones a las asociaciones de trabajadores públicos, derramas administrativas y otras instituciones de carácter exclusivamente asistencial y económico cuando contravengan las resoluciones que emita la autoridad, pudiendo incluso disponer su disolución y liquidación cuando se ignore la existencia de sus miembros o cuando se estime que su existencia no es factible.

En términos generales, los dispositivos mencionados dan cuenta de un marco normativo abiertamente restrictivo, articulado desde una perspectiva que postulaba que el desarrollo de la función administrativa no admitía ningún tipo de actividad de corte reivindicativo que desviara la atención hacia intereses sectoriales en perjuicio del interés general, y en la que solo resultaba tolerable la acción organizada de los trabajadores con objetivos mutualistas. Sin embargo, y tal como ha sucedido en las experiencias comparadas en la etapa previa al reconocimiento del derecho de libertad sindical, este marco formal de corte restrictivo se explicaba y dinamizaba únicamente por el propio ejercicio de facto de los derechos colectivos de los trabajadores públicos, con lo que aparecía cada una de las normas mencionadas como un intento fallido de neutralización de la actividad sindical. La negociación formal del conflicto y de los derechos colectivos acababa constituyéndose en la más fiel expresión de su existencia y de su actuación efectiva y creciente.²⁵

3.2.2. Del reconocimiento formal del derecho de libertad sindical de los trabajadores públicos a la desarticulación del movimiento sindical

Es con la Constitución de 1979 que se consagra el derecho de libertad sindical de los trabajadores públicos, motivada en primer lugar por el ejercicio efectivo de una creciente actividad sindical que hace insostenible un marco formal de proscripción (debido justamente a que su ejercicio fáctico denotaba su efectividad en el plano real); y, en segundo lugar, por la necesidad de ajustar completamente la normativa interna con lo señalado en los convenios internacionales sobre libertad sindical ratificados por el Perú.

²⁵ Acertadamente señala Morgado que «legislar sobre la solución del conflicto importa reconocer desde ya su existencia». MORGADO, Emilio. *La solución de los conflictos colectivos de trabajo en el sector y los servicios públicos*. Serie Crítica y Comunicación, n.º 3. Lima: OIT, 1991, p. 29.

La Constitución de 1979 aludía expresamente al reconocimiento del derecho de libertad sindical básicamente en dos de los apartados de su título I: en el artículo 51 que establecía el derecho de sindicación de los trabajadores y que, como señala Ermida, ofrece «una síntesis bastante apretada del contenido del derecho»;²⁶ y en el artículo 61 que, a la par que ratifica el reconocimiento de los derechos de libertad sindical y huelga a los servidores públicos, excluye de los alcances de dicha disposición a los funcionarios con poder de decisión o que desempeñan cargos de confianza, y a los miembros de las fuerzas armadas y policía nacional.

Por otro lado, la ratificación del Convenio OIT 151 llevada a cabo por la Decimoséptima Disposición General y Transitoria de la Constitución —complementada con lo establecido en los Convenios OIT 87 y 98 ya ratificados— importaba la incorporación a nuestro ordenamiento del consenso internacional en torno de los derechos colectivos de los trabajadores públicos, con lo que quedaba configurado un marco de reconocimiento y protección de tales derechos con rango constitucional.

Como puede verse, a diferencia de los trabajadores privados, cuyo derecho de libertad sindical encuentra referentes normativos desde 1913, el reconocimiento formal del derecho de libertad sindical de los trabajadores públicos se llevó a cabo por primera vez en la Constitución de 1979. No obstante ello, y si bien este reconocimiento resulta incuestionable, el ejercicio pleno y efectivo del derecho ha enfrentado severos obstáculos provenientes en gran medida de su desarrollo a nivel infraconstitucional.

En efecto, lo central de la regulación del derecho de libertad sindical ha venido establecido básicamente por dos paquetes de medidas, emitidas —algunas de ellas— en vía de reglamentación del recién ratificado Convenio OIT 151.

El primer paquete de dispositivos vino conformado por el decreto supremo 003-82-PCM, del 22 de enero de 1982, que regula el derecho de los servidores públicos de constituir organizaciones sindicales; el decreto supremo 026-82-JUS, del 13 de abril de 1982, que complementa diversos aspectos de la norma antes citada; el decreto supremo 010-83-PCM, que norma la calificación de las paralizaciones colectivas de trabajo del personal comprendido en los alcances de la ley 11377; y la resolución jefatural 134-82-INAP/DIGESNAP, del 18 de mayo de 1982, que aprueba el procedimiento de inscripción de las organizaciones sindicales de servidores públicos.

A estos dispositivos se agrega el decreto legislativo 276 que, a pesar de constituirse en la norma base para la regulación de los derechos de los trabajadores públicos, contiene solo dos disposiciones relativas a los derechos colectivos: la

²⁶ ERMIDA URIARTE, Óscar y Alfredo VILLAVICENCIO RÍOS. *Sindicatos en libertad sindical*. Lima: ADEC-ATC, 1991, p. 15.

escueta mención de su artículo 24 al derecho de sindicación de los servidores públicos, y la exclusión del ámbito material de la negociación colectiva de las remuneraciones o de las condiciones de trabajo que impliquen incrementos remunerativos o modifiquen el sistema único de remuneraciones, previstas en el artículo 54. Posteriormente, se emitió el decreto supremo 070-85-PCM, que establece el procedimiento de la negociación bilateral para determinar las remuneraciones por costo de vida y por condiciones de trabajo de los trabajadores municipales.

Esta orientación mayoritaria por regular los derechos colectivos a través de normas de rango reglamentario presenta un primer problema de orden formal. La Constitución de 1979, tal como lo haría posteriormente la de 1993, establecía una reserva de ley en la regulación de los derechos de los trabajadores públicos que implicaba sustraer la materia sindical de la potestad reglamentaria del Ejecutivo. Evidentemente, la regulación de los derechos colectivos por normas de rango reglamentario evade la reserva de ley, lo que deja en manos de la contraparte la fijación o modificación del marco institucional.

Un segundo problema es el que atañe a la legitimidad de muchas de las normas mencionadas. Como anota Camacho, dos de los instrumentos centrales en la regulación del derecho de libertad sindical —los decretos supremos 003-82-PCM y 026-82-JUS— fueron elaborados por un sector del ejecutivo —Ministerio de Trabajo— sin participación alguna de las organizaciones sindicales de trabajadores públicos e, incluso, sin la intervención del INAP, órgano técnico especializado en materia de empleo público.²⁷ Ello motivó un abierto y generalizado rechazo, evidenciado fundamentalmente en dos planos de actividad: el de la denuncia ante los organismos internacionales y el de su abierto desconocimiento por parte de los propios actores sociales.

En efecto, una vez producida la aprobación de los mencionados dispositivos, la Federación de Trabajadores Municipales del Perú interpuso una queja contra el Gobierno peruano ante el Comité de Libertad Sindical (CLS) de la OIT, alegando que las normas señaladas contenían disposiciones contrarias a los Convenios sobre el derecho de libertad sindical ratificados por el Perú. Realizados los descargos del Gobierno peruano, el CLS hizo suyas las observaciones de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), que en marzo de 1983 había considerado que diversos apartados —como la prohibición de reelegir a los miembros de la junta directiva, la exigencia de contar con un número demasiado alto de trabajadores para formar sindicatos y de sindicatos para formar organizaciones de grado superior, así como la prohibición de los sindicatos

²⁷ CAMACHO, Gladys. «La negociación colectiva en la administración pública». *Cuadernos Laborales*, n.º 28, Lima, 1985, p. 7.

de servidores públicos de afiliarse a federaciones que afilien otras categorías de trabajadores— resultaban contrarios a los artículos 2, 3, 5 y 6 del Convenio OIT 87. El comité agregó que la prohibición de formar sindicatos en reparticiones con un número de trabajadores que fluctuaban entre los 5 y 20 trabajadores resulta contraria al artículo 2 del mismo instrumento. Sin embargo, y a pesar de los cuestionamientos de los órganos de control de la OIT, la normativa se mantuvo invariable en lo sustancial.

Por otro lado, la acción sindical de los trabajadores públicos a espaldas del marco normativo fue otro de los fenómenos que del mejor modo evidenció la falta de legitimidad de las normas emitidas, así como lo inapropiado y obsoleto de sus disposiciones. En un primer momento, la derogatoria de la normativa sobre libertad sindical de los trabajadores públicos se constituyó en la bandera de lucha de las organizaciones sindicales de trabajadores públicos, llegándose a elaborar incluso un primer proyecto sustitutorio que contó con la participación de una comisión mixta integrada por representantes de los trabajadores y del Estado, pero que posteriormente no alcanzó a materializarse ni fue sometido a discusión parlamentaria. Un segundo proyecto, elaborado por los senadores Jorge del Prado y Valentín Pacho, también fue elevado al Congreso, pero su discusión fue constantemente postergada.²⁸ Posteriormente, las iniciativas de reforma se diluyeron debido a dos factores contradictorios, pero concurrentes: la falta de voluntad política y lo óptimo de los resultados alcanzados por las organizaciones sindicales en su accionar aun a espaldas del marco normativo.

Ciertamente, muchas organizaciones sindicales de amplia trayectoria —docentes universitarios, los trabajadores del Seguro Social y los trabajadores del sector Salud—cuyo reconocimiento por el Estado provenía de la enorme potencia de la actividad sindical desplegada con anterioridad a la emisión de los decretos supremos, mantuvieron los mismos niveles de actividad al margen del cumplimiento de las formalidades establecidas por el nuevo marco normativo. Del mismo modo, algunas organizaciones recién constituidas, especialmente en los sectores agricultura, economía y comercio, ejercieron importante actividad y lograron

²⁸ Entre sus aspectos más saltantes, ambos proyectos eliminaban las restricciones impuestas para el ejercicio del derecho de sindicación al establecer el derecho para todos los trabajadores, aun cuando no se encuentren sujetos al Sistema Único de Remuneraciones e incluso al personal civil de las Fuerzas Armadas y Policiales. El proyecto de los congresistas comprendía incluso a los trabajadores de las empresas estatales al margen de su régimen laboral. El proyecto de la Comisión tipificaba como acto de abuso de autoridad los actos de injerencia, y el de los congresistas se limitaba a establecer la responsabilidad administrativa de las autoridades. El proyecto de la Comisión sustituía el término repartición por el de «entidad pública», que identifica a cualquier entidad con pliego presupuestal propio o la que siendo parte de la misma constituye un órgano desconcentrado o autónomo. Por último, el proyecto de la Comisión proponía que el registro de sindicatos lo lleve a cabo un Tribunal Arbitral a constituirse y el de los congresistas proponía que sea el registro sindical del Ministerio de Trabajo.

mejoras en las condiciones laborales de los trabajadores, aun sin tener reconocida su personería.²⁹

Sin duda, el protagonismo alcanzado por las organizaciones de trabajadores estatales se encuentra relacionado con el acelerado incremento del número de empleados producido durante la década de los ochenta, en la que el empleo en el sector público creció de alrededor de 550 mil³⁰ a cerca de 900 mil trabajadores públicos.³¹ De esta última cifra —calculada al finalizar el gobierno aprista— alrededor del 95% de trabajadores eran nombrados y gozaban de estabilidad, aunque en algunos casos se trataba de incorporaciones que evadieron los parámetros del concurso público de méritos formalmente previsto.³² Como es lógico, el incremento de la base admitida formalmente para sindicalizarse —los trabajadores nombrados y los obreros permanentes— forjó el desarrollo del sindicalismo estatal. Según señala Gamarra, en 1985, el INAP registró 114 sindicatos que afiliaban a 195.202 trabajadores, suma que no considera a los trabajadores del magisterio, cuya organización sindical —el SUTEP— agrupaba a 200 mil profesores. Fuera de estos niveles de actividad formalmente registrados, se difundió la práctica de la constitución de comités intersectoriales, de estructura y actuación coordinada en el ámbito nacional, que condujeron a que entre los años 1984 y 1987 los paros y huelgas prolongadas alcanzaran dimensión nacional.³³

El resultado de esta expansión del sindicalismo estatal fue el desarrollo de una acción sindical de facto que, principalmente, en ejercicio del derecho de negociación colectiva desbordó las restricciones materiales impuestas desde la normativa. La materia básica o exclusivamente negociada fue la remunerativa, pero el producto muy pocas veces revistió la forma de convenio colectivo; más bien, estuvo plasmado en un acto unilateral de la organización administrativa —resolución administrativa o decreto supremo— que intentaba forjar la apariencia de que cualquier

²⁹ CAMACHO, Gladys. «La negociación colectiva...», p. 7.

³⁰ En 1975 el número estimado de trabajadores públicos llegaba alrededor de los 514 mil y para 1980 creció solo hasta 546 mil.

³¹ Sobre la base de datos aproximados, durante el primer quinquenio de los ochenta se incorporaron al sector público a 212 mil trabajadores, y solo durante los primeros tres años del segundo quinquenio se incorporaron a 120 mil trabajadores. AVELINO, Esteban. «Trabajadores estatales: ¿cuántos somos?». *Cuadernos Laborales*, n.º 58, Lima, 1990, p. 8.

³² La Ley de Presupuesto del Sector Público para el año 1985, emitida al final del gobierno del arquitecto Belaunde, permitió el nombramiento de trabajadores contratados con tres años de antigüedad. De idéntico modo, en la Municipalidad de Lima al término del período del ex alcalde Del Castillo se otorgó estabilidad laboral a 1132 trabajadores con contrato de servicios no personales. AVELINO, Esteban. «Trabajadores estatales: ¿cuántos somos?...», p. 9.

³³ Según Passalacqua, en el año 1984, por convocatoria de la CITE se llevaron a cabo seis grandes huelgas nacionales y se suscribieron cuatro pactos colectivos, lo que implicó «la forja de una gran experiencia sobre el trabajo de frente único». PASSALACQUA PEREYRA, César. «CITE: tareas urgentes». *Cuadernos Laborales*, n.º 58, Lima, 1990, p. 9.

beneficio provenía no de la presión producida por la actividad sindical reivindicativa, sino de la exclusiva voluntad de la organización administrativa de otorgarlo.³⁴

La Constitución de 1993 no ofreció cambios significativos que involucraran en particular a los trabajadores públicos. Cabe destacar, además de la sola mención al derecho de libertad sindical que lleva a cabo el artículo 28, la exclusión del personal de dirección de la titularidad de los derechos de sindicación y huelga que lleva a cabo el artículo 42. Por lo demás, no obstante lo contundente de las observaciones de los órganos de control de la OIT, la normativa infraconstitucional tampoco presentó modificaciones sustanciales y, por el contrario, el sentido limitativo de la regulación se acentuó a inicios de la década de los noventa con la reforma laboral, lo que incidió decididamente en la recuperación del monopolio regulador de la relación de empleo por parte del Estado.

Como ya lo hemos visto, a diferencia del sector privado, en el que la estrategia flexibilizadora implantó un cambio normativo general, la estrategia de recuperación de las potestades normativas patronales en el empleo público consistió en la estricta observancia del marco normativo vigente, cuyo sentido limitativo inducía naturalmente hacia el logro de tal cometido. Es decir, se propuso con relativo éxito ante los tribunales, la denuncia de toda acción colectiva de facto por ilegal, y su reconducción hacia los parámetros normativamente establecidos, cuyo sentido restrictivo garantizaba la neutralización de la actividad reivindicativa.³⁵

En efecto, la normativa vigente ofrece innumerables aspectos que facilitan la adopción de posturas restrictivas de los derechos colectivos. Por ejemplo, la limitación del derecho de sindicación solo a determinados servidores públicos —los comprendidos en la carrera administrativa, sujetos al sistema único de remuneraciones y que hayan superado el período de prueba—³⁶ podía suponer una disminución sustancial del número de afiliados si, como efectivamente ocurrió, se producía el despido masivo de trabajadores de carrera por efecto de irregulares procesos de evaluación. Del mismo modo, la creciente incorporación de trabajadores contratados no sindicalizables, la introducción de trabajadores con régimen laboral privado cuyo derecho de sindicación se regía por normas distintas, y la necesidad de contar

³⁴ CAMACHO, Gladys. «La negociación colectiva...», p. 7.

³⁵ Son múltiples los pronunciamientos en este sentido. En la casación 2430-98-LIMA, nuestra magistratura acoge la denuncia de un convenio colectivo por contrariar lo dispuesto en el artículo 54 del decreto legislativo 276. En este caso, al establecer el convenio colectivo una regulación suplementaria a la establecida por la citada norma para la CTS, la Corte Suprema lo declara nulo al señalar que «el contenido de los acuerdos no puede ser contrario a normas de orden público», careciendo de validez un pacto que establezca «un régimen distinto al establecido por la ley para este sector laboral».

³⁶ Artículo 1 del D. S. 003-82-PCM y artículo 1 del D. S. 026-82-JUS. La resolución jefatural 134-82-INAP/DIGESNAP precisa que los sindicatos podrán ser de empleados con nombramiento definitivo o de obreros con derecho a la estabilidad laboral.

con el 20 por ciento de trabajadores de la institución con derecho a sindicalización y con número no inferior a 20 miembros para constituir un sindicato, afectaron sensiblemente la base sindical y obstaculizaron el desarrollo de una acción colectiva eficaz.³⁷

De manera similar, muchos de los aspectos que expresan la libertad de la organización sindical para orientar su actividad hacia los fines de promoción y defensa de los intereses de los trabajadores fueron coartados aun sin mediar conexión alguna con los intereses públicos. Ello sucedió, por ejemplo, con la prohibición de dedicarse a asuntos políticos o de índole económica;³⁸ la necesidad de contar con una certificación de la repartición que garantice, previamente al registro, que los trabajadores cumplen con los requisitos para la sindicalización;³⁹ la imposibilidad de las organizaciones sindicales de servidores públicos de afiliarse a organizaciones de grado superior que no sean de servidores públicos;⁴⁰ el establecimiento en el texto original de la normativa —luego modificado— de un número elevado de sindicatos (20) y federaciones (10) para constituir federaciones y confederaciones respectivamente;⁴¹ y la imposibilidad —luego modificada también— de reelegir a los miembros de la junta directiva.⁴²

A todo lo anotado, hay que sumar dos medidas normativas que contribuyeron también de modo decidido a que se desarticule el movimiento sindical: la disolución del INAP —instancia de registro de las organizaciones sindicales de los trabajadores públicos de actuación protagónica en el procedimiento de negociación colectiva—,

³⁷ Artículo 9 del D. S. 003-82-PCM.

³⁸ El Comité de Libertad Sindical ha señalado a este respecto que «las disposiciones que prohíben de manera general las actividades políticas de los sindicatos para la promoción de objetivos específicos son contrarias a los principios de libertad sindical». Con mucho acierto observa el comité que «esta prohibición carece además de realismo en cuanto a su aplicación práctica». OIT. *La libertad sindical...*, p. 106.

³⁹ Este requisito hace depender la propia existencia del sindicato de un acto administrativo patronal. En todo caso, cabe recordar que el comité de libertad sindical señala que «las formalidades previstas por la legislación no deben ser aplicadas de modo que retrasen o impidan la formación de organizaciones». OIT. *La libertad sindical...*, p. 56.

⁴⁰ Sin duda, este requisito pretende negar una eventual identidad sociológica de los sindicatos de trabajadores públicos con los de los trabajadores en general, entendemos, como forzado mecanismo de diferenciación de ciertos modos de actuación. Ello resulta contrario a lo señalado en el artículo 2 del Convenio 87 que establece el derecho de los sindicatos de afiliarse a las organizaciones de grado superior que estimen conveniente.

⁴¹ El número originalmente establecido de 20 sindicatos y 10 federaciones fue reducido por D.S. 050-85-PCM. Previamente, el Comité de Libertad Sindical ha indicado que la exigencia de un número elevado para constituir federaciones y confederaciones está en contradicción con el artículo 5 del Convenio 87. OIT. *La libertad sindical...*, p. 136.

⁴² El Comité de Libertad Sindical observa que la prohibición de reelección no es compatible con el Convenio 87, pues puede incidir negativamente en organizaciones que cuenten con un número insuficiente de personas capaces de desempeñar adecuadamente las funciones de dirección sindical. OIT. «La libertad...», p. 90. Esta prohibición fue eliminada posteriormente por D.S. 063-90-PCM.

llevada a cabo por ley 26507; y las constantes limitaciones materiales al ejercicio de los derechos colectivos efectuadas por las sucesivas leyes de presupuesto.

En el primer caso, la desaparición del INAP y la consiguiente derogatoria de todas las disposiciones que aludían a la actuación de dicha entidad⁴³ no vinieron seguidas del traspaso de las facultades de registro o de participación en el procedimiento de negociación colectiva a otro organismo público. El vacío normativo generado, si bien no constituyó de inicio un obstáculo para el ejercicio efectivo del derecho de libertad sindical, dio lugar después de serias dificultades. La imposibilidad de obtener o convalidar el registro en el INAP fue aprovechada por las entidades empleadoras para negar legitimidad a toda organización sindical recién constituida;⁴⁴ frenar el ejercicio de la actividad de aquellas organizaciones que por la vía fáctica venían ejerciéndola y neutralizar cualquier iniciativa de negociación. Incluso, recientemente, se han dejado sentir los efectos de tal situación al declararse judicialmente, en más de una oportunidad, la nulidad de muchos pactos colectivos al amparo del alegado «carácter esencial e imprescindible» que al interior del procedimiento desplegaba el INAP. Evidentemente, al pronunciarse de este modo, nuestra magistratura ha hecho depender la efectividad del derecho de libertad sindical de las acciones u omisiones legislativas, lo que importa el abierto desconocimiento de la preceptividad inmediata del derecho y su propio carácter de derecho humano fundamental.⁴⁵

En segundo lugar, las medidas incorporadas en las sucesivas leyes de presupuesto conformaron una segunda fuente de limitación del derecho de libertad

⁴³ Puede verse el decreto supremo 075-95-PCML.

⁴⁴ Recordemos que desde la desactivación del INAP, llevada a cabo en el año 1995, hasta la muy reciente promulgación de la ley 27556 —publicada el 23 de noviembre del 2001— que establece el registro de las organizaciones sindicales de trabajadores públicos en el Ministerio de Trabajo, ninguna organización sindical de trabajadores públicos alcanzó personería jurídica debido a la negativa reiterada de diversas instituciones —entre ellas el propio Ministerio de Trabajo— de efectuar el registro.

⁴⁵ En la mencionada casación 1770-98-Huaura, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República, fundamenta la nulidad de los acuerdos adoptados en Actas de Trato Directo suscritos entre las autoridades de la Municipalidad y la organización sindical, en la no intervención de la Comisión Técnica prevista por la normativa. Señala la Corte Suprema que «los artículos del 25.º al 29.º del Decreto Supremo 003-82-PCM suponían que, para que cualquier proceso colectivo iniciado al interior de un gobierno local culminara en una fórmula de arreglo obligatoria para este, era requisito indispensable la participación de la Comisión Técnica, sea a través de su opinión favorable a la fórmula de arreglo a la que hubiera llegado la comisión paritaria, sea a través de su intervención en contrario a la misma [...]. Que ninguna de las normas mencionadas contemplaba la intervención resolutoria del titular del pliego como supletoria de la actuación de la Comisión Técnica, por lo que es menester reconocer esta como parte medular en la formación y expresión de la voluntad de la entidad pública involucrada [...]; la sentencia de vista ha incurrido en errónea interpretación del decreto supremo 003-82-PCM, al considerar como accesorio o irrelevante un trámite previsto en la ley como condición indispensable para la validez del acto».

sindical con especial incidencia en el ámbito personal y material del derecho de negociación colectiva. En lo relativo al ámbito subjetivo, desde la promulgación del decreto legislativo 316 de presupuesto del sector público para el año 1985, se contempló como medida de austeridad la prohibición de efectuar nombramientos de personal.⁴⁶ De igual modo, desde 1993, las sucesivas leyes de presupuesto han extendido la prohibición de incorporar personal a la celebración de nuevos contratos de personal en cualquier modalidad.⁴⁷ Con ello, la base sindicalizable —trabajadores nombrados y contratados de modo indefinido— se ha mantenido primero congelada y luego disminuida por efecto de los programas de evaluación de personal que, como ya ha sido señalado, ocasionaron la salida masiva de gran número de trabajadores de carrera.

Del lado de las limitaciones al ámbito material y debido a que, como hemos ya indicado, a pesar del marco formal restrictivo, la actividad sindical de negociación recaía de facto sobre la materia remunerativa,⁴⁸ las leyes de presupuesto incidieron progresivamente en la atribución exclusiva al ejecutivo de la facultad de establecer los incrementos de remuneraciones en el Gobierno central. Si bien este fenómeno —apreciado ya desde 1985—⁴⁹ constituyó una previsión normativa sin mayor alcance en la práctica —dada la potencia de la acción sindical—, desarticuladas las bases sindicales, la capacidad estatal para imponer la observancia de tales preceptos se ha visto incrementada, facilitándose la radicalización de las medidas limitativas presupuestales, a tal punto que las disposiciones que establecieron la determinación unilateral de remuneraciones se han transformado en un auténtico principio rector del manejo presupuestal.⁵⁰

Por último, es importante hacer mención a una tendencia apreciada en los gobiernos locales a la par de la proclamada autonomía municipal.

A diferencia de lo sucedido en el Gobierno central, en los gobiernos locales la determinación de los incrementos de remuneraciones viene confiada a cada institución en particular, señalándose que su determinación se realizaría por el procedimiento de negociación colectiva regulado por decreto supremo 070-85-PCM. Esta previsión atendía a diferencias determinadas por la importancia de los recursos propios en el volumen presupuestal de los gobiernos locales, que dota a estas

⁴⁶ Artículo 62 del decreto legislativo 316.

⁴⁷ Artículo 17 del decreto ley 25986.

⁴⁸ Recordemos, por ejemplo, que el artículo 17 del decreto ley 25986, de presupuesto del sector público para el año 1993, exceptuaban de la prohibición de efectuar incrementos de remuneraciones a los conceptos establecidos en convenios colectivos, lo que implicaba un reconocimiento expreso de la común incidencia de la actividad de negociación en la materia remunerativa.

⁴⁹ Artículo 88 del decreto legislativo 316.

⁵⁰ Dichas medidas fueron posteriormente incorporadas en la ley 27209 de Gestión Presupuestaria del Estado. Véase el artículo 52 de dicha norma.

instancias de mayor autonomía y flexibilidad en la gestión de personal.⁵¹ Este factor ha promovido a su vez un proceso de *dispersión* de la potestad unilateral de conformación del marco institucional en materia de derechos colectivos, lo que ha redundado principalmente en la diversificación de las condiciones laborales, al punto que cuanto mayor posibilidad de conformación y manejo presupuestal existe, y cuanto menor injerencia del Ejecutivo en la determinación de las condiciones de trabajo —sobre todo las económicas—, mayor es la mejora de estas últimas. Lo cierto, sin embargo, es que la autonomía política, económica y administrativa que la Constitución de 1993 otorga a los gobiernos locales, ha sido el sustento frecuente para que se expidan diversas normas que han acentuado la fragmentación del marco institucional, cuyo impacto sobre las relaciones colectivas e incluso sobre la relación de empleo público ha sido más que nocivo.

Como muestra de ello, es suficiente apreciar lo sucedido con la ordenanza 100 emitida por la Municipalidad Metropolitana de Lima, que atribuye la facultad de registro de las organizaciones sindicales de trabajadores a la propia entidad municipal a través de su Oficina de Personal y que establece que el registro no solo otorga personería gremial al sindicato sino lo constituye. No cabe duda de que dicha disposición, emitida según sus fundamentos al amparo de la autonomía municipal, contraviene los principios base del derecho de libertad sindical en cuanto atañe a la constitución de organizaciones sindicales pues transforma el acto de registro en uno de autorización previa a cargo de la propia contraparte. La misma norma atribuye a la Oficina de Personal y a una Comisión ad hoc todas las funciones que al interior del procedimiento de negociación desarrollaba el desactivado INAP a través de sus comisiones técnicas. Con ello, la propia entidad, a través de funcionarios con rango de directores, asume el rol de asistencia técnica dentro del procedimiento de negociación que, justamente por ello, dejaba de ser imparcial y de basarse en el aporte de un organismo técnico ajeno a los intereses económicos o políticos de las partes.

Es evidente que aunque los considerandos de la norma justificaban su emisión en la supuesta necesidad de dar cobertura a los vacíos generados por la desactivación del INAP, la autoatribución de las facultades de registro y asistencia técnica a la propia entidad empleadora favorecen su posición de negociación y la defensa de sus intereses, lo que le otorga un peso inusual en aspectos clave del procedimiento.

⁵¹ El artículo 88 del decreto legislativo 361, ley de presupuesto del sector público para el año 1985, estableció que los incrementos de remuneraciones en los gobiernos locales se atenderían con cargo a sus ingresos propios. Posteriormente, desde 1986, las sucesivas leyes de presupuesto señalaron que en virtud a su autonomía económica y administrativa, y al hecho de que sus principales recursos provienen de rentas propias, los gobiernos locales fijarán sus remuneraciones y beneficios económicos por el procedimiento de la negociación bilateral, dentro de las pautas y condiciones establecidas en el decreto supremo 070-85-PCM.

Puede sumarse a lo señalado una previsión que establece que, de ser declarado extemporáneo o improcedente el pliego de reclamos por la propia entidad empleadora, esta se encontrará facultada para fijar, de modo unilateral y únicamente de considerarlo conveniente, los incrementos de remuneraciones. Muchas municipalidades distritales se adhirieron a la norma antes señalada declarándola aplicable a sus jurisdicciones o bien establecieron normas particulares para cada ámbito, siempre con idéntico sentido limitativo.

En suma, la situación actual de los derechos colectivos de los trabajadores públicos no solo se inscribe en el panorama general de desarticulación del movimiento sindical sino, más aún, la organización administrativa constituye el espacio laboral en el que mayor éxito ha alcanzado la estrategia de retorno al unilateralismo en la determinación de las condiciones de empleo, lo que puede explicarse en alguna medida por la enorme importancia que el sindicalismo público adquirió en las décadas anteriores a la de los noventa y, consecuentemente, el especial énfasis con el que las políticas restrictivas recayeron sobre dicho sector de trabajadores.

3.3. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS TRABAJADORES PÚBLICOS

3.3.1. Planteamiento de la problemática en torno de la negociación colectiva de los trabajadores públicos

El panorama anotado, lejos de ser favorable al ejercicio pleno de los derechos colectivos, plantea dificultades de diversa índole, en particular, referidas al ejercicio de la actividad negociadora desarrollada por las representaciones sindicales de trabajadores públicos. Tanto la evolución reseñada como el estado actual de las relaciones colectivas en nuestro entorno demuestran que la pugna central se sitúa aún en aspectos básicos, esto es, en el reconocimiento y la aceptación plena de la legitimidad de la actividad negociadora del sujeto sindical o, dicho de otro modo, en la afirmación de un auténtico modelo de pluralismo normativo en las relaciones laborales de empleo público. Ciertamente, la desarticulación de la organización sindical ha tenido sustento en posturas autoritarias que intentan reimpulsar un sistema asentado sobre bases unilaterales y en las deficiencias del marco normativo que vienen sirviendo de canal apropiado para tales objetivos. Por ello resulta indudable que todos los esfuerzos por revertir esta situación deben de partir de una reflexión acerca del sentido democratizador que la Constitución atribuye a los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva.

Para la mayor parte de la doctrina laboral, la delimitación del contenido general y esencial del derecho de libertad sindical no resulta un tema problemático. Tanto la vertiente individual del derecho —conformada por la libertad de constitución, afiliación y participación en las actividades sindicales— como su vertiente colectiva —integrada por la posibilidad de conformación de organizaciones de

grado superior, de afiliación a organizaciones de grado superior y de realización de actividad sindical— constituyen aspectos integrados unánimemente al contenido esencial del derecho de libertad sindical.

Cabe resaltar aquí el especial énfasis que ha puesto la normativa internacional y la doctrina en el ejercicio de actividad sindical y, más concretamente, de la actividad de negociación como contenido esencial del derecho de libertad sindical. Sobre la base de lo establecido en el artículo 3 del Convenio OIT 87, la CEACR ha señalado que el derecho de libertad sindical se encuentra integrado tanto por una faceta orgánica como por una faceta dinámica que comprende los derechos de celebrar reuniones, tener acceso a los lugares de trabajo, mantener contactos con los miembros de la organización, la huelga y la negociación colectiva, así como cualquier otra actividad relacionada con la defensa de los intereses de sus miembros.⁵² El Comité de Libertad Sindical (CLS-OIT) ha precisado, en la misma línea, que el derecho de negociar libremente las condiciones de trabajo constituye un elemento esencial de la libertad sindical a través del cual se procura la mejora de las condiciones de vida de los trabajadores, con lo que el Estado abstenerse de toda conducta intervencionista que coarte el ejercicio legítimo de este derecho.⁵³

En idéntico sentido, se ha manifestado la doctrina, destacando en primer lugar la concepción amplia del derecho de libertad sindical, que comprende su faceta dinámica. García Becedas llama la atención acerca de la necesidad de distinguir entre el derecho de libertad sindical y los derechos que en ella se contienen, al afirmar que el derecho de libertad sindical se define, más que por la garantía normativa de un interés jurídicamente relevante o de sus mecanismos de tutela judicial, por la gama de opciones otorgadas a los sujetos para su realización.⁵⁴ De esta afirmación puede desprenderse la centralidad que para el citado autor tiene el ejercicio del derecho a la actividad sindical en la realización plena del derecho de libertad sindical. En el mismo sentido, y con referencia a la Constitución española, Monereo ha señalado que dicha Carta configura una concepción de libertad sindical comprensiva de todos aquellos derechos que hacen de ella un instrumento útil para la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores.⁵⁵

Obsérvese que las referencias anotadas no solo realzan la faceta dinámica del derecho de libertad sindical, lo que supera la simple referencia a los aspectos

⁵² Véase ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio de la comisión de expertos en la aplicación de recomendaciones y convenios*. Ginebra: OIT, 1985, p. 60.

⁵³ Véase ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo*. Ginebra: OIT, 1996, p. 171.

⁵⁴ GARCÍA BECEDAS, Gabriel. «Apuntes para un análisis de la libertad sindical en la Constitución española». *Revista de Política Social*, n.º 124, Madrid, 1979, p. 40.

⁵⁵ MONEREO PÉREZ, José Luis. *Introducción al nuevo derecho del trabajo: una reflexión crítica sobre el derecho del trabajo flexible*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 213.

orgánicos, sino le otorgan además un papel central para que se desarrolle plenamente. Giugni apunta en la misma línea que el objeto principal del reconocimiento constitucional del derecho de libertad sindical lo constituye, más que la organización, la actividad desplegada, y añade que la titularidad del derecho de libertad sindical implica necesariamente la posibilidad de llevar a cabo todos los actos que hagan eficaz a la organización, esto es el desarrollo de la actividad autoorganizativa, conflictual o de producción normativa.⁵⁶ En el mismo sentido y con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, Sanguinetti apunta a la simple instrumentalidad de los aspectos orgánicos destinados, final y únicamente, a hacer efectiva la acción sindical. Agrega el citado autor que si bien es posible identificar y tipificar ciertas formas de acción sindical, el derecho a la actividad sindical no se agota en ellas, pues se trata más bien de un derecho de contenido polivalente, al que se integra toda acción lícitamente desarrollada por una organización sindical. No obstante —prosigue el citado autor—, se distingue claramente un contenido básico conformado por aquellas facultades que dotan de una funcionalidad mínima al sindicato, tales como la huelga, la posibilidad de celebrar reuniones, el derecho de adoptar e incoar medidas de conflicto colectivo y la negociación colectiva.⁵⁷ Como vemos, la esencia y centralidad que el derecho de negociación colectiva asume para la realización efectiva del derecho de libertad sindical constituye un aspecto generalmente aceptado, cuyo fundamento no deriva tanto de la estructuración dogmática del derecho sino, sobre todo, de un dato elemental aportado por la realidad.

En nuestro ordenamiento jurídico, la doctrina también ha señalado que de la regulación del derecho de libertad sindical efectuada por las Constituciones de 1979 y de 1993, puede inferirse una conformación compleja al derecho, que integraría la acción sindical y la negociación colectiva como parte de su contenido esencial.

Se afirma que aun cuando la Constitución de 1979 consagró el derecho de libertad sindical aludiendo básicamente a sus aspectos orgánicos y la de 1993 no refiere a contenido alguno, existen dos argumentos que permiten afirmar con claridad que la actividad sindical se constituye en un contenido base del derecho

⁵⁶ GIUGNI, Gino. *Derecho sindical*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad social, 1983, pp. 75 y 81.

⁵⁷ Siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional Español, Sanguinetti señala que la negociación colectiva constituye contenido esencial del derecho de libertad sindical en tanto es desplegada por un sindicato en concordancia con la relevancia que la Constitución española de 1978 otorga a dichas organizaciones. En tal sentido, toda afectación a la negociación colectiva lo será a la vez a la libertad sindical en cuanto se procure la tutela del sindicato como agente de negociación. SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. «El derecho a la actividad sindical y su protección constitucional en el ordenamiento jurídico laboral español». *Revista Derecho y Sociedad*, n.º 10, Lima, 1995, pp. 96 y ss. En el mismo sentido, puede verse Sala Franco, Tomás. *Derecho del trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992, p. 104.

de libertad sindical. El primer argumento repara en la regulación constitucional conjunta de los derechos de libertad sindical, negociación colectiva y huelga, conformadora de una trilogía indisoluble en la que la integración de los dos últimos derechos —expresiones más genuinas de la acción sindical— contribuiría a la propia definición del primero. El segundo argumento consiste en la atribución de un rol hermenéutico de los preceptos constitucionales a los tratados internacionales sobre derechos humanos, que en la Constitución de 1979 se desprendía automáticamente del rango constitucional atribuido a tales instrumentos y que en la Constitución de 1993 encuentra un referente en la cuarta disposición transitoria y final. Especialmente, es este último argumento el que ha servido a la doctrina y jurisprudencia nacionales para dotar directamente de contenido a un precepto comúnmente formulado de modo parco, con lo que se zanja toda duda sobre sus alcances.

Es cierto, sin embargo, que el consenso al que han arribado las doctrinas nacional e internacional sobre la incorporación del derecho de negociación colectiva al contenido esencial del derecho de libertad sindical ha tenido como referente de reflexión una relación laboral privada, en la que por definición no se asocia el interés de las partes con la noción de interés público. En cambio, tratándose de los trabajadores de la organización administrativa, generalizar el dogma del interés público y la omisión expresa del texto constitucional al derecho de negociación colectiva de los trabajadores públicos⁵⁸ han sido los factores que han tornado en discutible la titularidad de tal derecho, cuestionándose con ello su propio carácter de contenido esencial del derecho de libertad sindical.

Sobre este punto se han identificado dos posturas: la primera sostiene que si bien ha de reconocerse que los trabajadores públicos resultan titulares del derecho de libertad sindical, la primacía de los intereses públicos y la omisión expresa de mención a la negociación colectiva en el texto constitucional, excluirían a este derecho del contenido esencial de la libertad sindical, lo que no impide de plano que se le reconozca por normas de rango infraconstitucional; la segunda argumenta en cambio que de la titularidad del derecho de libertad sindical deriva necesariamente el reconocimiento de la negociación colectiva, por constituir esta el contenido esencial de aquella. Esta discusión, suscitada y desarrollada con referencia a la regulación que realiza el texto constitucional español, se ha planteado también en nuestro medio —aunque con variantes muchas veces obviadas— a propósito de la doble regulación del derecho de libertad sindical que realiza nuestro texto constitucional.

⁵⁸ Tal omisión constituye en una constante en las constituciones latinoamericanas según lo señala Franco, quien explica tal característica por el predominio de una visión unilateralista de la relación de empleo público. FRANCO PÉREZ, Julio. «Aproximaciones al empleo público en las constituciones de Hispanoamérica». En ADEC-ATC. *Trabajo, constitución y seguridad social*. Lima: ADEC-ATC, 1993, pp. 93-94.

Es conveniente advertir, sin embargo, que tras la primera postura es posible apreciar una línea argumental vinculada en mayor o menor medida a un modelo autoritario de Estado y a una forma concreta de organización de las relaciones laborales en el empleo público consecuente con tal modelo.

En efecto, la primera postura denota una visión reduccionista del derecho de libertad sindical en la que su amplitud y plenitud varían dependiendo de si el derecho es ejercido por un trabajador privado o público. Según esta postura, la limitación al contenido esencial del derecho de libertad sindical se fundamentaría en la diversa y distante regulación que realiza el texto constitucional de los derechos colectivos de los trabajadores privados y de los trabajadores públicos. Concretamente, en el hecho de que, adicionalmente a la regulación conjunta e indisoluble que realiza el artículo 28 de los derechos de libertad sindical, negociación colectiva y huelga, nuestra actual Constitución regule por separado —en su artículo 42— los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos, sin aludir expresamente a la negociación colectiva.

Sobre la base de este modelo de regulación constitucional, algún sector de la doctrina nacional ha señalado que los derechos colectivos consagrados en el artículo 28 del texto constitucional no serían de aplicación a los trabajadores públicos, y que el reconocimiento de sus derechos colectivos residiría más bien en el artículo 42. En tal sentido, se ha argumentado que al no haberse consagrado expresamente el derecho de negociación colectiva de los servidores públicos en tal precepto, estos trabajadores se encontrarían excluidos de su titularidad,⁵⁹ lo que, sin embargo, no obstaría su eventual reconocimiento, pero ya en el ámbito legislativo. Amprimo asimila esta situación a la del ordenamiento español en donde, según entiende, para un sector de la doctrina, la negociación colectiva garantizada constitucionalmente sería la *laboral* y no la de los *funcionarios públicos*.⁶⁰ Agrega Amprimo que incluso el reconocimiento del derecho llevado a cabo a través de normas reglamentarias ajustaría nuestro ordenamiento a los compromisos asumidos en virtud al Convenio OIT 151, dado que este instrumento internacional insta a los países ratificantes a adoptar medidas para estimular y fomentar el desarrollo y la utilización de procedimientos de negociación, pero solo de ser necesario.⁶¹

Sin embargo, más que desprendidos necesariamente de la estructura del texto constitucional, entendemos que los argumentos desarrollados por este sector de la doctrina no constituyen sino una forma de interpretación de sus preceptos,

⁵⁹ AMPRIMO PLÁ, Natale. «Temas de derecho laboral municipal». En Colegio de Abogados de Lima. *Temas municipales*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1998, p. 114. En similar sentido, PASCO COSMÓPOLIS, Mario. «La negociación colectiva en el sector estatal». *Themis*, n.º 15, Lima, 1989, pp. 37-40.

⁶⁰ Puede profundizarse esta postura en BLASCO, Avelino. «La negociación colectiva de los funcionarios públicos». *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 52, Madrid, 1986, pp. 509-549.

⁶¹ AMPRIMO PLÁ, Natale. «Temas de derecho laboral...», p. 114.

respaldada por diversos argumentos que sostienen la existencia de diferencias estructurales entre empleo privado y público, determinantes finalmente de una proyección distinta del derecho de libertad sindical. Estas argumentaciones, asentadas en la tesis estatutaria unilateral, asumen la forma de *objeciones dogmáticas* de fuente constitucional a la titularidad y el ejercicio del derecho de negociación colectiva de los trabajadores públicos, a las cuales subyace un postulado central: la trascendencia del Estado y las notas distintivas que su naturaleza pública imprime a su posición de empleador.

La primera objeción a la negociación colectiva de los trabajadores públicos es la alegada primacía de la ley y de los canales parlamentarios como mecanismos apropiados de respuesta a las demandas sectoriales. Sobre la base de esta afirmación, asentada en la noción de «soberanía parlamentaria», se ha sostenido la imposibilidad de comprometer la voluntad estatal representativa de los intereses generales con demandas representativas de intereses sectoriales y particulares. Se afirma, por ejemplo, que competencias reservadas al parlamento —como la de conformación del presupuesto público— o atribuidas al ejecutivo para estructurar la organización administrativa no podrían ser compartidas con organizaciones sindicales, dado que se verían severamente constreñidas por la aplicación de una técnica como la negociación colectiva que, si bien asume inicialmente como punto central de discusión materias económicas, presenta luego una tendencia natural a la expansión de sus contenidos. Esta objeción se materializaría en la consagración de los principios de legalidad y reserva de ley a cuya observancia se encuentra vinculada la organización administrativa.

La segunda objeción, relacionada con la anterior, se basa en la potencial alteración y resquebrajamiento de la unidad de la organización y del principio de igualdad que producirá la actividad de negociación, debido a su natural tendencia a la diversificación.⁶² Desde esta postura, la negociación colectiva de los trabajadores públicos conduciría a la conformación de microcentros reguladores y microespacios regulados, con disparidades y privilegios que redundarían en que la organización pierda su jerarquía y se derogue el principio de seguridad jurídica.⁶³

La tercera objeción alude a la preponderancia del componente político en la organización administrativa y su mayor sensibilidad frente a criterios de consenso con el objetivo de producir un grado mayor de legitimación, lo que redundaría en una suerte de «debilidad» inmanente a su condición de empleadora, acentuada

⁶² DEL REY GUANTER, Salvador. «Evolución general y problemática fundamental de las relaciones colectivas en la función pública». En Salvador del Rey Guanter y otros (coords.). *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 1989, pp. 40-41.

⁶³ MAURI MAJOS, Joan. *Problemas de la representación sindical y la negociación colectiva en la función pública: convergencias y divergencias con el empleo privado*. Documentación administrativa 241-242. Madrid: INAP, 1995, p. 131.

por su débil percepción de los resultados económicos.⁶⁴ Ligado a este argumento, se sostiene como factor que contribuye a esta debilidad de la posición negociadora del Estado la denominada «tercerización» del conflicto colectivo, vale decir, la suplantación de su esquema bilateral —que enfrenta a trabajadores y empleador— por un modelo trilateral en el que el consumidor de los servicios estatales —en su mayor parte esenciales y monopólicos—, lejos de mantenerse ajeno al conflicto, compromete sus intereses convirtiéndose en un elemento de presión que agudiza la debilidad de la posición de la organización administrativa. Lógicamente, desde esta postura, esta débil posición de la organización administrativa influiría notablemente en la postura negociadora en el conflicto laboral debido a la frecuencia con que el recurso de la huelga se plantea como alternativa de presión frente al fracaso de las negociaciones. De este modo, dado que los consumidores tenderán a atribuir las consecuencias negativas del conflicto a la organización administrativa y no a los trabajadores, se potenciaría la posición de negociación de estos últimos, impulsándose el incremento irracional de sus demandas.

Todas estas objeciones sustentan una interpretación restrictiva del texto constitucional que configura un derecho de libertad sindical de los trabajadores públicos de contenido sustancialmente orgánico o, como afirma Mauri Majos, separado de los derechos de acción que lo integran,⁶⁵ con lo que, en términos reales, es poca la *libertad* que puede revestir su ejercicio para un sector importante de trabajadores. Más aún, aunque como afirman sus autores esta interpretación no desconoce la posibilidad de una consagración y desarrollo legal del derecho, lo cierto es que sin una garantía constitucional, lo más frecuente será —como efectivamente ha sucedido— que con la constante influencia del Ejecutivo en la conformación de un marco institucional, la legislación produzca modelos que neutralicen totalmente los efectos democratizadores de la actividad de negociación, sin encontrar un parámetro de confrontación directo con preceptos de rango constitucional.

3.3.2. La superación de las objeciones al derecho de negociación colectiva y su carácter de contenido esencial del derecho de libertad sindical de los trabajadores públicos

En vista de los argumentos que acabamos de reseñar, resulta necesaria la confrontación de las objeciones interpuestas al derecho de negociación colectiva de los trabajadores públicos con la lógica socializadora y participativa del modelo de Estado social y democrático. Ello con el objetivo de delimitar la dimensión subjetiva

⁶⁴ DEL REY GUANTER, Salvador. «Evolución general y problemática fundamental de las relaciones...», p. 45.

⁶⁵ MAURI MAJOS, Joan. *Problemas de la representación sindical y la negociación colectiva en la función pública...*, p. 139.

y objetiva del derecho y los niveles de incidencia del interés público sobre su ejercicio.

En todo ordenamiento jurídico, junto con el pleno reconocimiento de las potestades normativas parlamentarias como expresión legítima de los intereses públicos, se verifica la existencia de centros autónomos de producción normativa que hacen notar la presencia de poderes sociales de hecho, vitales para la marcha del sistema. Ciertamente, estos centros de producción normativa corresponden a la existencia de grupos intermedios de intereses diversos y hasta contrapuestos, cuyo reconocimiento —superada la aversión hacia ellos manifestada por el liberalismo— se torna en condición indispensable para definir un modelo de Estado social y democrático. Con mucho acierto señala Rivero Lamas que la negación de libertad y autonomía de estos grupos intermedios responde a un intento vano, pero muy propio de los regímenes totalitarios, de reducir a la unidad intereses inevitablemente contradictorios.⁶⁶ Y es que el pluralismo jurídico expresado en la actuación de grupos de intereses como los sindicatos, reformula la noción de soberanía estatal, lo que determina una convivencia entre poderes reguladores en el ámbito de las relaciones laborales en la que la potestad normativa estatal, aunque preeminente, cede espacios a la potestad normativa de los sujetos colectivos.

Esta convivencia de poderes no ha resultado ni siquiera en el ámbito laboral privado un tema pacífico. Por el contrario, la rivalidad entre los poderes oficiales y los poderes de hecho⁶⁷ ha sido una constante, al punto que, tal como lo demuestra la evolución de las relaciones colectivas, los espacios de actuación sindical han sido arrebatados no solo al empresario sino también al propio Estado. Esto explica perfectamente la extrema resistencia que genera la admisión de un poder normativo sectorial al interior de la propia organización administrativa: el reconocimiento de poderes sindicales autónomos conlleva el cercenamiento de una parte del poder heterónimo ejercido que, desde el punto de vista del sujeto despojado, aparece como un atentado contra su soberanía.⁶⁸

No obstante, son varias las razones que permiten afirmar que la presencia de esta potestad normativa de los sujetos colectivos, lejos de afectar la soberanía parlamentaria, la reformula en función de los postulados del principio de un Estado social y democrático.

En primer lugar, la potestad normativa que ostentan los sujetos colectivos para la regulación de las relaciones de empleo se supedita a la del Estado como expresión de la primacía del interés público sobre el interés sectorial, pero sin que ello implique la preferencia de la ley en la conformación del marco normativo dado el

⁶⁶ RIVERO LAMAS, Juan. «Democracia pluralista y autonomía sindical». En *Estudios de Derecho del trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*. Madrid: Tecnos, 1980, p. 190.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 186.

⁶⁸ DEL REY GUANTER, Salvador. «Evolución general y problemática fundamental de las relaciones...», p. 52.

necesario respeto del espacio regulador que la Constitución reserva a los sujetos colectivos.⁶⁹ Más bien, constituye labor y responsabilidad parlamentaria la delimitación de un marco normativo que resguarde el contenido esencial del derecho de libertad sindical de los trabajadores públicos y garantice la funcionalidad y efectividad de su negociación colectiva, sin que quede afectada la eficacia de la organización administrativa en la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía; es decir, es el legislador quien, en orden del modelo social y democrático de Estado, deberá establecer una solución armónica a la compleja y problemática relación entre la ley y la autonomía colectiva en el empleo público⁷⁰ que, sin limitar el contenido esencial del derecho y resguardando al máximo su ámbito subjetivo y objetivo, atienda a las particularidades de la administración pública en cuanto realidad organizativa afecta a la consecución del interés público. El Estado se legitima y la noción de soberanía estatal se redefine en función no de la capacidad de la organización administrativa para imponer una regulación unilateral que neutraliza el ejercicio de un derecho fundamental como el de libertad sindical, sino en tanto que demuestra su aptitud para incorporar al proyecto social un interés sectorial elemental para la marcha del sistema.

Es importante resaltar que el riesgo de que el interés sectorial sindical se imponga al interés general es una problemática que trasciende a la libertad sindical de los trabajadores públicos. Como advierte Rivero Lamas, constituye un riesgo del sindicalismo —sin adjetivos de privado o público— y una *debilidad congénita* de las democracias pluralistas, pues es probable que asumiendo con demasiado celo su rol de contrapoder, la organización sindical produzca afectaciones severas al discurrir de las relaciones de mercado, a los consumidores en general y a los consumidores de los servicios públicos en particular —sobre todo, desde que la prestación de muchos de estos ha sido confiada a instancias particulares—. Por otro lado, resulta innegable que los sindicatos de trabajadores y, más en nuestro medio, las asociaciones empresariales influyen en las políticas de gobierno para encaminar la intervención estatal en el mercado en su favor.⁷¹ Por esta razón, no puede resultarnos extraño o inadecuado reconocer cierto influjo en el marco institucional a las organizaciones de trabajadores públicos, más aún si el interés empleador de la organización administrativa ejerce una influencia ya institucionalizada a través del desarrollo de su potestad reglamentaria y su rol de organismo técnico de consulta. Este juego de poderes, más que la expresión de una patología que se debe combatir, conforma un dato de la realidad que en

⁶⁹ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. «La estructura de la negociación colectiva: bases conceptuales y análisis del caso peruano». *Asesoría Laboral*, n.º 64, Lima, 1996, pp.16-26.

⁷⁰ DEL REY GUANTER, Salvador. «Evolución general y problemática fundamental de las relaciones...», p. 52.

⁷¹ RIVERO LAMAS, Juan. «Democracia pluralista y...», p. 196.

ningún caso debe dar lugar a la imposición de limitaciones a la actividad sindical; por el contrario, a diferencia de lo que sucede con los grupos de interés económico, las asociaciones empresariales y el propio Estado-empleador, la acción sindical se constituye la mayor parte de las veces en el único canal institucionalizado a través del cual los trabajadores pueden ejercer una presión efectiva que introduzca sus demandas en la síntesis que conformará el interés público expresado en la ley.

En segundo lugar, debe considerarse que, como anota Ortega, la soberanía parlamentaria tampoco se ve afectada cuando la propia postura de la organización administrativa en las relaciones colectivas queda definida en su real dimensión. Si la organización administrativa acude en su condición de empleador y desprovista de todo poder público, la presión ejercida en el marco de la actividad de negociación por las organizaciones sindicales no se dirigirá contra la autoridad pública y, por tanto, de ningún modo podrá afirmarse que la soberanía estatal o parlamentaria quedará afectada.⁷²

Lo señalado nos conduce a determinar inevitablemente que la negociación colectiva no resulta desde ninguna perspectiva incompatible con el principio de legalidad y con la reserva de ley en materia de derechos de los trabajadores públicos. Con relación a lo primero, como ya hemos señalado, el principio de legalidad también vincula a la organización administrativa al respeto de los derechos laborales de los trabajadores públicos y, en lo específicamente relacionado con la autonomía colectiva, la conmina al respeto del sujeto sindical y de su actividad. Con relación a lo segundo, la reserva legal no implica determinación unilateral pues, como veremos en los apartados siguientes, según determinados parámetros claramente definidos, diversos espacios temáticos de la relación de empleo público pueden ser confiados a la negociación con las organizaciones sindicales sin que se afecten las reservas constitucionalmente establecidas.⁷³

En lo que se refiere específicamente al riesgo de la expansión del contenido material de la negociación y su eventual conflicto con el interés público, el equilibrio que se debe establecer por la legislación deberá atender a la realidad de la tendencia expansiva de las materias de negociaciones y a la posible colisión entre la negociación de aspectos relativos a la gestión organizacional y el interés público. Deberá establecerse para estos efectos, en primer lugar, una distribución de contenidos que no obstruya la aplicación de otros mecanismos de participación y, en segundo lugar, una compatibilización procedimental que no reste eficacia a los mecanismos parlamentarios de elaboración del presupuesto público ni obvie la complejidad que reviste la toma de las decisiones relativas a la gestión del personal.

⁷² ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*. Madrid: Tecnos, 1983, p. 328.

⁷³ ROQUETA BUJ, Remedios. *La negociación colectiva en...*, pp. 44-45.

Aquí hay que ser claros en afirmar que la determinación exclusiva de las remuneraciones por el Parlamento configura en sí misma un atentado contra la libertad sindical en tanto imposibilita al sindicato el cumplimiento de su fin esencial: la mejora de las condiciones de empleo y de vida de los trabajadores.

En relación con el posible resquebrajamiento de la unidad de la organización administrativa, más que un aspecto que elimine la posibilidad de ejercer una actividad negociadora, parece tratarse de un tema que exige un reajuste de la estructura de la negociación armonizada al reparto de materias anteriormente mencionado. Conviene adelantar al respecto que la propia concepción de *unidad* de la organización administrativa viene siendo reformulada no necesariamente por efecto de la negociación colectiva sino, más bien, como consecuencia de la introducción de modos de gestión privados que han trasladado su aversión a la rigidez organizacional y que pugnan por una descentralización administrativa que no solo satisfaga las necesidades ciudadanas al margen de factores territoriales sino, también que provea de mayor adaptabilidad interna a la organización. En materia de organización de personal, esta corriente ha introducido importantes elementos diversificadores como son, por ejemplo, la frecuente materialización de algunas acciones estatales en proyectos temporales de inversión, el empleo cada vez mayor de mecanismos de intermediación o la implementación de complementos remunerativos ligados a la producción individual del trabajador.

En definitiva, la *unidad* de la organización administrativa ha dejado de identificarse con la *uniformización* absoluta de las condiciones de empleo de los trabajadores, quedando reducida esta última a segmentos clave de la carrera administrativa y a los temas económicos directamente vinculados al presupuesto público. Por tanto, el verdadero riesgo que representan los microcentros de poder no lo constituye su existencia —que en nuestro medio es un innegable dato de la realidad—, cuanto sí su absoluta desvinculación de las políticas generales de gestión de personal, orientadas al aseguramiento de los valores base del sistema.

En cuanto a la debilidad de la posición de negociación del Estado, determinada por su carácter político, es cierto que factores relacionados con el influjo de la opinión pública dotan de una dosis importante de *racionalidad política* a la postura estatal en la negociación colectiva y también en la huelga. Cabe anotar, sin embargo, que esta debilidad de negociación es apreciable en todos los supuestos en los que medie el desarrollo o la prestación de un servicio de impacto directo en la ciudadanía, sea a través de un ente público o privado, con lo que esta problemática resulta ser objeto de tratamiento doctrinal específico y de una legislación que, con sustento en la noción de servicios esenciales, ha impuesto modalidades que armonizan el derecho de huelga con las demandas ciudadanas. Sin embargo, en atención a que lo señalado no elimina los problemas alegados, en algunas experiencias comparadas se ha derivado la negociación hacia órganos técnicos especializados, cuya conformación tiende a minimizar todo posible predominio

de la racionalidad política-clientelar.⁷⁴ La plasmación efectiva de esta opción en ordenamientos comparados demuestra que el tema de fondo tampoco consiste en sustraer del contenido esencial del derecho de libertad sindical a la negociación colectiva sino, más bien, en articular un marco jurídico y de negociación que neutralice los riesgos anotados sin restar efectividad a su ejercicio.

Como vemos, ninguno de los factores señalados alcanza a negar la esencialidad de la negociación colectiva para una efectiva libertad sindical o sustenta su incompatibilidad con los principios que rigen la organización administrativa, por lo que puede afirmarse que estas objeciones dogmáticas no pueden presidir la interpretación del texto constitucional. Más bien, como señala Ortega, el reconocimiento de la centralidad del derecho de negociación colectiva con relación al de libertad sindical evidencia de forma clara el conflicto entre una forma autoritaria de ejercicio del poder estatal y el necesario compromiso por un modelo de Estado social y democrático que promueva el respeto de los derechos y libertades ciudadanos. Cuanto más se despoje a los funcionarios de los derechos comunes a los demás ciudadanos, el modelo de Estado vendrá indudablemente definido por principios autoritarios.⁷⁵ Contrariamente, un Estado que reafirme su condición democrática se obligará a una línea de actuación respetuosa de los derechos constitucionales de sus trabajadores, entre los que la libertad sindical y la negociación colectiva asumen un rol fundamental.

Conviene mencionar, finalmente, una segunda y definitiva observación de Ortega, quien apunta a la absoluta incongruencia de las posturas que niegan que la negociación colectiva constituya el contenido esencial del derecho de libertad sindical. Señala el citado autor que la aceptación del conflicto implícita en el reconocimiento y la legitimación del hecho sindical como *agente identificador* de este, quedaría limitada sustancialmente si se veta su actuación como *agente de pacificación*, reservándose este rol a la instancia legislativa.⁷⁶ Evidentemente, la negación de esta faceta resulta, por un lado, disfuncional debido a que son los sujetos colectivos los llamados naturalmente a la composición del conflicto; y, por otro, ilegítima por encontrarse basada en la imposición de un poder exclusivo y excluyente, sin asidero en la realidad. Es más, como añade el citado autor, la enorme contradicción que revela el reconocimiento de la libertad sindical y el desconocimiento de la función negociadora del sindicato se hace más evidente al

⁷⁴ Señala Carinci que en Italia con la Agencia para la Representación Negocial (ARAN), de caracterización unitaria y técnica, se pretende la superación de toda gestión político-clientelista y fragmentaria de las relaciones de empleo público. CARINCI, Franco. *Una reforma abierta: la denominada privatización del empleo público*. Documentación administrativa 250-251. Madrid: INAP, 1998, pp. 73-91.

⁷⁵ ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. «Reflexiones en torno a una revisión de los planteamientos generales de la relación de empleo público». *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 26, Madrid, 1980, p. 432.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 425.

encontrarse reconocido el derecho de huelga, pues si se admite a este derecho como elemento fundamental de la resolución de conflictos, se hace más obvio el vacío que genera el no reconocimiento de la negociación colectiva, mecanismo pacífico para su composición.⁷⁷

3.3.3. La negociación colectiva como derecho de fuente constitucional y su contenido a la luz de los convenios internacionales

Todo lo anotado nos conduce a reafirmar el carácter esencial que en un modelo de Estado social y democrático asume el derecho de negociación colectiva para una efectiva libertad sindical. Ello también nos obliga a descartar toda interpretación del texto constitucional que distinga el contenido esencial del derecho de libertad sindical dependiendo de si se trata de trabajadores privados o públicos.

Por el contrario, de acuerdo con la formulación del texto constitucional peruano, que difiere del español —cuestión no considerada por la doctrina que objeta la negociación colectiva de los trabajadores públicos—,⁷⁸ en su condición de *trabajadores* expresamente reconocida los dependientes estatales son titulares de los derechos de libertad sindical, negociación colectiva y huelga consagrados en el artículo 28 y de todos los demás derechos laborales de fuente constitucional, quedando esta afirmación ratificada por el propio texto constitucional que señala en su artículo 23 que «ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales». El artículo 42 constituye, en esta línea, un precepto de doble cometido: refuerza las garantías de libertad sindical y huelga, y delimita las categorías de trabajadores públicos excluidos de la titularidad de los derechos colectivos.

Más aún, carentes de sustento los argumentos que limitan el contenido esencial del derecho de libertad sindical de los trabajadores públicos, el reconocimiento de la negociación colectiva como derecho de fuente constitucional fluye igualmente y aun sin mención expresa al derecho de negociación colectiva, de la sola consagración

⁷⁷ *Ibid.*, p. 423.

⁷⁸ La doctrina que ha objetado el derecho a la negociación colectiva de los trabajadores públicos, asimila nuestro texto constitucional al texto español sin advertir las diferencias sustanciales apreciadas en ambos. En primer lugar, el texto constitucional español conmina al legislador a la articulación de regulaciones separadas para *trabajadores* y *funcionarios*, lo que ha servido a la doctrina y jurisprudencia constitucional para la reafirmar el carácter estatutario y de Derecho Administrativo de la relación de empleo público. En nuestro caso, en cambio, la Constitución solo impone una reserva de ley en la regulación de los derechos y deberes de los trabajadores públicos y un sistema de carrera, cuestiones que no aparecen incompatibles con el carácter laboral de la relación de empleo público. Es más, este carácter laboral, implícito en la Constitución de 1979 (véase el capítulo II, apartados 2.4.3. y 2.4.4), está expreso en la Constitución de 1993, que denomina a los dependientes públicos como *trabajadores*, y que son los titulares indiscutidos sobre la base de dicha caracterización de los derechos laborales reconocidos en el texto constitucional.

del derecho de libertad sindical. Ello debido a que, en virtud a lo establecido por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la configuración del contenido del derecho de libertad sindical debe llevarse a cabo en función de lo establecido en los convenios internacionales de la OIT, lo que nos conduce necesariamente a incluir en su contenido esencial a la vertiente dinámica, esto es, el ejercicio de toda actividad de negociación.⁷⁹

Es indiscutible que el reconocimiento constitucional del derecho de negociación colectiva, también impondrá al Estado, en primer lugar, el despliegue de una actitud de fomento o de acción efectiva no solo limitada a garantizar el derecho a través de la remoción de los obstáculos, sino también que lleve a estimular el ejercicio del mismo a través de acciones firmes y decididas.⁸⁰ Este aspecto tiene especial incidencia en la conformación del marco normativo estatal debido a que este suele constituirse en el primer referente de la postura estatal frente al ejercicio del derecho. Ciertamente, tanto respecto a la Constitución de 1979, que solo establecía la garantía del derecho, como a la de 1993, que impulsa su fomento, el marco normativo vigente, inundado de limitaciones y restricciones, dista de los objetivos de garantía y, más aún, de los de fomento de la libertad sindical. En segundo lugar, será de aplicación también la fuerza vinculante reconocida al producto de negociación, con lo que los instrumentos emanados de las negociaciones entre la organización administrativa y las organizaciones sindicales de trabajadores públicos verán garantizada constitucionalmente su capacidad de imponerse sobre las relaciones individuales, cuestión que descarta totalmente la existencia de procedimientos o actos administrativos adicionales al solo consenso de las partes para que el producto de negociación surta efectos vinculantes.

Más allá del reconocimiento del derecho de negociación colectiva y de las menciones ya comentadas a la actitud de fomento estatal y al carácter vinculante del producto de negociación, el texto constitucional no ofrece una mención expresa sobre el contenido del derecho de negociación colectiva, por lo que su determinación deberá realizarse en función de lo establecido en los convenios internacionales de la OIT.

El Convenio OIT 98, ratificado en nuestro ordenamiento, contiene una referencia conceptual al derecho de negociación colectiva, que alude en su artículo 4

⁷⁹ Podría decirse que esta postura se extrae también de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 105-98-AA/TC (Sindicato de Trabajadores de la Municipalidad de Lima- SITRAMUN contra la Municipalidad), en la que se señala que «el derecho cautelado por la Constitución Política del Estado, con los aportes de los instrumentos internacionales, es el de libertad sindical, que implica no solo el derecho a constituir organizaciones sino, además, a tener las facilidades del caso para el pleno ejercicio de su actividad sindical».

⁸⁰ NEVES MUJICA, JAVIER. «Negociación colectiva: parte general, sujetos y niveles». *Asesoría Laboral*, n.º 47, Lima, 1994, p. 16.

a los procedimientos de negociación voluntaria cuyo objeto es reglamentar las condiciones de empleo por medio de contratos colectivos. En apoyo de esta afirmación, el Convenio OIT 154, sobre fomento de la negociación colectiva, establece una definición expresa del derecho señalando que este

[...] 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 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 de trabajadores, o lograr todos estos a su vez.

Desde nuestra perspectiva, nada obsta a que el Convenio OIT 154, en complemento a la definición aportada por el Convenio OIT 98, oriente la atribución de un contenido específico al derecho de negociación colectiva en nuestro ordenamiento jurídico. Ello porque aun no ratificado, dicho convenio conforma junto con los Convenios OIT 87, 98, 135 y 151 el núcleo de la regulación internacional del derecho de libertad sindical cuya promoción, tal como se ha señalado en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998, constituye un compromiso asumido por el Estado peruano en virtud a su sola pertenencia a la OIT.⁸¹ Evidentemente, una línea auténtica de promoción pasa necesariamente por la incorporación de lo establecido de dichos convenios como criterios de definición no solo del derecho de libertad sindical, sino también del haz de derechos y facultades que lo integran.

En vista de lo señalado en los convenios OIT 98 y 154, la definición de negociación colectiva aludiría a cuatro elementos constitutivos: sujetos, procedimiento, materias y producto. Sin perjuicio de su desarrollo posterior precisaremos muy brevemente los aspectos esenciales de cada uno de ellos.

⁸¹ La Declaración de 1998 resalta que de acuerdo con lo señalado en la Constitución de la OIT y la Declaración de Filadelfia, aún los países que no han ratificado los convenios internacionales referidos a los principios y derechos fundamentales se encuentran vinculados a los principios establecidos en dichos convenios por su sola pertenencia a la OIT, lo que asegura de este modo una *plataforma social mínima* de protección. Se señala también en la Declaración que entre los principios fundamentales se encuentran «la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento del derecho efectivo a la negociación colectiva», cuyos principios fundamentales se encuentran contenidos en los Convenios 87 y 98. Como puede verse, la Declaración pretende impulsar la ratificación de ciertos convenios, pero sobre todo la observancia de los principios incorporados a los mismos, pues el énfasis recae en la obligación de los Estados de respetar, promover y hacer realidad la libertad sindical y la negociación colectiva. Desde nuestra perspectiva, la adopción de esta postura implica para los países que ya han ratificado los Convenios 87 y 98, la incorporación de los diversos aspectos contenidos en los restantes convenios sobre libertad sindical y negociación colectiva —Convenios 135, 151 y 154— aun cuando no los hayan ratificado, sobre todo, en cuanto estos precisen o desarrollen los principios contenidos en los Convenios 87 y 98.

En cuanto a los sujetos de negociación, es necesaria por la parte laboral la presencia de una organización de trabajadores, lo que no impide que —como señala Neves recogiendo la definición aportada en la Recomendación 19— a falta de organizaciones sindicales negocien representantes directamente elegidos y autorizados por los trabajadores.⁸² Sin embargo, la preferencia por la organización sindical es evidente, dada su mayor capacidad de institucionalización de las demandas laborales y, con ello, del propio ejercicio del derecho. En cuanto al empleador, la definición aportada por el Convenio no exige la presencia de un sujeto colectivo o de una pluralidad de empleadores.

Con relación al procedimiento, deberá regir, en principio, la más completa libertad para la determinación los mecanismos para afrontar las controversias y «transformar el conflicto en consenso».⁸³ Sin embargo, en línea de la actitud de fomento encomendada al Estado por el texto constitucional y debido a la necesidad de conciliar el ejercicio del derecho con otros intereses en juego, deberán establecerse legislativamente algunos parámetros normativos que, como señala Rodríguez Piñero, no podrán ser excesivos hasta el punto de esterilizar la autonomía colectiva ni tampoco tan ligeros para no garantizar su ejercicio efectivo.⁸⁴

En lo relativo a las materias, la definición aportada por el Convenio OIT 154 apunta también a la amplitud y en particular a la regulación de las concretas condiciones de trabajo, las reglas y procedimientos que rigen la producción normativa y los sistemas de organización del trabajo. Con ello, como advierte Villavicencio, quedan identificadas las tres funciones de la negociación colectiva delimitadas a partir de las materias abarcadas por esta: la compraventa, la gubernamental y la organizacional.⁸⁵

Por último, la negociación deberá estar encaminada a la elaboración de un producto o, dicho de otro modo, una regulación conjunta de las materias objeto de la negociación, lo que no significa que el producto tenga que cristalizarse para hablar de negociación colectiva propiamente, y menos aún, que el resultado de la negociación tenga que ser un convenio colectivo típico. Será suficiente que la negociación persiga elaborar una regulación bilateral,⁸⁶ aspecto que distinguirá la negociación colectiva de otras formas de participación de los trabajadores en la determinación de sus condiciones de empleo, de uso muy frecuente en las etapas

⁸² NEVES MUJICA, Javier. «Negociación colectiva: parte general...», p. 17.

⁸³ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. «La negociación colectiva en España». *Asesoría Laboral*, n.º 95, Lima, 1998, p. 11.

⁸⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y Salvador DEL REY GUANTER. «El nuevo papel de la negociación colectiva y de la ley». En Federico Durán López (coord.). *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*. Córdoba: CES, 1983, p. 29.

⁸⁵ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. «La negociación colectiva...», p. 11.

⁸⁶ NEVES MUJICA, Javier. «Negociación colectiva...», p. 26.

previas al reconocimiento del derecho y de actual vigencia en algunas experiencias comparadas.⁸⁷

De este modo, no obstante los procedimientos de intercambio de información —el empleador transmite a los representantes de los trabajadores datos relativos al estado de la organización y las condiciones de empleo— y de consulta —consistente en el intercambio de opiniones y pareceres entre el empleador y los representantes de los trabajadores sobre asuntos relativos a la organización o las condiciones de empleo vinculantes o no vinculantes—⁸⁸ pueden asemejarse a la negociación colectiva en cuanto presentan identidad de sujetos y materias, en ninguno de estos casos referimos a un contacto dirigido a elaborar una regulación bilateral. Es más, como indica Ozaki, en lo relativo a las condiciones de empleo, estas formas de contacto suelen ocultar auténticas técnicas de regulación unilateral, debido a que en ningún caso queda garantizado que la intervención de las representaciones de trabajadores influya en la formulación de las decisiones relativas a sus condiciones de empleo.⁸⁹

Debemos señalar que no hay razón para no extender la definición de negociación colectiva aportada por el Convenio OIT 154 al ámbito de la relación de empleo público. Por el contrario, el propio convenio, en su artículo 1 declara su aplicación a «todas las ramas de la actividad económica», siendo admitida únicamente la fijación de modalidades particulares de aplicación para los trabajadores de la administración pública. También contribuye a lo afirmado el texto expreso del artículo 7 del Convenio OIT 151, que establece que

[...] deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de los 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 participar en la determinación de dichas condiciones.

Tal como lo ha señalado el CLS-OIT, más que establecer un parámetro de suficiencia constituido por el establecimiento de *cualquier* mecanismo de participación, el Convenio OIT 151 compromete a los Estados primordialmente al estímulo y fomento de los mecanismos de negociación, con lo que atribuye un carácter subsidiario o de mínimo necesariamente superable a otras modalidades

⁸⁷ Puede verse al respecto DAZA PÉREZ, José Luis. *La práctica del diálogo social por los gobiernos en la administración pública*. Ginebra: OIT, 2001, pp. 14 y ss.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 15.

⁸⁹ OZAKI, Muneto. «Las relaciones de trabajo en la administración pública». *Revista Internacional del Trabajo*, n.º 3, Ginebra, 1987, p. 316.

de participación de los trabajadores públicos.⁹⁰ Aunque no es posible desconocer que los objetivos de lograr la ratificación del mayor número de países pueden justificar una regulación amplia de los mecanismos de participación que dé cabida incluso a formas no vinculantes, la abierta preferencia por la negociación colectiva que fluye del texto del convenio desborda la asepsia que implica aceptar otros mecanismos de participación y conlleva la necesidad de que los Estados se dirijan progresivamente hacia el establecimiento de formas de negociación que hagan realmente efectivo el ejercicio del derecho de libertad sindical de los trabajadores públicos. Por lo señalado, la expresión «de ser el caso» incluida en el artículo 7 del Convenio OIT 151 no implica, como sugiere Amprimo, que quede a criterio de cada Estado si resulta conveniente o suficiente habilitar mecanismos de negociación o participación; por el contrario, la expresión constituye una evidente referencia al compromiso asumido por cada Estado de implementar preferentemente acciones legislativas adecuadas en favor de la negociación colectiva. Lo señalado hasta aquí merece una precisión que nos remonta necesariamente a argumentos anteriormente vertidos. La superación de las objeciones dogmáticas al derecho de negociación colectiva de los trabajadores públicos —que nos conduce a la reafirmación de su reconocimiento en el ámbito constitucional y al reconocimiento de su carácter de contenido esencial del derecho de libertad sindical— tiene por objeto la reafirmación de la centralidad del derecho para la implantación de una efectiva libertad sindical —dado que esta es inconcebible sin la capacidad autonormativa de los sujetos colectivos— y para el sistema de relaciones laborales en su conjunto —debido a su capacidad de composición del conflicto estructural inmanente a la relación de empleo público con el máximo resguardo a la dignidad del sujeto trabajador—. Sin embargo, no significa necesariamente que la regulación del derecho de negociación colectiva pueda o deba ser la misma que en el sector privado. Por el contrario, la innegable especialidad de la relación de empleo público fundada en el influjo del interés público sobre localizados segmentos de la relación de empleo nos conduce a la conformación de un ejercicio particularizado del derecho,⁹¹ lo que no implica la imposición de limitaciones sino solamente la formulación de un ejercicio modalizado. Sin duda, a estas especificidades alude el Convenio OIT 154 cuando autoriza a las legislaciones nacionales la fijación de *modalidades particulares* de aplicación del convenio en el ámbito de la administración pública.⁹²

⁹⁰ En este sentido, el CLS-OIT ha señalado que es imperativo que la legislación reconozca explícita y claramente a través de disposiciones particulares el derecho de las organizaciones de empleados y funcionarios públicos que no ejerzan actividades propias a la organización del Estado de concluir convenciones colectivas. OIT. *La libertad sindical: recopilación...*, p. 174.

⁹¹ Puede volverse sobre este tema en el capítulo I, punto 1.3.2.

⁹² Recuérdese que en línea a lo establecido en el Convenio 87 el Convenio 154 admite limitaciones al ejercicio del derecho de negociación colectiva únicamente para los miembros de las Fuerzas Armadas o la Policía.

Esta cuestión, sin embargo, no resulta tan fácil de determinar si consideramos que lo que está realmente en juego es la conformación de un modelo de relaciones entre ley y autonomía colectiva que armonice, en función a las condicionantes históricas y a los escenarios posibles, la libertad de autorregulación de los sujetos colectivos con las localizadas imposiciones del interés público.

Es preciso reparar que no aludimos a la modalización del derecho de libertad sindical, sino al segmento de su vertiente dinámica representada por la negociación colectiva. Lo señalado excluye que se presenten particularidades que justifiquen una regulación especial respecto de los restantes aspectos que conforman el complejo contenido del derecho de libertad sindical. Este debe ser un aspecto aceptado aun desde la perspectiva que sostiene una visión restrictiva del derecho de libertad sindical, pues en todo momento sus objeciones se centraron en la actividad de negociación y no en las restantes facultades que integran el derecho. Y esto es así porque ni los aspectos orgánicos del derecho ni las restantes modalidades de acción sindical —con la excepción ya anotada de la huelga, cuyo tratamiento más que a un problema de empleo público corresponde al de los servicios esenciales— colisionan siquiera tangencialmente con el interés público y menos aún justifican la imposición de modalidades particulares de ejercicio. Piénsese, por ejemplo, en el tema de la condición de afiliado, el número para conformar sindicatos, los estatutos, el registro sindical, la protección contra los actos antisindicales, las facilidades para los representantes de los trabajadores, entre otros, que constituyen garantías concebidas para todos los trabajadores en virtud de lo establecido en el Convenio OIT 87 y cuya titularidad para «todas las personas empleadas por la Administración pública» —con eventuales limitaciones para los funcionarios de alto nivel y de confianza— se ve ratificada por disposiciones del Convenio OIT 151. Se trata en todos estos supuestos de temas que en la normativa internacional no presentan diferencias ni se someten a particularidades y que de merecer una regulación diferenciada —como la vigente actualmente en nuestro ordenamiento—, configurarían un marco regulador contrario al principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 2, numeral 2, de nuestra Constitución. Por tanto, la regulación unitaria de los aspectos orgánicos del derecho de libertad sindical e incluso de determinados aspectos vinculados al ejercicio de la actividad sindical, negada también por la propia normativa privada en un intento fallido de separar el movimiento sindical estatal del privado, no deviene en una cuestión de oportunidad sino en una imposición con base concreta en el principio de igualdad.

3.4. BASES PARA UNA REFORMA DE LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

3.4.1. Los rasgos generales de la normativa reguladora del derecho de negociación colectiva en nuestro ordenamiento jurídico

Como ya se ha señalado, el derecho de negociación colectiva ha quedado regulado por normas de rango reglamentario, objeto de constantes derogaciones parciales llevadas a cabo, mayormente, con ocasión de la desactivación del INAP, y cuyo resultado final ha conformado un marco normativo que vuelve en prácticamente inviable el ejercicio del derecho. No obstante lo señalado, para los efectos del presente apartado nos centraremos en el enfoque del modelo originalmente propuesto por dicha normativa, en el entendido de que aun cuando en los hechos, sus posteriores modificaciones y derogaciones parciales afectaron la efectividad del modelo, en esencia, no implicaron una variación sustancial de la propuesta normativa inicialmente prevista para la negociación colectiva de los trabajadores públicos.

En líneas generales, puede afirmarse que el modelo normativo presenta cinco características centrales. En primer lugar, constituye un modelo profundamente influido por una visión restrictiva de los derechos de libertad sindical y negociación colectiva que, como hemos indicado, motivó repetidas observaciones de los órganos de control de la OIT. Sin duda, tal orientación obedece a la tendencia del legislador nacional a considerar que la armonización del ejercicio de un derecho de libertad, con las imposiciones del interés público, requiere necesariamente la articulación de una normativa profusa en detalles y con alto grado de protagonismo y control estatales.⁹³ Definitivamente, en nuestro medio, los principios constitucionales de *garantía y fomento*, que deben informar la actuación estatal respecto de derechos como la libertad sindical y la negociación colectiva, son identificados con la articulación de un modelo de corte limitativo e interventor que restringe la libertad de actuación y autodeterminación de los sujetos colectivos, con lo que queda afectado el propio contenido esencial del derecho.

En referencia a la problemática de la relación laboral de empleo público, la excesiva intervención y control estatales armonizan perfectamente con la postura empleadora de la organización administrativa, de tenaz resistencia a todo factor que la desapodere de su exclusiva potestad de regulación de las condiciones de trabajo. Claro signo de la primacía de una perspectiva en la que el poder normativo de la organización sindical de trabajadores públicos es concebido no en su faceta

⁹³ En reciente estudio, Daza demuestra que constituye un problema fundamental en las relaciones de trabajo en la administración pública la reglamentación exhaustiva de todos los aspectos de la relación de empleo público que, según señala, deja poco margen a la negociación de los sujetos colectivos. DAZA PÉREZ, José Luis. *La práctica del diálogo social por los gobiernos...*, pp.14 y ss.

democratizadora sino, más bien, en cuanto se inserta en el sistema de fuentes del derecho en desmedro de la supremacía estatal.

Lo señalado hasta aquí no nos conduce a negar todo margen de *funcionalidad* a la intervención estatal, sobre todo si a diferencia de ciertas experiencias comparadas en las que el modelo fluye de la exclusiva regulación emanada de los sujetos colectivos, en nuestro ordenamiento resulta frecuente que la efectividad del derecho para la parte sindical encuentre como respaldo vital la existencia de un marco legal garante; por ejemplo, del deber de negociar de la parte empleadora o de los derechos de información de los representantes de los trabajadores. En todo caso, y más allá de la difícil definición de las dosis adecuadas de intervención estatal, lo importante es dejar sentado que la visión restrictiva de los derechos colectivos que preside la conformación de nuestra normativa manifiesta una intensidad reguladora que dista de garantizar el ejercicio efectivo del derecho: por un lado, se regula lo que no se debe regular, lo que desborda largamente los espacios de cautela del interés público; y por otro, se omiten los aspectos que más inciden en un ejercicio efectivo del derecho.

Consecuencia de lo señalado, además de la evidente y ya anotada limitación de la libertad de los sujetos para definir los términos de su actuación en el procedimiento de negociación, es la inevitable conformación de una auténtica *barrera normativa* al desarrollo de un sistema moderno y dinámico de relaciones laborales, en el que los sujetos desborden el tratamiento de temas de impacto en la relación individual de trabajo, y accedan —a través de contenidos de naturaleza obligacional— a la conformación de las reglas que rijan su propia actividad de negociación.⁹⁴

La segunda característica central del modelo de negociación colectiva atañe a las restricciones de su ámbito subjetivo. Conforme a la orientación sentada por el decreto legislativo 276, el marco normativo para el ejercicio del derecho de negociación colectiva limita su aplicación a los trabajadores estatales de *carrera administrativa*, quedando fuera de su alcance, en primer lugar, los trabajadores con contrato temporal regulado por las normas laborales públicas, quienes no contarán con un referente normativo concreto para el ejercicio del derecho; y en segundo lugar, los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, regidos por una normativa distinta: la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

Las exclusiones señaladas evidencian las severas deficiencias del modelo. En el caso de los trabajadores con contrato temporal, su exclusión del marco normativo que regula los derechos de libertad sindical y negociación colectiva deriva en su imposibilidad de hacer efectivo, a través de canales legislativamente previstos, un derecho cuya titularidad deriva del propio texto constitucional. En el caso de los

⁹⁴ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. «La estructura de la negociación colectiva...», p. 17.

trabajadores regidos por las normas laborales privadas, su exclusión determina la inconveniencia de aplicar un cuerpo normativo —como la LRCT— carente de previsiones que atiendan las particularidades derivadas de la presencia de la organización administrativa como empleadora y deja abierta la posibilidad —al menos teórica— de que la convivencia de personal bajo ambos regímenes laborales en una sola entidad origine un doble emplazamiento de negociación o la coexistencia de dos convenios colectivos de proyección y características diversas sobre un mismo ámbito.

En tercer lugar, el modelo normativo se asienta sobre una concepción que atribuye un carácter absolutamente imperativo a la norma laboral pública, lo que determina que a diferencia de la norma laboral privada, concebida mayormente como de imperatividad relativa y por tanto susceptible de mejora por la actividad de negociación de los sujetos colectivos, los exhaustivos espacios de regulación ya abordados por la norma laboral pública se encuentren vedados a los sujetos colectivos. La incidencia de esta característica en el procedimiento negociador y en su ámbito material es enorme ya que, llevado a extremos, el modelo normativo se asimila, más que al ejercicio de un derecho de libertad, a una suerte de *procedimiento administrativo* en el que el papel de los sujetos se limita a la estricta observancia de una sucesión de etapas con reglas predefinidas, y a la formulación de un abanico limitado de *demandas* también predeterminadas normativamente.

En cuarto lugar, el modelo normativo aspira a establecer una regulación unitaria del derecho para los trabajadores públicos de carrera, al margen de su pertenencia al Gobierno central, a los gobiernos locales o a las instituciones públicas descentralizadas. Esta pretensión, sin embargo, se ve contradicha por las naturales diferencias apreciadas en las distintas unidades de negociación, sobre todo en los gobiernos locales donde la existencia de fuentes de financiamiento propias y mayor flexibilidad y autonomía en el manejo presupuestal ha dado lugar a una intensa actividad sindical. Lo señalado conlleva un inevitable quiebre en la regulación unitaria y la consecuente conformación de submodelos de negociaciones con menor grado de rigidez para las áreas periféricas de la organización administrativa. La posibilidad, admitida normativamente (D. S. 070-85-PCM), de establecer incrementos por costo de vida en los gobiernos locales determinó, ciertamente, una ampliación del ámbito material de la negociación colectiva de dichos trabajadores e impuso un factor de diferenciación que alteró el sentido uniforme de la regulación.

Por último, y relacionado con lo anterior, se trata de un modelo normativo conformado por la sucesión de diversas normas o, dicho de otro modo, por la sucesiva complementación de la normativa originaria con dispositivos posteriores. Más que con una dispersión normativa ocasionada por la modificación del sentido de la regulación, nos encontramos frente a una necesidad de *cobertura constante* motivada por una aparente premura en la emisión de ciertas normas. Recordemos cómo el D. S. 026-82-PCM *complementa* aspectos no regulados por el D. S. 003-

82-PCM, y el D. S. 070-86-PCM *adecua* las normas sobre negociación colectiva a las particularidades que, en materia presupuestal, presentan los gobiernos locales.

La definición de las características centrales del modelo normativo nos permite comprender muchos de los criterios empleados para la regulación actual de temas como los sujetos, el ámbito material, la estructura, el procedimiento y el producto de negociación. A su vez, dichas características, confrontadas con la práctica de negociación desplegada por los sujetos colectivos, también nos permitirán vislumbrar algunos de los factores que se deben considerar para una eventual reforma normativa que acoja los elementos aportados por el proceso evolutivo, responda a las urgentes demandas de democratización social y anticipe escenarios óptimos para el desarrollo de un sistema moderno de relaciones colectivas.

3.4.2. El proceso de determinación de los factores de especialidad de la regulación del derecho de negociación colectiva: las condicionantes de fuente constitucional y los aspectos funcionales

Todo esfuerzo por sentar las bases para una regulación de la negociación colectiva de los trabajadores públicos debe partir de la determinación precisa de los factores que justifican una regulación especial. Como ya lo hemos indicado, la inexistencia de diferencias en cuanto a la naturaleza del vínculo jurídico de empleo público y empleo privado, así como la identidad con la que los derechos de libertad sindical y negociación colectiva despliegan su doble función democratizadora sobre todo espacio productivo, nos remite necesariamente al terreno de los concretos factores de *ajuste* que, sin incidir en la titularidad del derecho ni en su contenido esencial, conforman las denominadas *particularidades* del derecho a la negociación colectiva.

Conviene reafirmar previamente algunos aspectos concretos acerca del derecho de libertad sindical.

En primer lugar, no existen razones materiales ni formales para privar de la titularidad del derecho de libertad sindical a los trabajadores públicos. Factores como el reconocimiento del conflicto estructural subyacente a la relación de empleo público, el destierro definitivo de las tesis que postulaban una espontánea comunidad de intereses entre trabajador público y Estado, y el propio ejercicio de facto de niveles importantes de actividad sindical nos conducen irremediablemente al reconocimiento —casi generalizado en la legislación comparada— de la titularidad del derecho de libertad sindical de los trabajadores públicos. En segundo lugar, y tal como se desprende del análisis del texto constitucional a la luz del principio social y democrático, no existen diferencias en cuanto al contenido esencial del derecho de libertad sindical de los trabajadores públicos y privados, lo que sugiere, por ejemplo, la conveniencia de establecer una regulación unitaria en lo relativo a la faceta orgánica del derecho en su vertiente individual y colectiva, e incluso en algunos aspectos de su faceta dinámica; es decir, en aspectos en los que

no se aprecian diferencias desprendidas de la presencia de un interés público que se tenga que cautelar.

En efecto, aun cuando haya sido frecuente que la errada perspectiva que sostenía la existencia de diferencias estructurales se haya extendido a todos los planos de la faceta dinámica del derecho de libertad sindical, en realidad solo algunos aspectos de esta justifican un tratamiento específico. Ya hemos visto cómo la mayor parte de acciones destinadas a la defensa y promoción eficaz de los intereses laborales puede ser desarrollada por trabajadores privados y públicos sin mayores dificultades, planteándose para ambos colectivos de trabajadores la misma problemática si de una eventual colisión con otros intereses públicos se tratara —por ejemplo, *auto-organización* del colectivo, actividad conflictual o representación de trabajadores ante autoridades—. La diferencia radica, más bien, en algunos segmentos de la actividad de producción normativa, cuya armonización con determinados factores propios de la organización administrativa resulta necesaria con el fin de salvaguardar intereses públicos concretos.

De este modo, no puede sostenerse que la negociación colectiva de los trabajadores públicos, como manifestación concreta de la actividad sindical, presente diferencias radicales y extremas con la de los trabajadores privados. Aspectos centrales como los sujetos, el ámbito material, la estructura y la naturaleza del producto presentan, en el fondo, la misma textura e incluso suelen situar el análisis jurídico en los mismos términos. En ambos casos, por ejemplo, podemos afirmar que el imperativo constitucional de *fomento* debe propiciar una postura estatal que permita el ejercicio pleno del derecho sin que exista interés público que con variable intensidad se sobreponga a dicho mandato. Es más, como veremos más adelante, incluso el propio texto constitucional atribuye idénticos caracteres al producto de negociación —fuerza vinculante—, sin resultar relevante para estos efectos el ámbito, público o privado, de donde provenga la actividad de negociación desplegada por los sujetos.

Cabe preguntar, en vista de lo anteriormente señalado, ¿dónde se ubican los factores diferenciales? Consideramos que, dado el carácter fundamental del derecho de negociación colectiva, la delimitación de un primer grupo de factores diferenciales, a los que denominaremos «estructurales», encuentra fundamento en el propio texto constitucional.⁹⁵ Son dos los aspectos en los que un interés público manifiesto en el texto constitucional aparece con aptitud para imponer la modalización del mencionado derecho: la reserva de ley para la regulación de diversos aspectos atinentes a la relación de empleo público —incluidos los presupuestales— y la atribución expresa de la función gestional de los servicios públicos a la organización administrativa

⁹⁵ GÓMEZ CABALLERO, Pedro. *Los derechos colectivos en la función pública*. Madrid: CES, 1995, p. 41. y ss.

En efecto, el texto constitucional establece que corresponde a la ley la regulación del ingreso a la carrera, los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos (artículos 40) y atribuye al Parlamento, de modo explícito, la competencia para la aprobación del presupuesto público (artículo 77) al regular detalladamente los plazos para su elaboración (artículos 78, 79 y 80). Ambos aspectos impondrían particularidades al ejercicio del derecho negociación colectiva, pero no en tanto operan una reducción de su ámbito material —por ejemplo, excluyendo la materia remunerativa de la negociación—, sino en cuanto demandan la armonización del transcurso de la negociación con las particularidades de la organización administrativa. En ambos casos, nos encontramos frente a aspectos de los que fluye claramente un interés de naturaleza pública con aptitud suficiente para proyectarse en la relación de empleo e imponer modalizaciones al ejercicio del derecho de negociación colectiva.

Por otro lado, la Constitución atribuye la dirección y gestión de los servicios públicos —según las competencias constitucional y legalmente asignadas— al Consejo de Ministros, a los ministerios conforme a cada cartera (artículo 119), a las regiones (artículo 197) y a los gobiernos locales (artículo 192.4), lo que implica que sea la organización administrativa la que ostente, de fuente constitucional, la titularidad del ejercicio de las potestades públicas que implican la organización, la dirección y la gestión de los servicios estatales que hacen posible el ejercicio de muchos derechos fundamentales para el resto de la ciudadanía. Si bien el mandato constitucional no excluye de plano la existencia de algún mecanismo de participación sindical, sí impone que el ejercicio de la competencia atribuida a la organización administrativa no sea sustraído, delegado o arrebatado por sujeto o instancia distinta. Es el desarrollo efectivo de las potestades antes mencionadas lo que justifica plenamente la condición de *poder público* de la organización administrativa y hace viable el ejercicio de la confianza política delegada por la ciudadanía al Gobierno —y no a otras instancias— para la dirección de los asuntos públicos. Esta situación, como veremos más adelante, impondrá condicionantes al ámbito material de la negociación colectiva, cuya expansión y desarrollo habrá de proyectarse con variantes no apreciadas en el sector privado.

Además de los aspectos señalados, cuyo fundamento constitucional necesariamente impone las particularidades anotadas, se observa también un segundo grupo de factores que con frecuencia motivan la articulación de una regulación diferente de la del sector privado, pero no en razón de la presencia de concretos intereses públicos sino, más bien, debido a la mayor *funcionalidad* que brindan al ejercicio del derecho. Aunque no necesariamente desprendidos del texto constitucional, estos elementos inciden de modo decisivo en la configuración de un marco normativo que posibilite el ejercicio efectivo del derecho de negociación colectiva, dado que atienden a la realidad de la organización y al nivel concreto de implantación de la actividad sindical en un contexto determinado. Por ello, su

introducción en un marco normativo derivaría únicamente de las imposiciones del mandato constitucional de fomento y no de la supremacía estatal.

Uno de estos aspectos se relaciona indudablemente con la conformación de los sujetos negociadores y, en particular, con la representación de la organización administrativa en la negociación colectiva, aspecto en el que el riesgo creciente de predominio de una racionalidad política en el desarrollo de la actividad de negociación —muy frecuente en nuestro medio— aconseja el empleo de fórmulas que aseguren la primacía de criterios técnicos, ajustados a las normas presupuestales, y cuya configuración pasa necesariamente por la conformación de una forma específica de articulación de la representación de negociación de la organización administrativa. Otro aspecto crucial se relaciona con la estructura de la negociación y consiste en su armonización con el reparto de competencias al interior de la organización administrativa. Como veremos más adelante, si bien este ajuste de la estructura de la negociación a las competencias administrativas, constituye un fenómeno que deriva casi en forma natural de la racionalidad de los sujetos colectivos —y sobre todo del sujeto sindical, que tiende a orientar sus demandas al centro de poder dotado de potestad para resolverlas—, el modelo normativo puede, además de no obstaculizar dicha tendencia, facilitar su desarrollo, sobre todo en un contexto como el nuestro, en el que la centralización de la actividad de negociación no ha sido un ejercicio frecuente.

Una vez determinados los factores de especificidad conviene precisar en qué sujetos recaen las particularidades anotadas, dada la heterogeneidad que caracteriza actualmente a la organización administrativa en materia de personal.

Como hemos indicado anteriormente, la orientación sentada por la norma vigente de limitar su aplicación a los trabajadores de carrera regidos por el sistema único de remuneraciones se ha visto largamente superada por la diversidad implantada luego de la adopción de medidas de flexibilización del sistema de relaciones laborales en el empleo público. El abuso de las formas de contratación temporal admitidas por la norma laboral pública, la introducción de trabajadores según régimen laboral privado, sin contar factores patológicos como el recurso fraudulento de contratos de locación de servicios, plantean interrogantes sobre el alcance del criterio delimitador de los alcances subjetivos de una eventual norma que regule el derecho de negociación colectiva de los trabajadores públicos.

Es necesario aquí hacer dos advertencias: en primer lugar, que los factores de especificidad de la relación laboral de los trabajadores públicos derivan de las características de la organización para la que prestan labores. Las localizadas imposiciones del interés público sobre la organización administrativa determinan la articulación de un régimen laboral especial cuyas particularidades abarcan, entre otros aspectos, una faceta de la actividad sindical: la negociación colectiva. En un sistema de empleo público coherentemente orientado por la articulación de un régimen de carrera profesional y ajustado a los parámetros establecidos por la Constitución y

los convenios internacionales, la delimitación de los alcances subjetivos de la norma colectiva no solo debe incluir al personal estable y de carrera, sino a cuanto trabajador se inserte en la organización administrativa —aun cuando el vínculo laboral por excepción normativamente admitida sea temporal— y cuyo ejercicio del derecho de negociación colectiva requiera de una adecuada armonización con los intereses públicos cuya custodia corre a cargo de la administración pública.

En un sistema afectado severamente por improvisadas medidas flexibilizadoras que admiten la prestación de servicios según regímenes laborales diversos, la posibilidad de que el ejercicio del derecho de negociación colectiva no armonice con las particularidades de la organización administrativa constituye un riesgo frente al cual el régimen laboral o la condición permanente o temporal del vínculo laboral se vuelven elementos irrelevantes. Es decir, el factor de inserción subjetivo dentro del régimen laboral especial y de la norma que regule el derecho de negociación colectiva no viene determinado por las características de la prestación como sí por el solo hecho de la prestación de labores en la organización administrativa. De allí, la necesidad de que una eventual reforma normativa resulte de alcance a todo trabajador de la administración pública sin mayor distingo.

A continuación, a partir de las pautas sentadas en este apartado, confrontamos los caracteres del modelo normativo vigente con los lineamientos que, desde nuestra perspectiva, deben orientar la conformación de un nuevo marco normativo.

3.4.3. El ámbito material de la negociación colectiva: los problemas impuestos por la reserva legal, la tendencia expansiva de los contenidos de las negociaciones y el presupuesto público

La normativa vigente prohíbe la negociación de conceptos remunerativos y condiciones de trabajo que impliquen modificaciones al sistema remunerativo,⁹⁶ destinando el tratamiento de dicha materia a un procedimiento de consulta cuya coordinación se encarga a la Comisión Nacional de Consultas, integrada por dos representantes del Ministerio de Economía y Finanzas, dos representantes del Ministerio de Trabajo y dos del INAP.⁹⁷ La negociación colectiva es admitida en el Gobierno central únicamente en lo referente a «condiciones generales de trabajo», definidas como las «que facilitan la actividad del trabajador y que pueden cubrirse con recursos presupuestales existentes», con lo que quedan excluidas aquellas que

⁹⁶ Artículo 54 del decreto legislativo 276.

⁹⁷ Artículo 23 del D. S. 003-82-PCM modificado por el D. S. 039-83-PCM y el artículo 13 del D. S. 026-82-JUS. La formulación del texto normativo hace pensar que se trata de una consulta no obligatoria y no vinculante, cuyo contenido se determina por la entidad administrativa —señala la norma que se «formulará las consultas que fueren del caso»—, con lo que los niveles formales de participación previstos se diluyen en el plano práctico en una real determinación unilateral.

impliquen actos de administración o de imperio o las que requieran partidas presupuestales existentes.⁹⁸ En los gobiernos locales, en cambio, la negociación de condiciones de trabajo con contenido económico es admitida solo en cuanto refiere a «incrementos remunerativos por costo de vida» y conforme a los recursos propios de cada entidad, por lo que queda proscrita la negociación de cualquier otro incremento que no tuviera tal denominación, aun cuando contara con cobertura presupuestal.

Evidentemente, las previsiones anotadas restringen en forma considerable el ámbito material de la negociación colectiva, al plantear una abierta colisión con el principio básico de «libertad de materias» establecido con alcance general por el Convenio OIT 154, e incluso con las disposiciones del Convenio OIT 151 para el ámbito de la administración pública.⁹⁹ En efecto, aun considerando que el CLS-OIT ha abierto la posibilidad de que ciertas cuestiones atinentes al «funcionamiento de los asuntos de gobierno» queden fuera del ámbito de la negociación,¹⁰⁰ las restricciones operadas por la normativa vigente exceden ampliamente el sentido de las restricciones admitidas, pues plantean un marco normativo en el que no solo se produce la exclusión del contenido de negociación más recurrido por los sujetos colectivos sino, más todavía, que reduce la actividad de negociación a uno o dos aspectos, y se elimina la posibilidad de extenderla a materias que permitan desarrollar otros contenidos de corte obligacional o de gestión.

Esta visión reductora del ámbito material influye de modo decisivo sobre otros dos aspectos centrales. En primer lugar, incide en la estructura de la negociación porque excluir materias con contenido económico imposibilita que la negociación fluya hacia sectores en los que las competencias decisorias se encuentran centralizadas —para las que se ha reservado el procedimiento de consulta—, con lo que queda reducida la actividad de negociación al tratamiento de materias de competencia exclusiva de cada ente de la organización administrativa. Es decir, se conforma como efecto de una delimitación restrictiva del ámbito material, un sistema de negociación de estructura descentralizada, acorde con la capacidad de decisión también descentralizada de la parte empleadora.

⁹⁸ Artículo 16 del D. S. 026-JUS.

⁹⁹ Recordemos que el Convenio OIT 151 establece dentro del abanico de materias de negociaciones todas las relativas a las «condiciones de empleo», lo que en concordancia y según el detalle aportado por el Convenio OIT 154, incluye no solo la materia económica o las relaciones ente los sujetos colectivos, sino también aspectos relativos a la gestión de personal.

¹⁰⁰ Señala el CLS-OIT que «existen ciertas cuestiones que corresponden, evidentemente, de modo primordial o esencial, y la dirección y funcionamiento de los asuntos de gobierno; estas cuestiones pueden considerarse de modo razonable fuera del alcance de la negociación. Es igualmente evidente que algunas otras cuestiones son primordial o esencialmente cuestiones que refieren a las condiciones de empleo y no se deberían considerar excluidas del ámbito de las negociaciones colectivas llevadas a cabo en una atmósfera de buena fe y confianza mutua». OIT. *La libertad sindical: recopilación...*, p. 177.

En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, las limitaciones materiales influyen sobre la condición de los sujetos de negociaciones debido a que el reducido listado de materias sometidas a negociación predetermina como sujetos negociadores al sindicato de la repartición y al ente administrativo, con lo que es frecuente que este último caracterice no a la totalidad del organismo público (por ejemplo, un Ministerio), sino solamente a un segmento del mismo comprometido de modo directo con las demandas planteadas —dígase su organismo descentralizado—. En suma, la descentralización de las competencias para atender las demandas legalmente admitidas conlleva que normativamente se aprecie como suficiente la intervención de cada entidad administrativa, por lo que queda excluida la posibilidad de habilitar a sujetos negociadores con alcance en ámbitos más extendidos.

Es posible advertir tras la vinculación existente entre las limitaciones materiales, la estructura descentralizada y la reducción del alcance de los sujetos de negociaciones, una clara aversión del sistema hacia la centralización de la actividad negociadora y a cualquier otra tendencia que impulse niveles concentrados de actividad sindical que pongan en peligro la supremacía estatal en la determinación de las condiciones de empleo. Por ello, es posible sostener que, aunque justificadas dogmáticamente en la afirmada existencia de un interés público excluyente del pluralismo normativo, las severas limitaciones materiales a la negociación colectiva responden a un intento de mantener el predominio del unilateralismo como técnica de gobierno de las relaciones laborales, objetivo fallido desde que la realidad de negociación apreciada una vez vigente la norma desbordó los estrechos márgenes de acción otorgados por el modelo normativo, evidenciando con ello la tendencia natural del sindicalismo estatal a negociar materias de contenidos económicos y, por ende, a centralizar sus formas organizativas y la estructura del sistema de negociación.

Como vemos, la definición del ámbito material de la negociación colectiva conforma un tema de vital importancia para la configuración del modelo normativo democratizador y, por ello, ha constituido el aspecto más discutido de la compleja problemática que plantea la negociación colectiva en el empleo público. Es un hecho comprobado que la tantas veces señalada *inconveniencia* de regular por convenio colectivo cuestiones atinentes al sistema de carrera, así como toda la gama de argumentos que sostienen la imposibilidad de abordar materias presupuestales, no solo viene justificando en la actualidad un proceso de constante sustracción de materias a la negociación colectiva —fenómeno del cual nuestra legislación constituye fiel expresión—, sino ha constituido por mucho tiempo el argumento central para limitar con severidad —o incluso negar— la propia titularidad del derecho negociación colectiva a los trabajadores públicos. En efecto, buena parte de las objeciones opuestas al ejercicio del derecho de negociación colectiva de los trabajadores públicos, aunque no solo se vinculan con su ámbito

material, sí pueden resolverse con relativa facilidad una vez delimitado de modo preciso, y a la luz de las imposiciones constitucionales, el amplio espectro de materias de negociaciones a disposición de los sujetos colectivos.

Pues bien, la problemática ofrecida en concreto por el ámbito material de la negociación colectiva se plantea, desde nuestra perspectiva, sobre la base de dos aspectos centrales. En primer lugar, en lo relativo a la observancia y real significado del principio de reserva de ley. El problema radica aquí en la potencial afectación que a la reserva de ley impuesta por el artículo 40 de la Constitución puede ocasionar el despliegue de la actividad de negociación, sobre todo si recae en aspectos como la conformación del sistema de carrera, la determinación de los deberes y derechos de los trabajadores públicos y, en particular, en la fijación de las remuneraciones, tema vinculado al presupuesto público. En segundo lugar, en lo relativo a la probable incursión de la negociación colectiva en temas relativos al ejercicio de las potestades que como poder público desarrolla la organización administrativa. En este punto, es necesario determinar si la atribución expresa a la organización administrativa de la competencia para la gestión de los servicios públicos —muchos de los cuales atañen a prestaciones directamente relacionadas al ejercicio de ciertos derechos fundamentales— excluye de plano toda actividad de negociación, y conforma una auténtica sustracción de materia a la negociación colectiva.

En cuanto al primer problema, es evidente que la reserva de ley en la regulación de los *derechos* de los servidores públicos puede ser tomada en sentido amplísimo; esto es, como excluyente de la posibilidad de negociar individual o colectivamente cualquier tipo de materia, pues la mejora de las condiciones laborales de los servidores públicos, objeto de la negociación colectiva, implica justamente una mejora en sus derechos. Como podrá verse, esta lectura de la reserva de ley hace inviable el ejercicio del derecho a la negociación colectiva, pues lo vacía de contenido (¿qué negociar entonces?) y contraría además la propia formulación del marco normativo que admite la negociación de algunas materias sin contenido económico.

Desde nuestra perspectiva, el enfoque del tema debe considerar que la consagración del derecho de negociación colectiva determina por sí sola la existencia de un espacio para la actividad de negociación, con lo que una visión totalizadora de la reserva de ley que abarque en forma excluyente todo posible contenido de negociación debe ser rechazada de plano. El desarrollo en detalle de este tema puede plantearse a propósito de un tema concreto: la reserva de ley establecida para la regulación de la carrera administrativa y los deberes, derechos y responsabilidades de los trabajadores públicos.

Como señala Del Rey, al ingresar a una etapa posindustrialista, el ejercicio del derecho a la negociación colectiva viene siendo sometido a una reconsideración funcional, apreciada ya en algunos ordenamientos, que consiste en la superación de los contenidos de incidencia en las relaciones individuales y colectivas, denominadas funciones de *marketing* y *gubernamental*, respectivamente, para expandirse

y dotar de centralidad a los contenidos relativos a la gestión del personal (función managerial).¹⁰¹ Es justamente con relación a estos últimos contenidos, atinentes a la «gestión de la relación de empleo público», que podría producirse en una potencial incompatibilidad con la reserva de ley establecida por el artículo 40 de la Constitución para la conformación del marco institucional que rige la carrera administrativa y las obligaciones, deberes y derechos de los servidores públicos.¹⁰²

Sin embargo, desde nuestra perspectiva, la reserva de ley establecida por el artículo 40 de la Constitución de ningún modo constituye un criterio de exclusión de materias a la negociación colectiva. Un primer factor que sustenta esta afirmación deriva de la determinación del real alcance del principio en un marco de respeto a los derechos de libertad sindical y negociación colectiva. La observancia de principio de reserva de ley no impone un apoderamiento exclusivo y absoluto por el legislador de la materia reservada. La reserva opera únicamente como un mínimo en extensión e intensidad reguladora¹⁰³ que garantiza la definición de los aspectos más relevantes de determinada materia por la asamblea legislativa. Se trata, por tanto, de reducir a un mínimo necesario el ejercicio regulador atribuido al legislador en favor de la conformación de amplios espacios temáticos puestos a disposición de los sujetos colectivos por la propia ley.¹⁰⁴

Esta concepción supone, por un lado, que la regulación legal constitucionalmente impuesta no tiene por qué ser exhaustiva y más bien debe limitarse al tratamiento de las materias que aseguren la realización de los valores y funciones constitucionalmente atribuidos a la organización administrativa, dejando un abanico de materias a la negociación colectiva. Es muy importante observar que si bien la intensidad reguladora de la ley no debe ser absoluta, sí debe poseer la entidad suficiente para no producir una virtual deslegalización de las materias reservadas.¹⁰⁵

¹⁰¹ DEL REY GUANTER, Salvador. «Transformación del sistema de negociación colectiva y la refundación de la teoría jurídica de los convenios colectivos». En Manuel Alarcón y Salvador del Rey (coords.). *La reforma de la negociación colectiva*. Madrid: Marcial Pons, 1995, pp. 87 y ss.

¹⁰² Von Potobsky da cuenta en las experiencias comparadas de la frecuente exclusión de la negociación colectiva de todo contenido relativo a la aplicación del principio de mérito en los ingresos o ascensos, concebida para evitar «interferencias políticas» de las organizaciones sindicales. POTOBsky, Geraldo von. «La negociación colectiva en la administración pública central y descentralizada». *Revista de Derecho del Trabajo*, vol. XLVIII, 1988, p. 1901. Buenos Aires.

¹⁰³ MAESTRO BUELGA, Gonzalo. «El ámbito material de la negociación colectiva de los funcionarios públicos». *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 41, 1995, p. 846.

¹⁰⁴ Como señala Villavicencio, reconocida la facultad de autorregulación de los sujetos colectivos, debemos admitir que nos movemos en un sistema basado en la autonomía máxima y heteronomía limitada o, dicho en otros términos, que el mecanismo normal de regulación lo constituye la autonomía colectiva siendo excepcional la intervención del Estado. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. «La estructura de la negociación colectiva: bases conceptuales y análisis del caso peruano». *Asesoría Laboral*, n.º 64, Lima, 1996, p. 16.

¹⁰⁵ Para Maestro Buelga la determinación de la intensidad mínima reguladora requiere definir concretamente qué parte del tratamiento normativo está sujeto a reserva, lo que puede resolverse remitiendo a las

Referimos entonces a la necesidad de lograr un mínimo regulador que armonice con el mandato de fomento de la negociación colectiva.

Por otro lado, la concepción que desarrollamos supone también la generalización del carácter relativamente imperativo de la norma laboral pública, condición que no colisiona con el principio de reserva y que, con algunas previsiones, puede declararse incluso como atributo común y no excepcional de aquella. Y es que si bien la reserva de ley determina una regulación en sentido imperativo, ello no determina que este deba ser *absolutamente imperativo*. En materia de derechos laborales de los trabajadores públicos bien puede admitirse la mejora de las condiciones legales por la actividad convencional, con lo que el rol que la reserva de ley asumiría sería el de garante de un mínimo indispensable. De la misma manera, en materia de deberes la actividad de negociación podrá siempre disponer de los ámbitos no regulados, con el cuidado de no afectar el sentido y los valores garantizados por la regulación legal. De este modo, una vez sentada una regulación estatal con entidad suficiente para asegurar la efectividad de la reserva legal, la acción colectiva podrá desarrollar una actuación normativa *complementaria*, asumiendo la regulación de materias dejadas por la ley, y *suplementaria*, al mejorar los mínimos establecidos legislativamente.

Aunque no vinculada en estricto con la negociación colectiva, es posible incluso habilitar técnicas participativas que incorporen algún nivel de intervención de las organizaciones de trabajadores en el núcleo de regulación indisponible. A través de estos mecanismos se posibilitaría algún margen de negociación de algunos aspectos reservados a la ley, pero sin que los acuerdos adoptados vinculen al Legislativo, que podrá acoger el resultado de la negociación como proyecto de ley e incorporarlo al plano de legalidad en observancia de la reserva.¹⁰⁶ No obstante encontrarnos frente a mecanismos de participación que bien pueden ser catalogados de *seudonegociaciones*,¹⁰⁷ estas técnicas presentan la virtud de posibilitar el desarrollo de prácticas democratizadoras (legislación negociada), que introducen algún margen de participación sindical sin afectar la reserva de ley dado que, en estricto,

normas base o de principio sobre la materia reservada. MAESTRO BUELGA, Gonzalo. «El ámbito material de la negociación colectiva de los funcionarios públicos». *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 41, 1995, p. 847.

¹⁰⁶ La normativa española ha pasado de una original exclusión de los aspectos sometidos a reserva de ley y su remisión a un procedimiento de consulta (obligatoria, pero no vinculante), a un sistema en el que las materias reservadas a ley deben ser negociadas. Recuérdese que incluso la propia modificación del artículo 32 de la LORAP, que dio el vuelco señalado, derivó del Acuerdo sobre Negociación Colectiva de Funcionarios Públicos, suscrito el 6 de abril de 1990 entre las centrales sindicales UGT y CC. OO. y los representantes del gobierno español. Al respecto puede verse: GÓMEZ CABALLERO, Pedro. *Los derechos colectivos en...*, p. 309; ROQUETA BUJ, Remedios. *La negociación colectiva en la función pública...*, pp. 253 y ss.

¹⁰⁷ ROQUETA BUJ, Remedios. *La negociación colectiva en la...*, pp. 255.

el Parlamento no ve sustraída su competencia en la regulación de las materias reservadas.¹⁰⁸

Al margen de este espacio abierto a la participación, insistimos en que el énfasis en las opciones que posibilitan la negociación colectiva atiende a nuestra convicción de que el reconocimiento constitucional de los derechos colectivos de los trabajadores públicos impone la modulación de la asignada función tutelar del Parlamento, expresada por el principio de reserva de ley.¹⁰⁹ Por ello, aun cuando reconozcamos la contundencia con la que el texto constitucional impone la regulación de ciertas materias por el Parlamento, esto no debe significar la neutralización absoluta de los derechos de libertad sindical y negociación colectiva, menos si el monopolio regulador estatal deriva en una sustitución del propio sindicato en la realización de su rol de reivindicación y defensa de las condiciones de empleo de los trabajadores. Plá advierte en este sentido que la capacidad del sindicato y de la negociación colectiva para desarrollar la función de autotutela de los intereses laborales en el marco de la relación laboral de empleo público ha quedado ya demostrada por su propio ejercicio de facto en algunos ordenamientos e, incluso, por su pleno reconocimiento en el ámbito formal en otros. En ambos casos, observa el citado autor, las negociaciones y los convenios colectivos coexisten armónicamente con reglamentaciones de carrera, lo que deja demostrada su plena compatibilidad con los objetivos de eficacia, competencia y neutralidad política de la organización administrativa.¹¹⁰ Definitivamente, el sentido garantista de la reserva de ley, cuyo objetivo es resguardar el núcleo del régimen legal de los trabajadores públicos de la potestad normativa de su empleador, no puede redundar en la reducción de su posibilidad —constitucionalmente garantizada— de tutela a través de su propia acción organizada.

Es necesario, más bien, revalorizar el principio de reserva de ley a la par de las imposiciones derivadas del reconocimiento de los derechos de libertad sindical y negociación colectiva de los trabajadores públicos, como único mecanismo efectivo para revertir el panorama de determinación unilateral de las condiciones de empleo e implantar un sistema de ejercicio efectivo de los derechos constitucionales.

¹⁰⁸ Tómesese en consideración que nuestra propia evolución normativa demuestra que la participación de representantes de los trabajadores —al menos formalmente prevista— en instancias o decisiones relativas a la gestión de personal, no ha sido ajena —aunque tampoco frecuente y sin la potencia de la negociación colectiva— a la marcha de la organización administrativa. Recordemos, por ejemplo, la inclusión en el Consejo Nacional del Servicio Civil —creado por el Estatuto— de un delegado de los empleados, la participación de un representante de las entidades sindicales en los Consejos Regionales del Servicio Civil instituidos por la Ley de Bases, o la participación de un representante de los trabajadores en la conformación de las Comisiones de Procesos Disciplinarios.

¹⁰⁹ ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. *Los derechos sindicales de los...*, p. 283.

¹¹⁰ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. «El trabajador público y los convenios...», pp. 431-432.

Como bien apunta Corpaci con referencia a la Constitución italiana, pero perfectamente aplicable a nuestro caso, satisfecha la reserva de ley no puede afirmarse que de la Constitución se desprenda una reserva de los restantes aspectos materiales de la relación de empleo a fuentes unilaterales secundarias.¹¹¹

Conviene profundizar aquí el tema presupuestal, dadas sus implicancias en la materia de negociación recurrida: la fijación de las remuneraciones de los trabajadores públicos.

Como hemos señalado, este aspecto se ha tornado central dada la frecuencia con la que bajo diversos argumentos se ha sustraído —o limitado— la regulación de las condiciones salariales a la negociación colectiva. Además del aludido tema de la competencia exclusiva del parlamento en la materia, se ha incidido, de un lado, en la potencial colisión de la negociación colectiva con el principio de «justicia en el gasto público» (artículo 77 del texto constitucional), en cuya virtud la orientación de este debe realizarse en función a prioridades sociales; y, de otro, en la existencia de elementos funcionales que harían impropia o inviable la negociación de condiciones salariales de los trabajadores públicos. Cavas señala en este sentido que se ha atribuido a la cuantificación anual y previa de ingresos y gastos —típica de la técnica presupuestal— una *incompatibilidad natural* con la negociación colectiva, motivada por la *incertidumbre* que esta última supone.¹¹² Pasco complementa esta postura señalando, con referencia concreta a nuestro ordenamiento constitucional, que la necesidad de habilitar un sistema unificado que acabe con la disparidad generada por las prácticas negociadoras de facto sustentó la omisión de la negociación colectiva como derecho de los funcionarios, quedando legitimada desde una perspectiva formal y de espaldas a la realidad de negociación la regulación unilateral de la materia.¹¹³

La solución a estas objeciones requiere volver sobre la reflexión ya efectuada en torno de la efectividad de los derechos constitucionales de libertad sindical y negociación colectiva de los trabajadores públicos. Si bien resulta innegable la atribución constitucional de una competencia expresa al Parlamento para la elaboración y aprobación del presupuesto público, esta para nada se supone la exclusión definitiva y automática de toda técnica de negociación en la fijación de las condiciones salariales de los trabajadores públicos.

¹¹¹ CORPACI, Alfredo. *Reformas en la laboralización de la relación de empleo público en Italia: aspectos constitucionales y referencia a la normativa más reciente*. Documentación administrativa 243. Madrid: INAP, 1995, p. 259.

¹¹² CAVAS MARTÍNEZ, Enrique. «Leyes de presupuesto e intervencionismo estatal en la negociación colectiva del sector público». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 16, Madrid, 1992, pp. 15-16.

¹¹³ PASCO COSMÓPOLIS, Mario. «La negociación colectiva en el sector estatal». *Themis*, n.º 15, Lima, 1989, pp. 37-38.

Evidentemente, la solución no consiste en negar toda virtualidad al derecho de negociación colectiva una vez verificada una atribución expresa de competencia al Legislativo, sino en engarzar en el ejercicio efectivo del derecho a la negociación colectiva con la competencia parlamentaria constitucionalmente fijada. Tal armonización aparece posible desde que el ejercicio del derecho a la negociación colectiva puede someterse a variantes de intensidad, temporalidad o estructura que lo ajusten a la reserva de competencia, sin necesidad de sustraer la materia salarial al ámbito de la negociación.

Pero también será indispensable que, entre las múltiples alternativas de regulación presupuestal ofrecidas por el Parlamento, se elija aquella en la que tenga cabida algún margen de actividad de negociación por parte de los sujetos colectivos. Definitivamente, una regulación rígida en extremo, que establezca de modo detallado y sin posibilidades de maniobra o ajuste por los sujetos colectivos, las previsiones para determinado ejercicio presupuestal, implicaría una efectiva sustracción de la materia remunerativa a los sujetos colectivos. Von Potobsky recoge, en este extremo, una de las interesantes propuestas de Mancini, quien sostiene la fijación de montos globales máximos o referenciales en el presupuesto público como posible vía de armonización de la competencia parlamentaria con la negociación colectiva que den cabida a la actividad de negociación de los sujetos colectivos.¹¹⁴

La viabilidad de la propuesta anotada puede ser confrontada con una breve revisión de la orientación reguladora de las normas presupuestales y de la conformación real del paquete salarial de los trabajadores estatales.

La orientación reguladora adoptada por nuestras leyes de presupuesto no ha consistido en la regulación exhaustiva de las condiciones remunerativas de los trabajadores públicos —por ejemplo, al fijar el nivel de gastos en materia de personal para cada entidad, pliego o volumen presupuestal—. Por el contrario, la regulación se ha limitado, casi exclusivamente a desplazar al Ejecutivo la potestad de fijar incrementos remunerativos y a adoptar medidas de contención referidas a la contratación, nombramiento de personal y austeridad en el gasto salarial —prohibiéndose los incrementos remunerativos, incluso los provenientes de pactos colectivos—. Solo en menor medida y para determinados entes se han establecido previsiones referidas concretamente a la fijación unilateral de incrementos remunerativos.¹¹⁵ Es decir, más allá de medidas restrictivas ajenas a la cuantificación del

¹¹⁴ POTOBSKY, Geraldo von . «La negociación colectiva en la administración pública central...», pp. 1902-1904.

¹¹⁵ Es de resaltar que las leyes de presupuesto de los años 1983, 1984 y 1989 contemplaban, solo para las instituciones públicas y organismos descentralizados con trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, una excepción a la prohibición de establecer incrementos de remuneraciones, consistente por la posibilidad de pactar colectivamente incrementos «dentro de los límites de las respectivas asignaciones presupuestales autorizadas», con lo que en alguna medida se observaba la lógica de fijación

gasto, la incidencia directa de la regulación presupuestal en la fijación de condiciones remunerativas ha sido casi nula, con lo que destaca la deslegalización de la materia en favor de la regulación unilateral por parte del Ejecutivo.

Por otro lado, la regulación presupuestal tampoco ha incidido principalmente en la tarea de fijar o modificar la estructura del sistema remunerativo de los trabajadores públicos. Como lo pone de manifiesto la comisión multisectorial encargada del análisis de la situación del personal de la Administración Pública, los conceptos fijados por la ley de bases y las normas posteriores, destinados a otorgar un tratamiento igualitario a trabajadores de nivel similar, han perdido relevancia en un panorama caracterizado por la *dispersión salarial*. Dos datos relacionados entre sí explican lo señalado. El primero es que cerca del 60% de los pagos efectuados al personal de la Administración Central —incluyendo a trabajadores contratados bajo régimen laboral privado— provienen de fuentes de financiamiento distintas de la planilla única de pagos, liberados de cargas adicionales, y que han servido como canal de compensación en un contexto de austeridad presupuestal. El segundo es que la cuantía de los conceptos base legalmente fijados es cada vez más irrisoria, con lo que los conceptos introducidos por cada organismo que cuenta con financiamiento propio se convierten en decisivos en el volumen de ingresos de los trabajadores.

Lo señalado evidencia no solo la tensión generada por la rigidez y centralización extremas provenientes de las medidas presupuestarias de austeridad sino, también, la factibilidad de un manejo descentralizado y adaptable de cierto volumen del paquete remunerativo y su entero ajuste a las necesidades de control presupuestal. Ciertamente, si se tiene en cuenta los objetivos de un sistema de carrera basado en la promoción profesional y económica, y en una concepción unitaria de la organización administrativa, no resulta conveniente una descentralización absoluta de la materia remunerativa, pero tampoco parece adecuado un manejo enteramente rígido y centralizado —con fuente en la ley anual de presupuesto—, que viene siendo negado por la realidad en las dos últimas décadas. La existencia de mecanismos flexibilizadores en la ejecución presupuestal y de fuentes de financiamiento propias y diversas —sobre todo en la administración periférica— aconseja que se admita cierto nivel de descentralización de las competencias en materia de fijación de las condiciones remunerativas, en aptitud de canalizar incluso las demandas de vinculación de las compensaciones con la productividad,¹¹⁶ pero siempre

de montos máximos que den cabida a la negociación colectiva. Solo desde el año 1989 se admite la posibilidad para los trabajadores de los gobiernos locales de pactar incrementos por costo de vida de conformidad con lo señalado en el D.S. 070-85-PCM y desde 1990.

¹¹⁶ Puede armonizarse incluso la práctica de negociación con la tendencia a vincular el paquete contraprestativo con el desarrollo de una cultura productiva, al promover, por ejemplo, en el ámbito individual o colectivo, las habilidades y conocimientos de los trabajadores.

sobre una base igualitaria de manejo centralizado que no necesariamente se ha encontrado vinculada con las previsiones establecidas en el presupuesto público.¹¹⁷

En nuestro medio, el presupuesto público ha dejado de ser un «vehículo contable»¹¹⁸ de la gestión económica y de cuantificación del gasto en materia de las remuneraciones del personal, y se ha transformado en un instrumento orientador de la política económica del gobierno, aspecto este último que si bien resulta de interés para las organizaciones sindicales de trabajadores públicos no se vincula directamente con la fijación concreta de sus condiciones económicas. Sin duda, el espacio centralizado de competencia parlamentaria es reducido y soporta la aplicación de técnicas que den cabida a la negociación colectiva, sea en su etapa de formulación, al ajustar los plazos de negociaciones de las previsiones constitucionales sobre la elaboración del proyecto por el Ejecutivo; en la fijación de la cuantía de los conceptos base de aplicación igualitaria; o en la determinación de las cuantías globales para cada volumen presupuestal o sector, que deberán ser complementadas a lo largo del ejercicio por negociaciones descentralizadas. Incluso, si de erogaciones no previstas se tratara, los mecanismos de flexibilidad en la etapa de ejecución presupuestal brindan opciones para la validación de tales medidas, respetuosas de la reserva de competencias constitucionalmente establecida.

Aparece como necesario entonces un cambio de perspectiva basado en los datos aportados por la realidad. Si la negociación colectiva de facto llevada a cabo en la década de 1980 anticipó la compatibilidad de la negociación salarial con las imposiciones presupuestales, la deslegalización y el consecuente manejo unilateral de las condiciones económicas en la década pasada parecen confundir la atribución de las competencias parlamentarias con el manejo unilateral de la materia. En este contexto, la ampliación de los espacios de negociaciones aparece no solo como una consecuencia de la titularidad del derecho a la negociación colectiva de los trabajadores públicos sino también como una medida democratizadora funcional al sistema pues, además de aportar un alto grado de legitimidad a la fijación de las condiciones económicas de los trabajadores, puede contribuir eficazmente a la racionalización de la estructura remunerativa, que la haga acorde con la lógica de las promociones y los ascensos de un régimen de carrera y que armonice el sistema con las imposiciones del principio de igualdad.¹¹⁹

¹¹⁷ Como señalamos anteriormente, la *unidad* de la organización administrativa ha dejado de identificarse con la *uniformización* absoluta de las condiciones de empleo de los trabajadores públicos.

¹¹⁸ CAVAS MARTÍNEZ, Enrique. «Leyes de presupuesto e intervencionismo estatal en la negociación colectiva...», pp. 8-9.

¹¹⁹ Como lo señala la comisión multisectorial encargada del análisis de la situación del personal de la administración pública, actualmente existen diferencias injustificadas de ingresos entre grupos ocupacionales, desprendidas del tipo de vínculo establecido con la administración (nombramiento, contrato bajo

Ahora, si bien los argumentos desarrollados justifican plenamente no solo la negociación de los aspectos de *gestión del empleo público* reservados a ley sino, también, la inclusión de cualquier otro tema relativo a dicha materia, es en cuanto a los aspectos que atañen a la *gestión del poder público* a cargo de la organización administrativa que se aprecian dificultades de incidencia en la conformación del ámbito material de la negociación colectiva.

En efecto, tal como lo señaláramos anteriormente, la atribución expresa a la organización administrativa de la competencia para la gestión de los servicios públicos incide decididamente sobre su condición de poder público. La administración pública es, ciertamente, una organización empleadora, y como tal debe someterse y observar las reglas constitucionales que establecen el régimen jurídico del trabajo dependiente; pero es también un poder público actuante de potestades y facultades de las que con frecuencia pende el goce y ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de resto de la ciudadanía. La gestión o conducción efectiva de estos servicios públicos por la organización administrativa se constituye, por tanto, en un aspecto a través del cual se materializa una parte importante de los poderes estatales y, más específicamente, la confianza otorgada por el electorado al Gobierno para la aplicación de una determinada línea política de gestión.

Sobre estas bases es posible advertir que el ejercicio de esta legítima competencia estatal de gestión del poder administrativo puede verse afectado por la anotada *tendencia expansiva* de la negociación colectiva, es decir, por la propensión de negociación a la conquista constante de nuevos ámbitos de negociación. El riesgo es evidente, pues un ejercicio negociador que desborde los aspectos relativos a la gestión de personal y lo extienda a aspectos que atañen al ejercicio de la gestión de la propia organización administrativa, que no tiene ninguna incidencia en las relaciones laborales, puede derivar en un panorama adverso al régimen democrático, en el que el poder sindical sustituye al propio Estado en el manejo de la organización administrativa o, por lo menos, viabiliza el desplazamiento de las políticas públicas por políticas sectoriales sindicales, desvinculadas de los objetivos de realización de los intereses generales.

En las experiencias comparadas, la solución más frecuente al problema planteado ha consistido en la sustracción de dichas materias al ejercicio de negociación, orientación que, como señaláramos anteriormente, es considerada admisible por la OIT, que no ve en ella una vulneración de las previsiones establecidas en los convenios OIT 151 y 154.

normas laborales públicas, contrato bajo régimen laboral privado y contrato de servicios no personales). Incluso se observan diferencias sustanciales entre trabajadores de un mismo nivel, o es posible que un trabajador de un nivel de carrera inferior gane más que un trabajador de un nivel de carrera superior.

Por ejemplo, en la normativa española, la Ley de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (LORAP) establece que «quedan excluidas de la obligatoriedad de la consulta o negociación, en su caso, las decisiones de las administraciones públicas que afecten a sus potestades de organización, al ejercicio de los derechos de los ciudadanos ante los funcionarios públicos y al procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas». Para Ojeda y Roqueta Buj esta previsión no implicaría la imposibilidad de negociar, pues la norma citada establecería una potestad sujeta a discrecionalidad de la administración. En todo caso, a diferencia de Ojeda, para quien la potestad de negociación alcanza todas las materias excluidas,¹²⁰ Roqueta señala que la negociación se limitaría únicamente a las decisiones de la administración referidas a sus potestades de organización, dado que, en lo relativo a las decisiones que afecten el ejercicio de los derechos ciudadanos o el procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas, sí se establecería una limitación dado que se trataría de materias de incidencia en sujetos distintos a los funcionarios —los ciudadanos— y de aspectos que atañen a normas de derecho público.¹²¹

En la normativa italiana, el tema ha sido tratado en forma semejante. El decreto legislativo 29, del 3 de febrero de 1993, que racionaliza la organización de las administraciones públicas y reforma el régimen de empleo en el sector público, establece que la negociación colectiva refiere a todas las materias relativas a la relación de trabajo, con exclusión de aquellas reservadas a ley y los actos normativos y administrativos. En el mismo sentido, la normativa vigente en nuestro ordenamiento establece que no son condiciones generales de trabajo y por tanto se encuentran excluidas de la negociación «aquellas que impliquen actos de administración o de imperio».¹²²

Una adecuada reflexión sobre este tema requiere, desde nuestra óptica, una valoración del sentido de la incursión sindical en dichas materias.

Efectivamente, la atribución constitucional de competencias a la organización estatal para la gestión de los servicios públicos pone fuera de cuestión la posibilidad de reconocer un influjo de negociación a las organizaciones sindicales sobre la política de gestión, pero obliga a considerar también que la eventual intervención sindical en la materia nunca —o muy pocas veces— ha pretendido influir directamente en la definición de tal política sino, más bien, instituirse como agente de fiscalización en tanto la gestión de los servicios públicos se aleje de los valores

¹²⁰ OJEDA AVILÉS, Antonio. *Derecho sindical*. Madrid: Tecnos, 1999, p. 660.

¹²¹ ROQUETA BUJ, Remedios. *La negociación colectiva en la...*, p. 257.

¹²² Artículo 16 del D. S. 026-82-JUS.

constitucionales o de los parámetros de eficiencia y neutralidad. Es decir, la organización sindical ha asumido en esta materia una función de control que ha desbordado la labor de vigilancia del cumplimiento de la normativa laboral —cuya legalidad es aceptada—, y la ha extendido al ejercicio conforme a ley de las competencias públicas asignadas a la propia organización administrativa. Esta expansión se justifica por una doble gama de consideraciones: la conciencia de la condición de usuarios de los servicios públicos que desarrollan los trabajadores en cuanto ciudadanos y la atención a la vinculación existente entre el correcto uso de los recursos públicos y el cumplimiento de los compromisos asumidos con las organizaciones sindicales para la mejora de sus condiciones laborales.

La legitimación de esta función fiscalizadora no requiere necesariamente de su consideración como materia de negociación, pues para su cumplimiento la organización sindical puede actuar con la legitimidad reconocida a todo ciudadano o instancia colectiva para la denuncia de un ilegal ejercicio de potestades públicas; pero tampoco excluye tajantemente la inclusión en la negociación colectiva de los términos en los que la organización sindical puede desarrollar tal función (fiscalizadora). En todo caso, es conveniente resaltar el matiz de la propuesta: no se considera como eventual materia de negociación la definición de la política de gestión, sino los términos en los que la labor fiscalizadora de la organización sindical será desplegada. Apreciamos que esta orientación puede derivar no solo de una iniciativa de negociación de la organización sindical, sino también de los responsables de la gestión de la propia organización administrativa en tanto que una política realmente democrática busca, por lo común, desarrollar mecanismos de certificación o legitimación de su transparencia y legalidad a cargo de instancias interesadas, que bien pueden ser las representativas de los trabajadores —en cuanto usuarios de los servicios públicos— o de otros intereses ciudadanos.

En suma, la incorporación de estas materias a la negociación colectiva, siempre que no signifique un desapoderamiento de las competencias constitucionalmente asignadas a la organización administrativa, aparece como un interesante mecanismo de democratización de esta y como garantía para su actuar eficiente, por lo que su exclusión o inclusión expresa en el abanico de materias de negociaciones no constituye un aspecto necesario.

Ahora bien, a pesar de que la intensidad de negociación decrece en relación con ciertas materias, desde nuestra perspectiva, ello no conforma propiamente una *limitación* al ámbito material de la negociación colectiva, sobre todo porque el eventual freno a una libre expansión del ámbito material de la negociación colectiva puede producirse únicamente respecto de cuestiones que viabilizan la efectividad de otros valores constitucionales —en este caso, relativos a la consecución de determinados fines por la organización administrativa— de tanta relevancia social como los derechos colectivos. Por tanto, la reserva de estos valores conforma un parámetro admitido a la negociación colectiva, en tanto resulta de la

ponderación de intereses constitucionalmente tutelados y materializados en una regulación legal que modalice con plena legitimidad el ejercicio de negociación de las partes.

Obsérvese que la sujeción del ejercicio de determinados derechos colectivos a ciertos parámetros constitucionalmente impuestos y derivados de la necesidad de resguardar la eficacia de otros bienes y valores se aprecia también en el sector privado. Es el caso del ejercicio del derecho de huelga, sometido en algunas de sus manifestaciones a límites que se desprenden de la cautela de otros bienes de relevancia constitucional.

Por último, y más importante, tampoco puede hablarse de una absoluta limitación al ámbito material de la negociación colectiva desde que la regulación reservada a la ley de las materias atinentes a la gestión de personal o de los servicios públicos no excluye absolutamente todo ejercicio de diálogo. Aun cuando se considere impropia la consideración de tales contenidos como negociables, lo que sí puede aparecer integrado al listado de materias son los mecanismos de participación —en forma de control interno sobre la gestión de personal o de los servicios públicos— de las representaciones sindicales. Por ello, más que referirse a una supuesta incompatibilidad entre las materias relativas a la gestión y la negociación colectiva, resultará apropiado hablar de una atemperación de los mecanismos de participación sindical al intervenir en algunos segmentos de estos fértiles espacios temáticos.

Como vemos, solo un enfoque presidido por el principio social y democrático, que trate de dotar al derecho de máxima efectividad, determina la máxima amplitud del ámbito material de la negociación colectiva y la consecuente activación y difusión de técnicas democratizadoras en la organización administrativa. Como acertadamente observan Godio y Slodsky:

[...] un Estado que se niega a reconocer a sus trabajadores el derecho a negociar salarios y condiciones de trabajo, conserva en su interior prácticas de organización laboral autoritarias y discriminatorias que anulan el desarrollo de una efectiva cultura de trabajo entre los trabajadores estatales, lo que en definitiva bloquea la efectiva concreción de un Estado eficiente y respaldado por la sociedad civil.¹²³

¹²³ GODIO, Julio y Daniel SLODSKI. *Democracia política y democratización social del Estado en Argentina. La negociación colectiva en la administración pública*. Lima: Fundación Friedrich Ebert, 1989, p. 9.

3.4.4. Los sujetos de negociaciones y el tema de la representación estatal en la negociación colectiva

Por parte de los trabajadores, la normativa vigente encomienda el ejercicio del derecho de negociación colectiva con carácter exclusivo al sindicato mayoritario de la repartición,¹²⁴ que debe acreditar su legitimidad mediante certificación expedida por el INAP.¹²⁵

La regulación vigente motiva algunas observaciones que conviene mencionar. En primer lugar, conforme a lo señalado en la Recomendación OIT 159 —sobre relaciones de trabajo en la administración pública— y a los criterios sentados por el CLS-OIT, la atribución de prerrogativas exclusivas para la negociación a un sindicato mayoritario no resulta contraria al derecho de libertad sindical, siempre que tales prerrogativas deriven de la verificación de *criterios objetivos* conocidos por toda organización sindical.¹²⁶ No obstante ello, la normativa vigente parece no atender a tal necesidad, pues no señala si las mayorías exigidas para alcanzar legitimidad de negociación son absolutas o relativas.¹²⁷ De igual forma, a pesar de que se establece que en las reparticiones cuyo número de trabajadores sea menor de veinte se podrá elegir a un delegado que represente a los servidores ante las autoridades públicas, no se prevé la designación de representantes de los trabajadores en las reparticiones en las que no existiesen sindicatos, lo que lejos de constituirse en una medida de fomento, reduce el ejercicio del derecho de negociación colectiva a la necesaria existencia de un sujeto orgánico, cuestión por demás contraria a los lineamientos establecidos por la OIT.¹²⁸

En todo caso, lo importante es señalar que más allá de que las observaciones anotadas no contribuyen a la fijación de pautas claras para la definición de los sujetos de negociaciones, el tema —en cuanto atañe al sujeto sindical— bien puede someterse a los criterios generales de libertad aplicables a las negociaciones colectivas de trabajadores tanto públicos como privados. En principio, no nos

¹²⁴ Artículo 24 del D.S. 003-82-PCM.

¹²⁵ Artículo 15 del D.S. 026-82-JUS.

¹²⁶ OIT. *La libertad sindical: recopilación...*, p. 179.

¹²⁷ Las opciones interpretativas para la atribución de representatividad de negociación pueden conducirnos a determinar como mayoritario al sindicato que afilie el mayor número de trabajadores, o al sindicato que afilie a más de la mitad de los trabajadores con derecho a sindicalización en la respectiva repartición. En todo caso, el CLS-OIT ha señalado que la exigencia de representación de la mayoría de los trabajadores del ámbito no armoniza con el fomento del derecho de negociación colectiva, con lo que exige a los gobiernos a adoptar medidas para que los sindicatos que no representan a la mitad de los trabajadores puedan negociar conjuntamente un convenio colectivo. OIT. *La libertad sindical: recopilación...*, p. 180.

¹²⁸ Aunque la recomendación sobre contratos colectivos de 1951 da preeminencia a las organizaciones de trabajadores, admite —en su ausencia— la presencia de representantes de los trabajadores no agrupados en torno a un sindicato con el fin de hacer posible su derecho de negociación colectiva.

encontramos en este punto frente a factores que ameriten regulaciones enteramente diferenciadas debido a la presencia de un interés público que se deba cautelar o por cuestiones funcionales. Por tanto, nada obsta a que se apliquen algunas de las reglas sobre capacidad, legitimidad y representatividad de las organizaciones de trabajadores establecidas en el ámbito privado.

Por el lado de la organización administrativa, la normativa establece que son sujetos de negociaciones los representantes que designe el titular de cada repartición.¹²⁹ Esta previsión se relaciona con una característica del modelo que, desde una perspectiva funcional, puede influir decididamente sobre el ejercicio del derecho.

En efecto, como ya lo hemos señalado, si alguna característica predomina en el actual modelo normativo con relación a los sujetos de negociaciones, es su extrema dependencia de una estructura descentralizada de negociación. Con un modelo que legitima únicamente la negociación al nivel de repartición, la conformación de organizaciones sindicales y de las representaciones empleadoras se encuentra condicionada de antemano a tal nivel.¹³⁰ Por la parte empleadora, y dado que la negociación compromete solo a la representación de la respectiva repartición, se plantea el riesgo de que la entidad observe una racionalidad negociadora de entero contenido político o clientelar, distante de los criterios técnicos y las previsiones económicas establecidas para ejercicios futuros.¹³¹

En el marco de la normativa vigente, tal riesgo pretendía ser neutralizado con la intervención de una comisión técnica del INAP de no tan equilibrada composición, encargada de dictaminar la adecuación a ley al acuerdo alcanzado por la Comisión Paritaria o, en caso de no existir tal acuerdo, de pronunciarse sobre la viabilidad del pliego de reclamos antes de su remisión al Tribunal Arbitral. Es decir, una comisión técnica, que teóricamente estaba a cargo de un organismo especializado y ajeno a las partes, se encargaba del análisis técnico de la propuesta y de evaluar su ajuste a las previsiones presupuestales, con lo que su intervención se convierte en un requisito ineludible para la eficacia del acuerdo.¹³²

¹²⁹ Artículo 18 del D. S. 026-82-JUS.

¹³⁰ Por la parte laboral es evidente que la centralización de la actividad negociadora, que en algunos extremos demandaría la negociación de ciertas materias —por ejemplo, la salarial en cuanto atañe a cuantías globales o montos básicos de tratamiento presupuestal—, requiere de sujetos que desborden el ámbito de la respectiva repartición y que se proyecten sobre el conjunto de trabajadores públicos.

¹³¹ Y tal riesgo es real en nuestro medio desde que ha sido práctica frecuente de muchos gobiernos el comprometer, con medidas de orientación clientelista, los recursos y las facultades decisorias de gobiernos futuros. Basta recordar la habilitación de una normativa que benefició a muchos trabajadores incorporándolos al régimen cerrado de cesantía del decreto ley 20530 y el nombramiento de muchos trabajadores con contratos de locación de servicios al finalizar los periodos de gobierno y encontrarse próximos los procesos electorales.

¹³² Lo señalado no impide llamar la atención sobre la afectación que a la neutralidad del organismo controlador pueda causar la conformación enteramente unilateral de las comisiones conformadas por el

Aun cuando ha de reconocerse que de haber sido efectivas estas previsiones habrían neutralizado en alguna medida los riesgos de aplicación de una racionalidad enteramente política en la negociación,¹³³ sus consecuencias en la eficacia del acuerdo resultarían poco convenientes. Y es que la aplicación de un mecanismo de control de racionalidad técnica en el resultado de las negociaciones incide de gran forma en la eficacia del acuerdo, que se sujeta a la opinión de un organismo ajeno, y resta certeza y credibilidad al proceso negociador para la parte sindical. Lo propio parecería ser, por tanto, la aplicación de un control de racionalidad sobre la actuación de la parte empleadora —expuesta a criterios enteramente políticos— que armonice con la necesidad de dotar de eficacia directa e inmediata al acuerdo.

La normativa italiana ofrece una propuesta interesante con relación a este tema. La implementación de la Agencia para la Representación Negocial de las Administraciones Públicas (ARAN), organismo de caracterización unitaria y técnica, pretende superar los riesgos de una gestión político-clientelista y garantizar, sobre la base de una representación legal universal para toda la organización administrativa, una tendencial uniformidad en la línea negociadora y en la aplicación de criterios económicos y normativos. En este caso, se armoniza la necesidad de control de racionalidad con la eficacia inmediata de los acuerdos alcanzados, pues estos últimos, adoptados sobre la base de directivas emanadas por la Presidencia del Consejo de Ministros, vinculan directamente a la administración, que debe aplicarlos desde la fecha en que los recibe.¹³⁴

Esta propuesta, sin embargo, debe ser confrontada con nuestra realidad de negociación. Existe, sin duda, una tendencia natural a la centralización de ciertas decisiones,¹³⁵ sobre todo en materia de salarios, dadas las implicaciones anotadas en el parágrafo anterior. La necesidad de coordinar las informaciones sobre las distintas entidades y de controlar la racionalidad del proceso negociador demanda

INAP. Conforme a lo señalado en el Artículo 27 del D.S. 003-82-PCM las Comisiones Técnicas estaban integradas por dos representantes del Ministerio de Economía Finanzas y Comercio, dos representantes del Ministerio de Justicia y dos representantes del Instituto Nacional de Administración pública. Con esta composición quedaba evidenciado el abierto predominio de la parte estatal empleadora y ratificado el hecho reiterado de que el interés de la organización administrativa fluye con mayor facilidad por las instancias encargadas de la fijación de las condiciones de empleo, y se instala con naturalidad en los organismos de control de la actividad de negociación aun cuando se afirme su carácter estrictamente técnico.

¹³³ Recordemos que, posteriormente, la desactivación del INAP trajo consigo la derogación expresa de las normas que establecían la conformación de las comisiones técnicas, con lo que las negociaciones quedaron sin el único control de racionalidad establecido normativamente.

¹³⁴ CARINCI, Franco. *Una reforma abierta: la denominada privatización del empleo público*. Documentación administrativa 250-251. Madrid: INAP, 1988, pp. 85-86.

¹³⁵ POTOBSKY, GERALDO VON. «La negociación colectiva en la administración pública central...», p. 1898.

de un organismo centralizado, neutral y de corte técnico que, para no ir en desmedro de la funcionalidad del propio sistema negociador, garantice de antemano la factibilidad de los términos negociados y de los acuerdos alcanzados. Sin embargo, esta necesidad de aplicar criterios técnicos y económicos, que aconseja la participación de un organismo central, no puede obviar el contenido político de toda negociación —presente incluso en las llevadas a cabo en el ámbito privado— y las particularidades en materia de gestión que presenta cada entidad.

En efecto, al constituirse en un fenómeno que expresa en sí mismo una relación de poder, toda negociación entraña un componente político que se incorpora en diversa medida a la racionalidad de las partes. Si bien es cierto que en el ámbito público estos componentes pueden proyectarse con intensidad y en desmedro de recursos públicos o intereses ciudadanos, lo realmente importante no es negar su presencia, como sí neutralizar su predominio en la definición de una postura de negociación. Esta razón, aunada a la existencia de otras particularidades propias a cada espacio de negociación, hace poco aconsejable dejar completamente la negociación en manos de un organismo técnico centralizado y convierte en imprescindible la presencia de sujetos que expresen la postura particularizada de cada entidad. Lo señalado conduce a considerar como conveniente, en un modelo normativo de negociación, la articulación de una representación empleadora compleja, a cargo de una entidad centralizada, pero que incorpore en cada procedimiento negociador la participación de funcionarios de la entidad o sector emplazado.

3.4.5. La estructura de la negociación

La normativa vigente reconduce la actividad de negociación a un único nivel descentralizado, constituido por la repartición. De acuerdo con lo establecido por el D. S. 003-82-PCM, son reparticiones las entidades constitutivas de los poderes del Estado, gobiernos locales, corporaciones departamentales de desarrollo u organismos regionales de desarrollo, sociedades públicas de beneficencia e instituciones públicas con pliego presupuestal propio, cualquiera sea el origen de sus recursos.¹³⁶ El D. S. 026-82-JUS agrega que también constituyen reparticiones los órganos desconcentrados de las entidades que conforman los poderes del Estado, así como los gobiernos locales que no tengan pliego presupuestal propio y cuya sede se encuentre fuera de la ciudad de Lima.¹³⁷

Evidentemente, la predeterminación heterónoma de la estructura constituye ya un factor de restricción que acentúa el carácter limitativo del modelo y que,

¹³⁶ Artículo 8 del D.S. 003-82-PCM.

¹³⁷ Artículo 2 del D.S. 026-82-JUS.

como hemos anotado, resulta abiertamente contrario al principio de libertad sindical.¹³⁸ Ahora bien, esta reducción parece consecuencia del limitado abanico de materias de negociación admitido por el modelo normativo y de la competencia de cada entidad para disponer de estas. Es decir, el restringido ámbito material de la negociación la reconduce automáticamente a niveles descentralizados en los que cada ente posee competencia para disponer de las posibles demandas de las organizaciones sindicales. Esta simplificación, sin embargo, no resulta del todo armónica.

Por un lado, la existencia de reparticiones sin pliego presupuestal propio hace que la definición de la unidad de negociación no se ajuste enteramente al plano competencial de la entidad. Según el modelo normativo será posible que existan unidades de negociación que por no contar con pliego presupuestal no tendrán capacidad de disposición directa e inmediata sobre las materias demandadas por las organizaciones sindicales. Aunque, dada la amplitud material de la negociación colectiva, no todas las materias demandadas pueden vincularse necesariamente con la capacidad de disposición presupuestaria de la entidad; la mayor parte de estas sí requiere habilitaciones económicas que hagan efectivo su cumplimiento. Por esta razón, la existencia de reparticiones sin pliego presupuestal puede tornar inútil la negociación debido a la incapacidad de disposición del sujeto emplazado o, peor aún, a que los términos acordados finalmente ven condicionado su cumplimiento a la disponibilidad económica de otra entidad.

Por otro lado, la práctica de negociación ha dado cuenta de un constante desborde de los contenidos admitidos normativamente y de la centralización de la actividad de negociación en busca de entes dotados de competencia para resolver nuevas demandas. Una muestra de ello fue la situación de extrema crisis económica de finales de la década de los ochenta, que empujó a las organizaciones de trabajadores a la aglutinación de sus iniciativas de negociación y a conformar en los hechos una estructura de negociación centralizada.¹³⁹

En consideración de estas dos observaciones es necesario redefinir la intensidad y sentido de la regulación sobre la estructura de negociación, y hacerla enteramente compatible con los principios de libertad sindical.

¹³⁸ El CLS-OIT ha establecido reiteradamente que la determinación del nivel de la negociación debe depender de la voluntad de las partes y no debe ser impuesto por la legislación como expresión del principio de negociación colectiva libre y voluntaria. OIT. *La libertad sindical: recopilación...*, p. 184. En el mismo sentido, puede verse la Recomendación 163 que señala que las legislaciones deberán permitir que la negociación colectiva se desarrolle en cualquier nivel, y que corresponde a las partes determinarlo.

¹³⁹ Señala Villavicencio que el ritmo del desarrollo económico incide sobre la estructura de negociación al punto que en momentos de baja del ciclo económico la capacidad de presión de las organizaciones de trabajadores se reduce, requiriendo también el Estado de adoptar medidas de control salarial. Ello determina que los problemas de importancia para los sujetos se trasladen hacia ámbitos mayores. VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. «La estructura de la negociación colectiva...», p. 19.

Como señala Ozaki, en términos generales, el nivel en el cual se fijan las condiciones de empleo depende de la combinación de diversos factores: la estructura de la negociación en el ámbito privado, que suele influir sobre todo en el comportamiento de los sujetos colectivos en el ámbito público; la estructura de la organización administrativa; y, principalmente, la distribución de competencias en los diversos escalones de la organización administrativa.¹⁴⁰ La diversidad de variables en juego evidencia la inconveniencia de definir a priori y con alcance general una estructura enteramente centralizada o descentralizada, pues del mismo modo que la orientación por una completa descentralización estatal se ha convertido en un verdadero principio de la organización administrativa y signo de eficiencia de esta —al desplazar muchas potestades decisorias en materia laboral hacia la periferia—, la custodia de ciertos principios como los de mérito y carrera administrativa, o el tratamiento de los aspectos centrales de los salarios aconsejan un tratamiento homogéneo y, por ende, centralizado de determinadas materias.

Hasta entrada la década de los ochenta la estructura de la negociación se caracterizaba por la descentralización de las potestades organizativas y la centralización de las decisiones en materia remunerativa. Hoy asistimos a un panorama diferente, que reserva a niveles centralizados algunas competencias decisorias en materia presupuestal. Ciertamente, la reserva de estos aspectos y de otros relativos a la gestión de personal directamente conectados a los principios de mérito y carrera profesional —mecanismos de ingreso, sistemas de promoción, estructura de la carrera, movilidad geográfica, etcétera— invita a la centralización de la actividad de negociación ajustada, para el caso de los temas remunerativos, a los plazos presupuestales. Ello, como advierte Ozaki, armoniza plenamente con las demandas de países en desarrollo de afrontar la crisis económica a través de la centralización del tratamiento de materias de incidencia directa sobre el gasto público.¹⁴¹ No obstante, nada impide que, sobre la base de la real diversidad de la organización administrativa, las potestades descentralizadas o los espacios de decisión derivados normativamente a cada entidad administrativa puedan constituirse en materia de negociación en el respectivo ámbito, cuidando su adecuación a los criterios generales que inspiran a la organización administrativa y a los parámetros presupuestales, pero sin que la falta de previsión debida pueda justificar el incumplimiento de los compromisos asumidos.

Como es fácil apreciar, hablamos de una estructura de negociación conformada básicamente de acuerdo con el reparto de competencias decisorias apreciado en el ordenamiento jurídico administrativo, que conduciría a un *modelo articulado*, acorde con la necesidad de armonizar los criterios de negociación en los niveles

¹⁴⁰ OZAKI, Muneto. «Relaciones de trabajo en...», p. 321.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 323.

centralizados y descentralizados. Lo importante aquí es considerar que del mismo modo que la centralización extrema no armoniza en algunos extremos con las necesidades de modernización y flexibilidad en la gestión pública, la disgregación y el aislamiento que generan una descentralización descontrolada tampoco contribuyen a la conformación de una estructura coherente que atienda a un buen desarrollo de la función administrativa.¹⁴² En todo caso, la predefinición normativa hace poco aquí frente a la racionalidad de los sujetos en la negociación y frente a la lectura que realizan de las condiciones del contexto en el que plantean sus reivindicaciones. Lo más aconsejable, por tanto, es brindarles la posibilidad de definir en condiciones de libertad el nivel de la negociación, sin dejar de ofrecer alternativas (por ejemplo, a través del establecimiento de unidades apropiadas de negociación o de criterios de articulación) para un ejercicio eficiente de la actividad negociadora.

3.4.6. El procedimiento de negociación

El diseño normativo del procedimiento se caracteriza, en primer lugar, por su ajuste a los plazos de elaboración del presupuesto público, con el objeto de que las condiciones de trabajo negociadas cuenten con la respectiva previsión presupuestal. Se prevé para estos efectos que la negociación se inicie con la presentación del pliego por parte del sindicato mayoritario de la entidad, cuyo plazo no puede exceder el 31 de marzo de cada año,¹⁴³ y que el producto de negociación recién surtirá efecto al año siguiente del inicio de las negociaciones. Esta previsión nos parece sumamente acertada pues el tratamiento de ciertas materias no resulta incompatible con la dinámica presupuestal y requiere, únicamente, ciertos ajustes en el procedimiento de negociación que lo hagan compatible con el proceso de elaboración del presupuesto público. Y, justamente, en tanto se trate de una negociación centralizada que abarque materias con incidencia en la Ley de Presupuesto, el procedimiento deberá ajustar sus plazos a los de formulación presupuestaria en cada pliego; sin perjuicio de que determinadas materias de tratamiento imprevisto o poco vinculadas a las previsiones presupuestales puedan dar lugar a negociaciones complementarias más allá de las fechas fijadas.

En segundo lugar, se configura un modelo de conflicto cerrado, cuyo fundamento se encontraría en la extrema importancia que la atención permanente y continua de los servicios públicos reviste para la ciudadanía. La normativa vigente prevé que en caso de no arribarse a un acuerdo o de no recogerse las observaciones de la Comisión Técnica, todo lo actuado será remitido a un Tribunal Arbitral

¹⁴² VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. «La estructura de la negociación colectiva...», p. 24.

¹⁴³ Artículo 17 del D. S. 003-82-PCM.

conformado por cinco miembros: dos designados por el sindicato mayoritario, dos por el titular de la repartición y uno de mutuo acuerdo entre las partes.¹⁴⁴ Al conocer el pliego de peticiones, el tribunal deberá emitir el respectivo laudo hasta el tercer día de instalado. Este tendrá carácter de cosa juzgada, siendo de obligatorio cumplimiento para las partes.¹⁴⁵ En otros términos, se conforma un sistema de arbitraje obligatorio —al margen de si la negociación involucra a entidades prestadoras de servicios esenciales— que descarta el ejercicio del derecho de huelga como mecanismo de presión al interior del procedimiento, y lo relega a la fase de postnegociación como simple mecanismo de denuncia frente a incumplimientos.

La posibilidad de introducir el arbitraje en el marco del procedimiento negociador en el empleo público ha sido cuestionada casi en los mismos términos que la negociación colectiva. Se ha señalado, por ejemplo, la incompatibilidad de tal institución con el poder soberano o la imposibilidad de renunciar en favor de un tercero a la facultad de fijar las condiciones de empleo.¹⁴⁶ Esta objeción, sin embargo, carece de consistencia desde que se fundamenta en una concepción autoritaria, que desconoce que no existe vinculación alguna entre la noción de soberanía y los actos de gobierno en la relación de empleo público, lo que compromete el ejercicio de derechos fundamentales de los trabajadores.

En cambio, una objeción que se debe considerar es aquella que señala que el arbitraje puede provocar pereza o resistencia en la negociación colectiva, al brindar la posibilidad de que algún sujeto confíe más en la obtención de mayores ventajas a través del arbitraje.¹⁴⁷ Esta observación puede ser matizada con otra referida a la posibilidad de que la intervención de un tribunal arbitral normativo y obligatoriamente previsto conforme, más que un mecanismo de prevención del conflicto, una técnica de intervencionismo público para poner fin al procedimiento de negociación colectiva o restarle importancia.

Indudablemente, un sistema de arbitraje obligatorio como el impuesto por la legislación vigente hace patentes los riesgos anotados y puede por ello mermar el ánimo negociador de los sujetos, lo que resulta adverso para una actitud de fomento de la negociación colectiva. En este sentido se ha pronunciado el CLS-OIT en más de una oportunidad, al considerar el arbitraje obligatorio como atentatorio contra el principio de negociación libre y voluntaria, aunque lo admite únicamente respecto de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado, en los servicios esenciales o en caso de crisis nacional aguda.¹⁴⁸

¹⁴⁴ Artículos 29, 30 y 31 del D. S. 003-82-PCM.

¹⁴⁵ Artículo 32 del D. S. 003-82-PCM.

¹⁴⁶ ACKERMAN, Mario. «Propuesta para una modernización y democratización del sistema de relaciones laborales en el Sector Público en Argentina». *Derecho Laboral*, n.º 147, Montevideo, 1987, pp. 534-552.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 74.

¹⁴⁸ OIT. *La libertad sindical: recopilación...*, p. 118.

A esta objeción se suma la que observa en los sistemas de arbitraje obligatorio serias limitaciones al ejercicio del derecho de huelga. Aunque no es materia central del presente trabajo, consideramos necesario señalar, junto con Ortega, que como derecho fundamental destinado a dotar a los ciudadanos de un instrumento jurídico apto para remover la desigualdad social efectiva apreciada en la relación de empleo, la huelga no puede ser sometida a limitaciones subjetivas o materiales y, menos aún, a concepciones autoritarias como las que muchas veces en nuestro medio ha constituido a la organización administrativa, no como sujeto económico comprometido en un conflicto laboral, sino como autoridad con capacidad para aprobar o desaprobar el ejercicio del derecho.¹⁴⁹

Al margen de estas consideraciones básicas, y en lo que atañe al específico punto planteado, la doctrina se ha pronunciado en forma unánime por la estrecha vinculación que existe entre los derechos de negociación colectiva y huelga, al señalar que la negociación colectiva conforma un «elemento imprescindible para la reconocibilidad del derecho de huelga, sin el cual este se desnaturalizaría».¹⁵⁰ Por esta razón, atenta contra el contenido esencial de este derecho cualquier previsión que excluya toda posibilidad de ejercerlo como mecanismo de presión en favor de la postura de negociación o de la celebración de un acuerdo.

Evidentemente, la postura restrictiva de nuestra normativa se fundamenta en el establecimiento de una errónea identidad entre servicio público y servicio esencial —que según la doctrina de la OIT sí admite restricciones del tipo imposición de arbitraje obligatorio—, identidad negada por la simple constatación del desarrollo de muchos servicios esenciales por empresas privadas. Ciertamente, no todo desarrollo del servicio público constituye un servicio esencial, pues al considerar que la perspectiva adecuada para la definición de tal concepto sitúa el enfoque en el usuario y no en la entidad prestadora, concluimos fácilmente que no todas las actividades desplegadas por la organización administrativa ponen en peligro bienes, intereses, libertades o derechos constitucionalmente protegidos. El énfasis de una medida limitativa, por tanto, debe recaer en el ejercicio del derecho de huelga por un trabajador, sea este público o privado, cuya labor entrañe la prestación de un servicio esencial.

¹⁴⁹ Esta lógica autoritaria, sin embargo, es la que preside la redacción del artículo 86 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo que, luego de señalar que el ejercicio de derecho se sujeta a las normas contenidas en dicho cuerpo normativo, agrega que «la declaración de ilegalidad de la huelga será declarada por el sector correspondiente». Al amparo de este precepto en innumerables disposiciones —sobre todo en el ámbito de los gobiernos locales—, la propia entidad en conflicto se ha irrogado la potestad de declarar la improcedencia o ilegalidad de la medida de presión incoada por su contraparte. Puede verse, entre otras, la Resolución Ministerial 047-96-SA/DM, publicada el 23 de enero de 1996; la Resolución de Alcaldía 140-2001-MDC, publicada el 20 de junio de 2001; Resolución de Alcaldía 565-2002-AL-MDSMP, publicada en 7 de marzo de 2002.

¹⁵⁰ ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. *Los derechos sindicales de...*, p. 182.

Aunque se trata de una discusión compleja, consideramos necesario advertir, como lo hace Ortega, que la proyección del derecho de huelga y la imposibilidad de establecer mecanismos de arbitraje obligatorio dependerán en gran medida de la definición concreta de lo que son servicios esenciales. En la actualidad, el recurso a diversas modalidades de ejercicio del derecho de huelga reduce cada vez más la noción de *servicio esencial*, lo que hace impropia una definición a priori de los mismos o la exclusión de algunas categorías de trabajadores de la titularidad del derecho. La posibilidad de recrear medidas que, manteniendo un importante nivel de presión contra el empleador, no afecten los bienes y derechos constitucionalmente protegidos o reduzcan sustancialmente el daño que se pretende evitar con las restricciones al derecho hace pensar en lo inadecuado de establecer restricciones que impliquen la exclusión de determinadas entidades o grupos de trabajadores de su ejercicio.¹⁵¹

Volviendo al punto central, es imprescindible articular un modelo que fomente la negociación colectiva y los mecanismos de solución pacíficos y voluntarios del conflicto colectivo, pero se trata también de posibilitar al máximo, y con la sola restricción de los servicios esenciales, el ejercicio del derecho de huelga de los trabajadores públicos cuando así lo decidan sus organizaciones sindicales.

3.4.7. El producto de negociación: naturaleza y efectos

La normativa vigente prevé dos posibles productos derivados del procedimiento de negociación: el acuerdo de partes, que de no ser observado por la Comisión Técnica deberá ser aprobado por el titular de la repartición; y el laudo emitido por el Tribunal en arbitraje obligatorio, que «tendrá carácter de cosa juzgada siendo de obligatorio cumplimiento».¹⁵²

Más allá de estas previsiones, son inexistentes las menciones normativas a la naturaleza del producto de negociación y a sus efectos. Un primer tema que se debe resolver es si el producto de negociación constituye propiamente un *convenio colectivo*. Sin duda, la omisión de dicho término en las normas reguladoras del procedimiento de negociación, la cuidadosa denominación de pliego de *peticiones* a la propuesta sindical¹⁵³ y las menciones continuas a la expedición de una resolución administrativa por el titular del pliego para dotar de eficacia a lo pactado, pueden dar lugar a fundadas dudas sobre el tema. Es más, alguna interpretación de esta normativa podría conducirnos a pensar más en un procedimiento de tipo administrativo, en el que la parte estatal —dotada de capacidad resolutoria— es motivada por un pedido de parte a hacer efectivo el ejercicio de una potestad

¹⁵¹ *Ibid.*, pp. 130 y ss.

¹⁵² Artículos 28 y 32 del D. S. 003-82-PCM.

¹⁵³ Artículo 24 del D. S. 003-82-PCM.

unilateral. Con ello, la negociación constituiría solo una estación dialogada en el proceso de conformación de la voluntad de la administración (residente en la resolución administrativa) y el acuerdo en sí mismo carecería de valor alguno, asumiendo el valor de un simple *compromiso político* sin ninguna eficacia vinculante para la organización administrativa.

Sin embargo, de acuerdo al criterio rector establecido en la Recomendación OIT 91, diversos factores como el carácter colectivo de los sujetos que intervienen, las materias abordadas y el simple dato de encontrarnos frente al ejercicio de los derechos de libertad sindical determinan que los acuerdos escritos alcanzados revistan indudablemente el carácter de convenios colectivos. De no ser así, se trataría más bien de un mecanismo de participación en la formulación de decisiones administrativas y no propiamente del ejercicio del derecho de negociación colectiva.¹⁵⁴ Por lo demás, el sujeto sindical y la propia organización administrativa concurren, como consecuencia del reconocimiento de sus intereses conflictuales, en paridad de condiciones. De este modo, expresan su postura y voluntad en forma autónoma, tal y como sucede con cualquier otro sujeto en ejercicio de sus derechos colectivos.¹⁵⁵ En suma, se trata indudablemente de un ejercicio de negociación cuyo producto, tal como lo ha venido reconociendo implícitamente nuestra magistratura, no puede ser otro que un convenio colectivo.

Ahora bien, dado que nuestra Constitución no establece mayores distingos, corresponde atribuir a tales productos la «fuerza vinculante» que el artículo 28 del texto constitucional predica de los convenios colectivos, lo que equivale, por un lado, a reconocer —como la mayor parte de la doctrina lo acepta— el carácter de norma jurídica del producto de negociación; y, por otro, a sostener que la eficacia

¹⁵⁴ Se sostiene, sobre la base de esta postura, que los acuerdos alcanzados tienen carácter reglamentario, pues son el recipiente de la voluntad de la organización administrativa. Se trataría bajo esta óptica de *reglamentos negociados*, en los que la negociación se convierte en fase esencial para la regulación de las condiciones de trabajo que hacen ineficaz cualquier regulación que pretenda prescindir de ella. GÓMEZ CABALLERO, Pedro. *Los derechos colectivos...*, p. 312. En el mismo sentido, para Gómez Caballero y Del Rey Guanter, el acto de aprobación, a la vez que ejercicio de una potestad discrecional de la administración —que no por ello puede tornarse en arbitrario—, implica la vinculación de la administración a los términos del acuerdo y sin ese requisito el acuerdo carece de fuerza para obligar. Ello debido a que la eficacia del convenio depende finalmente de la potestad reglamentaria y no de la autonomía colectiva. Puede verse: GÓMEZ CABALLERO, Pedro. *Los derechos colectivos...*, p. 335; DEL REY GUANTER, Salvador. *Estado, sindicatos y relaciones colectivas en la función pública*. Madrid: INAP, 1986 p. 148. Como señala Del Rey, como consecuencia natural de esta afirmación, sería dable admitir la posibilidad de que la administración cambie o desconozca lo acordado con los efectos perjudiciales que ello implica para la credibilidad y efectividad del proceso negociador. Es más, considerar que la eficacia de lo acordado deriva del acto de aprobación por resolución administrativa implica que el canal de impugnación de las medidas adoptadas o de los incumplimientos sucedidos sea el contencioso administrativo y no el laboral como corresponde a los productos derivados de la autonomía colectiva.

¹⁵⁵ ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. *Los derechos sindicales de...*, p. 247.

del acuerdo solo puede provenir de la concurrencia de voluntades de las partes y no de acto administrativo posterior. Esto último, sin embargo, parece verse contradicho por la lógica del sistema vigente, en la que los efectos del producto se encuentran condicionados a la expedición de una *resolución aprobatoria* por parte de la entidad empleadora. Conviene, por tanto, detenerse en la determinación de la naturaleza de tal acto y en la conveniencia de su regulación en una futura norma.

Algunos sostienen que la fijación de controles previos o procedimientos de aprobación instrumentales a las exigencias presupuestales consiste en una singularidad de la negociación colectiva de los trabajadores públicos, derivada de la observancia del principio de legalidad y jerarquía.¹⁵⁶ Siguiendo a Von Potobsky, para nosotros es necesario distinguir entre la existencia de límites financieros que generan mecanismos de verificación de la legalidad del Convenio y la imposición de un procedimiento administrativo de aprobación como requisito previo para su ejecutoriedad.¹⁵⁷

Lo primero podría resultar admisible —eso lo veremos seguidamente— solo si el proceso de negociación en sí mismo no entrañara alguna suerte de control de legalidad y oportunidad del pacto, cuestión que según los lineamientos que hemos establecido no resulta necesaria, puesto que la participación de un ente central con intervención de funcionarios de la propia entidad o sector emplazado garantizaría la legalidad y oportunidad de los términos acordados. Es decir, según los lineamientos que proponemos, la eficacia automática del Convenio se desprende directamente no solo de la fuerza vinculante que le atribuye la Constitución, sino del hecho de haber sido concluido con la participación de una agencia central revisora de la legalidad formal y material del propio proceso de negociación. Por otro lado, lo segundo resultaría inadmisibile desde todo punto de vista, pues contradice los criterios sentados por el CLS-OIT en el sentido de que los mecanismos de aprobación u homologación administrativa de convenios colectivos resultan contrarios al principio de negociación libre y voluntaria.¹⁵⁸

Por lo tanto, si queda descartado que los acuerdos carezcan de valor jurídico resulta muy discutible aceptar que su eficacia derive de un acto de imperio de la organización administrativa, ¿cuál es entonces la naturaleza del acto de aprobación establecido en la normativa vigente?

Muchas han sido las interpretaciones dadas a los actos posteriores de la administración en el marco de los procedimientos de negociaciones. Una de ellas, que parece ir de la mano con la redacción dada al artículo 29 del D. S. 003-82-PCM,

¹⁵⁶ CAVAS MARTÍNEZ, Enrique. «Leyes de presupuesto e intervencionismo estatal en la negociación colectiva del sector público». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 16, Madrid, 1992, p. 30.

¹⁵⁷ POTOBsky, GERALDO VON. «La negociación colectiva en la administración pública central...», pp. 1902-1904.

¹⁵⁸ OIT. *La libertad sindical: recopilación...*, pp. 187 y ss.

refiere a este acto no como un hecho de homologación sino como uno de obligatoria realización para el perfeccionamiento de la voluntad de la organización administrativa. Esta noción tiene asidero en la distinción, citada por Ortega, entre las formas de contratación de la administración pública. Señala el mencionado autor que, a diferencia de los contratos cuyo objeto es público y en los que la administración posee en exclusiva capacidad de disposición, existen contratos cuyo carácter público no viene determinado por el objeto sino por la participación de la organización administrativa, lo que determina que la eficacia del contrato (derivada de su suscripción) quede suspendida hasta su validación por el órgano de control —financiero en este caso— de la propia administración.¹⁵⁹ Se trataría de supuestos en los que la eficacia derivaría del convenio colectivo, pero no de forma inmediata sino mediata, pues sería necesaria una actuación administrativa de obligada realización: la emanación del acto administrativo que reactive la eficacia del convenio.

Como señala Racciati, esta postura es similar a la recogida en legislaciones como la italiana, que condiciona la eficacia del convenio a su autorización posterior por la autoridad administrativa, pero matizan el procedimiento con una previsión de aprobación ficta del Convenio una vez transcurrido un plazo perentorio atribuido a la organización administrativa para su pronunciamiento. En este caso, para el citado autor, los plazos perentorios y las aprobaciones de tipo ficta, en caso de no pronunciamiento expreso, otorgan una notable agilidad al mecanismo de contratación y aseguran los efectos directos del convenio.¹⁶⁰

Consideramos que dado el sentido imperativo del texto del artículo 29, esta última interpretación atribuida al acto de aprobación es la única que ajustaría la regulación existente con la eficacia vinculante atribuida al Convenio Colectivo por nuestro texto constitucional. Por ende, la aprobación administrativa del convenio no redundaría en su eficacia, resultando impensable la negativa de la organización administrativa a efectuarla. Sin embargo, lo señalado no nos impide advertir que aun cuando puedan resultar admisibles, estos mecanismos de aprobación posterior no dejan de ofrecer serias dudas derivadas de las concepciones publicistas que les dan origen. Nos encontramos frente a categorías de derecho administrativo que no logran desprenderse del todo de la noción de supremacía y que, por esta razón, se muestran ajenas a la lógica conflictual de las relaciones laborales. La ingeniosa salida diseñada por la normativa italiana no es más que un ajuste de dichas instituciones a los parámetros de un modelo de Estado social.

¹⁵⁹ ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. *Los derechos sindicales de...*, p. 293.

¹⁶⁰ RACCIATI, Octavio. «Los efectos jurídicos de los convenios colectivos en la administración pública». En Instituto de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. *Siete estudios de derecho colectivo del trabajo*. Montevideo: FCU, 1994, pp. 78-79.

En todo caso, insistimos en que este esquema —y las dificultades que conlleva— se justifica en tanto el propio proceso negociador no involucra en sí mismo la participación técnica y controlada de la representación de la administración pública. Sin embargo, según los lineamientos que proponemos, este riesgo se hallaría cubierto por la especial articulación dada a la representación de negociación de la organización administrativa y, por tanto, nada obstaría a reconocer, en la línea de los preceptos constitucionales, la eficacia directa e inmediata de los convenios colectivos.

Cuestión distinta de la que acabamos de revisar, pero estrechamente vinculada a ella, es la de la eficacia personal de los acuerdos. En este punto, puede cobrar algún sentido la necesidad establecida de expedición de un acto administrativo posterior a la culminación del acuerdo de partes.

Como sabemos, la eficacia general o la eficacia limitada de los convenios colectivos constituyen supuestos admitidos por la ley de relaciones colectivas en el ámbito privado. Según esta norma, la eficacia general deriva de la verificación de criterios de representatividad de modo tal que los alcances generales de un convenio y su proyección, incluso sobre los trabajadores no sindicalizados, deriva de su celebración por un sindicato mayoritario. Tal previsión admite, aunque no sea lo más eficiente, la existencia de convenios de eficacia limitada —aquellos celebrados por sindicatos minoritarios— y, por tanto, la regulación diferenciada de condiciones de trabajo en un ámbito determinado. Conviene analizar si tal lógica resulta acorde con las particulares formas de organización administrativa, dado que los criterios de eficiencia —que parecen ser propuestos en aras de la libertad para negociar acuerdos en el ámbito privado— pueden vincularse a principios de la organización administrativa considerados de interés público.

En efecto, un importante sector de la doctrina sostiene la necesidad de que en el ámbito de la administración pública el producto de negociación tenga siempre efectos generales dada la necesidad de garantizar niveles mínimos de igualdad y homogeneidad en el tratamiento de las condiciones de empleo. Ortega abunda en esta necesidad al señalar que «en el ámbito del empleo público la contratación colectiva tiene una clara finalidad extensiva, en cuanto se concibe como instrumento de superación de desigualdades de cada sector».¹⁶¹ Por tal razón, los efectos generales se desvincularían de los criterios de representatividad y mayoría para derivar del acto aprobatorio que generaliza su aplicación en el ámbito de negociación.¹⁶²

¹⁶¹ ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. *Los derechos sindicales de...*, p. 293.

¹⁶² Puede verse las reflexiones aportadas sobre la base de la normativa española por ROQUETA BUJ, Remedios. *La negociación colectiva...*, p. 410; y MONTORO CHINER, María. «Para la reforma del empleo público: nueve proposiciones». *Revista de Administración Pública*, n.º 136, Madrid, 1995, p. 196.

Es decir, la eficacia general resultaría de la actuación de una potestad propia de la administración, la de regular la situación laboral de sus empleados, y de la necesidad de custodiar la derogación singular de sus mandatos generales.

Concordamos con Ortega en la necesidad de garantizar ciertos márgenes de igualdad en la regulación de las condiciones de empleo, en función de lo que reconocemos como una conexión entre una regulación homogénea y el desarrollo eficiente de la función administrativa. Sin embargo, no encontramos una vinculación necesaria entre el objetivo descrito y la expedición de un acto aprobatorio de fuente administrativa. La eficacia general puede derivar también de la aplicación de criterios de representatividad por afiliación mayoritaria, con lo que se pueden armonizar las necesidades de la organización administrativa con las funciones que la atribución de ciertas prerrogativas a los sindicatos representativos cumple normalmente. Resta, únicamente, solucionar el problema de la ausencia de sindicatos mayoritarios o de falta de acuerdo entre las organizaciones sindicales minoritarias existentes para lograr mayoría. En supuestos como este, el hacer residir la capacidad de dotar al acuerdo de eficacia general en un acto de autoridad puede resultar, en alguna medida, funcional, pero mayor legitimidad alcanzaría la habilitación de mecanismos que, sobre la base de criterios objetivos de fácil verificación y control, garanticen de algún modo la identificación de los reales intereses de la categoría.¹⁶³

En suma, desde una perspectiva desprovista de patrones unilaterales, la funcionalidad del acto aprobatorio queda negada o, por lo menos, sensiblemente minimizada, con lo que parece más acorde con los preceptos constitucionales y con la lógica democratizadora desprendida de estos, el atribuir naturaleza convencional y eficacia directa al acuerdo alcanzado y derivar la necesaria eficacia general de tal instrumento, cuyos criterios sirven para armonizar las necesidades de la organización administrativa con la representación de los verdaderos intereses de los trabajadores en un ámbito determinado.

Finalmente, en lo que respecta al laudo arbitral, y situados en la óptica que reduce el arbitraje obligatorio a los servicios esenciales y lo admite voluntariamente para todo lo demás, nada obsta a que su eficacia y efectos sean asimilables, tal como lo señala la LRCT, a los del convenio colectivo.

¹⁶³ Piénsese para este supuesto, por ejemplo, en la habilitación de mesas de negociación o en mecanismos electorales que garanticen la representación de los intereses de categoría.

CONCLUSIONES

EL MANTENIMIENTO o la legitimación de una lógica unilateral del Estado en lo que se refiere a la relación laboral de empleo público incide de gran forma en el entramado de relaciones sociales, pues el autoritarismo que entraña hace inefectiva la ciudadanía plena de gran número de trabajadores y posterga la efectividad del valor *democracia*, factor de garantía en la conformación de toda relación de poder. Es justamente el destierro de toda postura autoritaria en este ámbito y la consecuente implantación de mecanismos democratizadores como la negociación colectiva lo que han motivado la realización de este trabajo.

La concepción de Estado —o, más propiamente, su interrelación con la sociedad civil— ha modelado las características de la organización administrativa, lo que influye no solo en su estructura sino en los mecanismos de gobierno de la relación de empleo público. La noción liberal del Estado y las demandas planteadas por el naciente capitalismo industrial determinaron la superación del inicial *sistema de confianza política*, basado en la libre designación y remoción en el empleo, y produjeron la conformación de una lógica autónoma para la regulación de la relación de empleo público con sustento en las categorías del derecho administrativo.

La *tesis estatutaria*, cobertura jurídica brindada por el derecho administrativo a la relación de empleo público, se asentó en dos postulados fundamentales: la unidad de la organización administrativa determinada, al margen de su diversidad o amplitud orgánica, por el desarrollo exclusivo de la sacralizada *función administrativa*; y la rigidez externa e interna, necesaria en relación con la calidad de los valores puestos en juego con el desarrollo de la actividad funcionarial.

La rigidez externa estatutaria consistente en el establecimiento de un sistema de ingreso sometido a los criterios de mérito y capacidad, y de un sistema de extinción de la relación jurídica solo por causa objetiva establecida en la ley tuvo por finalidad garantizar la efectividad del principio de igualdad en el acceso a los cargos públicos, y la imparcialidad y la especialización del dependiente en el desarrollo de su actividad laboral. La instrumentación de estos mecanismos de acceso y extinción, lejos de importar para el trabajador estatal la postergación o minoración de los derechos y garantías personales, conformó un plus de protección laboral que incluso, en la actualidad, armoniza de modo eficiente el cumplimiento de los

derechos fundamentales de los trabajadores públicos con la custodia de los valores perseguidos por la organización administrativa.

La rigidez interna, en cambio, determinó la primacía de la voluntad unilateral de la organización administrativa en la constitución de la relación de empleo (nombramiento) y en la determinación de su contenido —regulación exclusiva por ley y reglamento—. No obstante encontrarse justificada inicialmente por la necesidad de desterrar —a través de la implementación de una regulación objetiva y despersonalizada de la prestación de servicios— toda posible arbitrariedad en el manejo de la relación de empleo, la rigidez interna derivó finalmente en un unilateralismo autoritario que acentuó el desequilibrio entre trabajador público y Estado-empleador.

Pero ni la necesidad de garantizar la imparcialidad y especialización del dependiente estatal ni lo imprescindible que pueda resultar la articulación de una regulación objetiva que elimine todo riesgo de arbitrariedad conllevan la absoluta primacía de la organización administrativa en la constitución de la relación de empleo y la determinación de su contenido. Si bien, en el momento de la conformación y consolidación de la tesis estatutaria, la norma estatal aparecía como el único mecanismo apto para desplegar una regulación objetiva y homogénea, después como consecuencia de la constante reducción del ámbito de la reserva de ley y del despliegue de su actividad como organismo técnico de consulta, la organización administrativa ha ido influyendo desmedidamente en la conformación del marco institucional, y lo ha moldeado conforme a su concreto interés de parte en la relación de empleo. Esta alta capacidad de injerencia de la parte empleadora contrastó con la nula capacidad del dependiente estatal de influir en la constitución del vínculo laboral y en la fijación de sus condiciones de empleo. La pervivencia de una lógica simbólica de supremacía expresada por el acto de nombramiento, el marco de proscripción de toda actuación colectiva característica al sistema liberal y, sobre todo, las dificultades de los dependientes estatales para identificar y ser portadores de un interés propio y contradictorio contribuyeron a consolidar el desequilibrio de las partes en la relación de empleo y a forjar una forzada y falsa identidad entre tesis estatutaria y regulación unilateral.

La postura de la tesis estatutaria unilateral frente a los derechos colectivos deriva de su propia justificación dogmática. La rigidez interna reduce el conflicto inmanente de toda relación de trabajo subordinado con el argumento de que tanto la organización como el trabajador persiguen, a través de la relación jurídica de empleo, una finalidad superior y común: la realización del interés público. Se conforma, por tanto, un estado de sujeción necesario y un desequilibrio de poderes deseable con relación a la consecución de tal cometido. Si por efecto de la alegada primacía de la voluntad estatal, portadora inequívoca de intereses públicos, la negociabilidad de la relación jurídica en el ámbito individual se encuentra negada a priori, cualquier intento de negociación llevado a cabo por un colectivo

representativo de algún interés sectorial también se encuentra proscrito. Obsérvese, sin embargo, que la rigidez interna de la tesis estatutaria no desconoce la existencia de un interés contrapuesto; por el contrario, parte de su reconocimiento para estructurar, en función de determinados postulados del derecho administrativo, una lógica destinada a su postergación y reducción en favor de un interés considerado superior.

El modelo de Estado social y democrático determinó un giro en la concepción de la relación de empleo público. Los postulados que propugna en los planos político, económico y jurídico impusieron como nuevo factor de legitimación una importante dosis de intervencionismo estatal en favor de la implantación —en el ámbito real— de los derechos fundamentales. Ello colocó a la organización administrativa en un rol protagónico y determinó su inusitado crecimiento. La incorporación masiva de dependientes de distinta extracción social y su consecuente asalarización determinaron la progresiva transformación del modelo sociológico del empleado público, que se hacía así más próximo al modelo humano situado en la base misma del derecho del trabajo. No tardó en ser fácilmente identificable una posición jurídica y social del trabajador público distinta a la de la organización administrativa. La doctrina laboral contribuyó de modo decisivo en este proceso, pues llamó la atención sobre la posición conflictual del trabajador estatal en una relación de intercambio trabajo-salario, e invocó la necesidad de conformar un contrato especial dentro de una normativa genérica («derecho general del trabajo») integrada por los principios laborales de fuente constitucional, aplicables a toda relación jurídica en la que se verifique, de hecho y al margen de cualquier consideración formal, la presencia de los elementos que caracterizan al contrato de trabajo.

Acompañó, al interés en el tema manifestado por la doctrina de derecho laboral, un proceso de progresiva laboralización de la relación de empleo público que, en un primer tramo, supuso un marcado intercambio institucional entre el derecho del trabajo y el régimen de empleo público regulado por el derecho administrativo. Este proceso, sin embargo, no significó una alteración sustancial de la lógica unilateral autoritaria, pues solo se consideró admisible la aplicación de algunas instituciones laborales, previo sesgo de sus elementos de signo democratizador. Prueba de ello fue la proyección plena de algunos derechos individuales laborales y la proyección severamente limitada de las instituciones del derecho colectivo. No obstante esto, este proceso laboralizador acabó demostrando que, si bien en sus primeras expresiones las normas constitucionales del trabajo y la propia disciplina laboral estuvieron dirigidas a la tutela de un sujeto inmerso en una relación de entre privados, luego ambas —las normas constitucionales y disciplina laboral— han demostrado su capacidad de proyección sobre toda relación en la que un estado de sujeción sostenido haga necesaria la aplicación de una lógica protectora de doble vertiente: estatal y autónoma colectiva. A pesar de lo señalado, si se

reafirma que toda actuación desplegada por la organización administrativa o todo vínculo jurídico entablado por esta encarna un interés público, la tesis estatutaria unilateral opone una tenaz resistencia al influjo del derecho del trabajo y mantiene las inusuales y excesivas prerrogativas que como empleadora le brinda un régimen de derecho administrativo.

Hemos de considerar, sin embargo, que la noción de interés público particulariza válidamente la Administración Pública —al brindarle prerrogativas inusuales— únicamente cuando el objeto de la relación jurídica lo constituya la actuación directa de tal interés. Es errado sostener que existe una identidad necesaria o absoluta entre interés público y organización o actuación administrativa, con lo que es posible que determinada actuación o relación jurídica en la que interviene la administración pública no encarne un interés público o, incluso, que determinados intereses mantengan su carácter público, no obstante ser realizados por organizaciones privadas. Como vemos, la aplicación de un régimen de supremacía estatal deriva del objeto de la relación jurídica y no de la presencia de la organización administrativa como contraparte.

Se reconoce en la Administración Pública una faceta institucional definida por su condición de poder público y ente realizador de los intereses generales. En las relaciones jurídicas articuladas en torno a tal faceta es indudable la actuación directa de un interés público que justifica la aplicación de los principios del derecho administrativo. Pero también es identificable una faceta en la que la Administración Pública, como cualquier otra organización, satisface las necesidades de articulación y desarrollo de sus elementos materiales y personales. Las relaciones jurídicas entabladas en torno de esta faceta tienen como objeto directo la realización de intereses en esencia idénticos a los de otras organizaciones no públicas, y deben someterse a la normativa y a los principios que el ordenamiento prevé para tales situaciones. Justamente, la relación de empleo público confirma el razonamiento efectuado, pues en esta relación el objeto e interés directo de la organización administrativa no es otro que el de proveerse de servicios personales y subordinados, lo que obliga a aplicar la normativa y los principios del derecho laboral.

Lo señalado no implica desconocer que esta faceta organizacional, en cuanto atañe a la relación de empleo, pueda verse particularizada en algunos extremos por la proyección de determinados intereses públicos, sin que estos se conviertan en el objeto de la relación jurídica. Es el caso de la rigidez externa que, debido a las necesidades de democratización de las estructuras administrativas y de profesionalización e imparcialidad del dependiente estatal, somete el acceso a los principios de mérito y capacidad; y la extinción de la relación laboral, a un sistema de causalidad objetiva. Será el caso también del ejercicio del derecho a la negociación colectiva que ve modalizados algunos de sus componentes con el objetivo de armonizar con otros valores constitucionalmente tutelados. Lo importante es reafirmar que, en ningún caso, la proyección de tales intereses públicos

alcanza a excluir la aplicación de la disciplina laboral, a justificar un estado de sujeción ausente de garantías y menos a limitar la eficacia de los derechos fundamentales.

En nuestro ordenamiento jurídico, las fórmulas concretas de organización del empleo público apreciadas durante el siglo XIX no llegaron a conformar un sistema que pueda catalogarse de estatutario. Aun cuando se aprecian dispositivos que pretenden establecer un sistema de acceso en condiciones de igualdad —basado en la exclusiva aptitud del postulante o de estabilidad en el puesto de trabajo—, estos no corresponden a la necesidad de garantizar un accionar objetivo e imparcial del funcionario o la aplicación previsible de la norma jurídica. Se trataba de una versión patológica del sistema de confianza política, asentada formalmente sobre un modelo normativo liberal de incipientes rasgos estatutarios, proporcional a las carencias organizativas de nuestra Administración Pública. Ello no fue obstáculo para el unilateralismo, pues ausente la estructura socioeconómica (capitalismo industrial) que impulsara la conformación de un sistema estatutario, el unilateralismo estatal se vio librado de la observancia de instrumentos objetivos y generales para el establecimiento de las condiciones de empleo.

Los primeros intentos de conformar una regulación específica y detallada del empleo público al modo estatutario enfrentaron en sus orígenes a una población laboral profundamente influida por las luchas obreras. La noción de *función pública* como componente fundamental en la conformación de una relación de empleo distante de la laboral no pasó de constituir, en nuestro medio, una fórmula limitada a los preámbulos normativos, que no caló en la ideología y acción de los dependientes estatales. Por el contrario, por su temprano e inevitable contacto con los sectores obreros y con las luchas sindicales que estos protagonizaban —sobre todo en los sectores periféricos de la organización administrativa—, resultó altamente probable que antes que sujetos devotos al servicio del interés público, los trabajadores públicos se autoconcibieran como asalariados integrantes de una categoría social en constante lucha por la reivindicación de sus derechos.

El estatuto de 1950 constituye la primera expresión de una regulación unitaria de la relación de empleo público en nuestro ordenamiento. En su estructura formal, la norma denota su clara inspiración estatutaria unilateral, y evidencia, además, la intención estatal —a espaldas del contexto— de introducir una lógica diferencial entre los trabajadores públicos y privados, que consolide el gobierno unilateral de la relación de empleo público. Por esta razón, constituyen factores clave en su análisis: la regulación excluyente y limitativa del derecho de libertad sindical y la reducción y control de los canales de participación institucional de los trabajadores. Sin embargo, a pesar de estas previsiones, la actividad sindical desbordó la formalidad estatutaria, con lo que no fue suficiente la promulgación de normas posteriores que acentuaron el sentido limitativo y reductor del modelo. Hacia la década de los setenta, el sindicalismo público aparece como un actor

protagónico y la normativa de corte restrictivo queda definitivamente relegada a un plano meramente formal.

Sobre la base de los postulados de un modelo de Estado social y democrático, el texto constitucional de 1979 hace frente a esta realidad, y destaca la indiscutible naturaleza laboral de la relación de empleo público y, consecuentemente, la titularidad de los trabajadores públicos sobre los derechos laborales constitucionales, que actuarán como límites infranqueables para cualquier diseño legal. De igual forma, la Constitución de 1979 plantea la necesidad de imprimir algunas particularidades a determinados aspectos de la relación laboral de empleo público a fin de garantizar la especialización e imparcialidad del trabajador.

Existen algunos aspectos de relevancia en este extremo. En primer lugar, el hecho de que, más que configurar un sistema extramuros del régimen laboral común, las particularidades anotadas, derivadas de la necesidad de custodiar los valores protegidos por la rigidez externa, imprimen un plus garantista a determinados institutos —por ejemplo, el ingreso, la extinción, la carrera y la responsabilidad—; todos ellos, si no expresos en el texto constitucional, implícitos en el enunciado que señala que «todos los funcionarios y servidores públicos están al servicio de la nación» (artículo 58). En segundo lugar, el que estos aspectos no determinan la unidad o dualidad de regímenes legislativos ni excluyen de plano la regulación de la relación de empleo público por la normativa del régimen laboral común. Tratándose de cuestiones destinadas a garantizar el buen funcionamiento de la organización administrativa, su valoración será positiva siempre que la normativa que los implemente garantice la consecución de tales valores (artículo 59). Menos adecuado resulta desprender de lo señalado que la técnica de regulación deba ser necesariamente heterónoma estatal, pues en virtud de las exigencias de democratización del modelo constitucional y la consagración expresa de los derechos colectivos de los trabajadores públicos, el sistema laboral de empleo público también encontraría previsto un ámbito material de regulación a la autonomía colectiva (artículo 61).

La Constitución de 1979 reconoce, por tanto, la vinculación existente entre el principio de seguridad jurídica y la relación de empleo público, al señalar que la actividad laboral de los trabajadores públicos debe desarrollarse dentro de los parámetros del profesionalismo e imparcialidad en un régimen de carrera profesional, de donde resulta perfectamente compatible con dicha afirmación y hasta necesaria la articulación de un sistema de empleo basado en el acceso igualitario y el empleo estable. Sin embargo, la antigua vinculación directa entre interés general y prestación de servicios, que fundaba el unilateralismo estatutario y diluía el interés del trabajador bajo la noción del servicio y devoción, se vería superada de modo definitivo por el reconocimiento del carácter laboral de la relación de empleo y la titularidad de los derechos colectivos laborales. Este reconocimiento trae implícita la reafirmación del conflicto subyacente y, por tanto, la innegable presencia

de un desequilibrio fundado no en la primacía del interés de la organización sino en la desigual posición jurídica y económica de las partes.

Entre las diversas opciones admitidas por el texto constitucional de 1979, nuestro legislador optó por la configuración de un sistema de norma especial de carácter totalizador, constituida por el decreto legislativo 276. Se trata de una norma inscrita en la línea laboralizadora abierta por el texto constitucional, pero influida por algunas instituciones de corte estatutario unilateral que generan severas distorsiones. Destacan, en particular, la consideración del nombramiento como acto fundacional de la relación de empleo; pero, más que ello, la escasa y restrictiva regulación de los derechos colectivos manifestada en las limitaciones establecidas a la negociación colectiva. Contribuye en gran medida, al panorama limitativo descrito y a la reinstauración del unilateralismo, la regulación por normas de rango reglamentario de los más importantes aspectos del ejercicio del derecho de libertad sindical.

El panorama normativo da cuenta de un proceso laboralizador inacabado que, como punto de quiebre en un proceso evolutivo, no puede resistir a la inercia con la que filtran fenómenos y categorías autoritarias. Sin embargo, en este caso, no nos encontramos solo frente un fenómeno inherente a los procesos de cambio; aunque sin gran arraigo en las estructuras históricas e ideológicas de nuestro país, el modelo unilateral engarzaba con las concepciones autoritarias de poder, con lo que se consolida una posición dominante favorable para la organización administrativa. En otros términos, a la inercia con la que se filtran las categorías autoritarias, se suma la abierta intención de la organización administrativa por mantener e incluso consolidar su régimen de empleador privilegiado.

La Constitución de 1993, si bien produce una atemperación del principio social, reafirma —en materia de empleo público— los postulados sentados por su predecesora. La introducción del término *trabajadores* en el articulado correspondiente al empleo público determina el reconocimiento explícito e incuestionable de la naturaleza laboral de la relación de empleo público y, por tanto, la primacía de la vertiente laboral del texto constitucional.

Pero de mayor importancia es dar cuenta de los fenómenos que, al amparo de la Carta vigente, han generado un panorama de desconcierto que abona al reforzamiento de las prácticas unilaterales.

Con un trasfondo similar al observado en las relaciones de empleo en el sector privado, pero siguiendo una metodología diversa, asistimos a la completa transformación del panorama normativo y fáctico en el empleo público, a la par de la proclamada necesidad de eliminar las rigideces normativas que impiden un manejo *flexible* de los recursos humanos. Medidas internas, consistentes en el uso cada vez más frecuente de los mecanismos de adaptación o restricción ya previstos en la propia normativa vigente —contratación temporal, provisión de puestos de trabajo por personal con contrato por servicios no personales, abuso de relaciones no

laborales de contenido formativo y de mecanismos de intermediación laboral, énfasis en aspectos restrictivos de la normativa sobre derechos colectivos—; y medidas externas, consistentes en la promulgación de normas complementarias al decreto legislativo 276 —sobre todo la ya derogada ley 26093, que autorizaba el cese por causal de excedencia— y la introducción progresiva del régimen laboral de la actividad privada para la regulación de la relación laboral de empleo público —con todas las incongruencias que trajo aparejadas—, han arrojado resultados negativos que bien pueden sintetizarse del siguiente modo: la recuperación del monopolio regulador por el Estado-empendedor y la creciente precarización de la relación laboral de empleo público.

El nuevo panorama normativo y fáctico da cuenta de la desvinculación entre las políticas laborales en el sector público y las imposiciones constitucionales de carrera pública —imparcialidad y profesionalismo—; e incluso su distanciamiento de los lineamientos que impone el respeto a los derechos fundamentales. La rigidez externa, funcional al sistema en tanto aporta un conjunto de garantías destinadas a evitar el manejo arbitrario y clientelar del empleo público, fue sustituida por técnicas *flexibles*, supuestamente destinadas a proveer a la organización administrativa de los instrumentos necesarios para afrontar las nuevas demandas impuestas al Estado. Sin embargo, además de carecer de respaldo normativo adecuado, estas técnicas no han formado parte de una política integral de modernización asentada sobre el respeto irrestricto a los derechos fundamentales y menos establecen mecanismos compensatorios al debilitamiento de la rigidez en el acceso y la extinción. Sin garantías de acceso y estabilidad, y primando una técnica unilateral autoritaria, la racionalidad deseada en la conformación y ejecución de las políticas laborales en el empleo público ha cedido paso a la cobertura de necesidades a corto plazo.

La flexibilidad deja en evidencia la multiplicidad de recursos con los que cuenta la organización administrativa para legitimar y hacer prevalecer su interés de parte, al reasumir —al amparo de la extensión indebida de la noción de interés público— su papel dominante en la relación de empleo y acentuar el estado de sujeción de sus dependientes. Las perspectivas de reforma deben tomar en cuenta este aspecto, sobre todo en cuanto implica la negación de los derechos fundamentales de gran número de trabajadores. Pero, junto con ello, queda planteada también la urgente necesidad de situar a la acción sindical como el factor natural del equilibrio y gobierno de la relación de empleo público.

La libertad sindical de los trabajadores públicos impone un franco signo evolutivo en la concepción de la naturaleza jurídica de la relación de empleo público que rompe los moldes estatutarios y obliga a una reformulación en clave social de los postulados que la han venido rigiendo. En efecto, la libertad sindical de los trabajadores públicos despliega una doble función democratizadora en los ámbitos interno y externo. En el ámbito interno, opone el interés diverso y contradictorio

que ostenta la agrupación colectiva de trabajadores, lo que desarrolla una triple función equilibradora, compositiva y normativa del conflicto estructural. En el ámbito externo, la libertad sindical de los trabajadores públicos realiza y hace plena la libertad del trabajador no solo como sujeto de una relación jurídica que entraña su subordinación a un poder de dirección ajeno sino como miembro de una categoría social, al habilitar un canal para la proyección de sus intereses y un espacio para su acción. Pero, además de ello, la libertad sindical contribuye a la implantación del principio de *eficacia* de la organización administrativa, en tanto incorpora técnicas participativas y democratizadoras que revelan las reales demandas sociales —las de los trabajadores como consumidores— y fiscalizan la gestión de los servicios públicos.

Los convenios internacionales de la OIT han consagrado el carácter universal del derecho a la libertad sindical, lo que se desprende de la necesidad de articular canales de representación de los intereses de los trabajadores, al margen de la naturaleza o los fines del empleador. Asimismo, los órganos de control han garantizado, expresa y contundentemente, la titularidad, derecho de la gran masa de trabajadores públicos, admitiendo limitaciones únicamente para los miembros de las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional y los funcionarios que ejercen funciones de autoridad. A pesar de ello, se observa una clara discordancia entre el marco formal de reconocimiento y la realidad de la acción sindical, producida por la vigencia de algunos dogmas estatutarios que imponen barreras irrazonables al ejercicio pleno del derecho y por la situación de crisis en la que se encuentra sumido el movimiento sindical en la actualidad. Por lo general, se observa una racionalidad restrictiva e intervencionista, que contradice en mucho el carácter de derecho de *libertad* que se atribuye a este derecho humano y que desconoce que la función de representación institucionalizada de los intereses laborales conforma una garantía de equilibrio del sistema y un canal para la incorporación de los intereses laborales a los de la sociedad en su conjunto.

La regulación de los derechos colectivos de los trabajadores públicos en nuestro ordenamiento constituye una clara muestra de la primacía de una racionalidad restrictiva e intervencionista. Si bien el marco normativo de proscripción se encuentra superado formalmente desde la dación de la Constitución de 1979, lo sustancial de la regulación de los derechos colectivos en el ordenamiento infraconstitucional se ha llevado a cabo por normas de nivel reglamentario, con lo que se ha evadido la reserva de ley establecida constitucionalmente para la regulación de los derechos de los servidores públicos y dejado en manos de la contraparte empleadora la fijación o modificación del marco institucional. Además de lo señalado, desde su promulgación, estas normas reglamentarias han motivado un abierto rechazo de distintos sectores debido a que su elaboración no contó con la participación de las organizaciones sindicales de trabajadores públicos ni del INAP, órgano técnico especializado en materia de empleo público. Este rechazo se hizo

patente con la denuncia de tales normas ante los organismos internacionales, pero sobre todo con su abierto desconocimiento por parte de los sujetos colectivos que desplegaron una importante acción sindical al margen de sus previsiones. Sin embargo, como parte de la estrategia flexibilizadora destinada a la recuperación de las potestades normativas patronales, la organización administrativa ha incidido en la denuncia de toda acción colectiva de facto y en su reconducción hacia los parámetros normativamente establecidos, cuyo sentido restrictivo ha neutralizado con éxito toda iniciativa sindical. La estrategia ha incidido especialmente en el ejercicio del derecho a la negociación colectiva, cuestión que ha reavivado antiguas objeciones dogmáticas al ejercicio pleno de este derecho por parte de los trabajadores públicos.

Alegando sustentarse en nuestro texto constitucional, algún sector de la doctrina ha sostenido que el reconocimiento del derecho de libertad sindical de los trabajadores públicos no implica el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva. Para los defensores de esta postura, carente de reconocimiento constitucional, el derecho a la negociación colectiva de los trabajadores públicos se desprendería de una opción legislativa por habilitar algunas formas de participación de los trabajadores públicos, en observancia del mandato contenido en el Convenio OIT 151. De fuente dogmática, respaldan esta postura tres argumentos: la noción de soberanía parlamentaria, que impediría comprometer la voluntad estatal representativa de los intereses generales con demandas representativas de intereses sectoriales; la potencial alteración y resquebrajamiento de la unidad de la organización y del principio de igualdad que producirá la actividad de negociación debido a su natural tendencia a la diversificación; y la debilidad congénita de la organización administrativa en un plano de negociación, dada la preponderancia del componente político y su mayor sensibilidad frente a criterios de consenso—en desmedro de consideraciones económicas— con el objetivo de producir un grado mayor de legitimación. Estos factores pueden explicar la no consagración expresa del derecho a la negociación colectiva en nuestro texto constitucional y justificar la imposición de limitaciones o restricciones de diverso orden a su regulación legal.

Sin embargo, por ser parte de su contenido esencial, la titularidad del derecho de negociación colectiva de los trabajadores públicos se encuentra implícita en el reconocimiento constitucional de su derecho a la libertad sindical. Esta afirmación puede sustentarse tanto desde una perspectiva formal como material. Desde una perspectiva formal, en virtud de lo establecido por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la configuración del contenido del derecho de libertad sindical debe ser realizada en función de lo establecido en los convenios internacionales de la OIT ratificados por el Perú, lo que nos conduce inevitablemente a incluir, como contenido del derecho de libertad sindical el de la negociación colectiva, expresión central de su vertiente dinámica. Desde una perspectiva

que ostenta la agrupación colectiva de trabajadores, lo que desarrolla una triple función equilibradora, compositiva y normativa del conflicto estructural. En el ámbito externo, la libertad sindical de los trabajadores públicos realiza y hace plena la libertad del trabajador no solo como sujeto de una relación jurídica que entraña su subordinación a un poder de dirección ajeno sino como miembro de una categoría social, al habilitar un canal para la proyección de sus intereses y un espacio para su acción. Pero, además de ello, la libertad sindical contribuye a la implantación del principio de *eficacia* de la organización administrativa, en tanto incorpora técnicas participativas y democratizadoras que revelan las reales demandas sociales —las de los trabajadores como consumidores— y fiscalizan la gestión de los servicios públicos.

Los convenios internacionales de la OIT han consagrado el carácter universal del derecho a la libertad sindical, lo que se desprende de la necesidad de articular canales de representación de los intereses de los trabajadores, al margen de la naturaleza o los fines del empleador. Asimismo, los órganos de control han garantizado, expresa y contundentemente, la titularidad, derecho de la gran masa de trabajadores públicos, admitiendo limitaciones únicamente para los miembros de las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional y los funcionarios que ejercen funciones de autoridad. A pesar de ello, se observa una clara discordancia entre el marco formal de reconocimiento y la realidad de la acción sindical, producida por la vigencia de algunos dogmas estatutarios que imponen barreras irrazonables al ejercicio pleno del derecho y por la situación de crisis en la que se encuentra sumido el movimiento sindical en la actualidad. Por lo general, se observa una racionalidad restrictiva e intervencionista, que contradice en mucho el carácter de derecho de *libertad* que se atribuye a este derecho humano y que desconoce que la función de representación institucionalizada de los intereses laborales conforma una garantía de equilibrio del sistema y un canal para la incorporación de los intereses laborales a los de la sociedad en su conjunto.

La regulación de los derechos colectivos de los trabajadores públicos en nuestro ordenamiento constituye una clara muestra de la primacía de una racionalidad restrictiva e intervencionista. Si bien el marco normativo de proscripción se encuentra superado formalmente desde la dación de la Constitución de 1979, lo sustancial de la regulación de los derechos colectivos en el ordenamiento infraconstitucional se ha llevado a cabo por normas de nivel reglamentario, con lo que se ha evadido la reserva de ley establecida constitucionalmente para la regulación de los derechos de los servidores públicos y dejado en manos de la contraparte empleadora la fijación o modificación del marco institucional. Además de lo señalado, desde su promulgación, estas normas reglamentarias han motivado un abierto rechazo de distintos sectores debido a que su elaboración no contó con la participación de las organizaciones sindicales de trabajadores públicos ni del INAP, órgano técnico especializado en materia de empleo público. Este rechazo se hizo

patente con la denuncia de tales normas ante los organismos internacionales, pero sobre todo con su abierto desconocimiento por parte de los sujetos colectivos que desplegaron una importante acción sindical al margen de sus previsiones. Sin embargo, como parte de la estrategia flexibilizadora destinada a la recuperación de las potestades normativas patronales, la organización administrativa ha incidido en la denuncia de toda acción colectiva de facto y en su reconducción hacia los parámetros normativamente establecidos, cuyo sentido restrictivo ha neutralizado con éxito toda iniciativa sindical. La estrategia ha incidido especialmente en el ejercicio del derecho a la negociación colectiva, cuestión que ha reavivado antiguas objeciones dogmáticas al ejercicio pleno de este derecho por parte de los trabajadores públicos.

Alegando sustentarse en nuestro texto constitucional, algún sector de la doctrina ha sostenido que el reconocimiento del derecho de libertad sindical de los trabajadores públicos no implica el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva. Para los defensores de esta postura, carente de reconocimiento constitucional, el derecho a la negociación colectiva de los trabajadores públicos se desprendería de una opción legislativa por habilitar algunas formas de participación de los trabajadores públicos, en observancia del mandato contenido en el Convenio OIT 151. De fuente dogmática, respaldan esta postura tres argumentos: la noción de soberanía parlamentaria, que impediría comprometer la voluntad estatal representativa de los intereses generales con demandas representativas de intereses sectoriales; la potencial alteración y resquebrajamiento de la unidad de la organización y del principio de igualdad que producirá la actividad de negociación debido a su natural tendencia a la diversificación; y la debilidad congénita de la organización administrativa en un plano de negociación, dada la preponderancia del componente político y su mayor sensibilidad frente a criterios de consenso —en desmedro de consideraciones económicas— con el objetivo de producir un grado mayor de legitimación. Estos factores pueden explicar la no consagración expresa del derecho a la negociación colectiva en nuestro texto constitucional y justificar la imposición de limitaciones o restricciones de diverso orden a su regulación legal.

Sin embargo, por ser parte de su contenido esencial, la titularidad del derecho de negociación colectiva de los trabajadores públicos se encuentra implícita en el reconocimiento constitucional de su derecho a la libertad sindical. Esta afirmación puede sustentarse tanto desde una perspectiva formal como material. Desde una perspectiva formal, en virtud de lo establecido por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la configuración del contenido del derecho de libertad sindical debe ser realizada en función de lo establecido en los convenios internacionales de la OIT ratificados por el Perú, lo que nos conduce inevitablemente a incluir, como contenido del derecho de libertad sindical el de la negociación colectiva, expresión central de su vertiente dinámica. Desde una perspectiva

material, es evidente que la aceptación del conflicto, implícita en el reconocimiento y legitimación del derecho de libertad sindical de los trabajadores públicos, queda sensiblemente limitada si se veta a los propios protagonistas la posibilidad de actuar como *agentes de pacificación* mediante el ejercicio del derecho a la actividad negociadora.

Por lo demás, las objeciones que han sustentado la postura que niega el fundamento constitucional del derecho de negociación colectiva carecen de todo sustento. El pluralismo jurídico expresado por la actuación de grupos de intereses como los sindicatos reformula la noción de soberanía estatal y determina una convivencia entre poderes reguladores en el ámbito de las relaciones laborales, en las que la potestad normativa estatal, aunque preeminente, cede espacios a la potestad normativa de los sujetos colectivos materializada a través de la actividad de negociación. Por otro lado, la necesidad de salvaguardar la *unidad* de la organización administrativa —ya cuestionada por una realidad de diversificación— no predetermina la naturaleza y el tipo de la fuente reguladora de las condiciones de empleo de los trabajadores. Sea respecto de condiciones homogéneas o diversificadas, y siempre alineándose con los valores base del sistema, la negociación colectiva puede desplegar válida y eficazmente su función normativa. Finalmente, la alegada debilidad de negociación y el riesgo del predominio de una racionalidad enteramente política en la negociación constituyen una problemática que trasciende al empleo público y que puede verse neutralizada con la atribución de la actividad de negociación a órganos técnicos especializados, cuya conformación tienda a minimizar todo posible predominio de la racionalidad política-clientelar. En suma, el tema de ningún modo pasa por la sustracción de la negociación colectiva al contenido esencial del derecho de libertad sindical, sino por la articulación de un marco jurídico y de negociación que neutralice los riesgos anotados sin restar efectividad al ejercicio del Derecho.

La superación de las objeciones dogmáticas al derecho de negociación colectiva de los trabajadores públicos conduce a la reafirmación de su centralidad para la implantación de una efectiva libertad sindical y para el desarrollo de un sistema democrático de relaciones laborales. Sin embargo, ello no implica que la regulación del derecho deba ser la misma que en el sector privado. Por el contrario, la innegable especialidad de la relación de empleo público, fundada en el influjo del interés público sobre localizados segmentos de la relación de empleo, conduce a la conformación de un ejercicio particularizado del derecho, lo que no implica la imposición de limitaciones subjetivas o materiales sino, solamente, la formulación de un ejercicio modalizado de este. Repárese en que no se alude con ello a la completa modalización del ejercicio del derecho de libertad sindical, sino a la de un segmento de su vertiente dinámica, representada por la negociación colectiva. Los aspectos orgánicos del derecho de libertad sindical, así como las restantes modalidades de acción sindical, por no colisionar siquiera tangencialmente con

intereses públicos, no justifican la imposición de modalidades particulares de ejercicio y, por tanto, menos aún la articulación de un marco normativo específico.

Los factores de especialidad de la negociación colectiva de los trabajadores públicos o, dicho de otro modo, de los segmentos en los que un interés público aparece con aptitud para imponer la modalización del derecho, pueden ser estructurales o funcionales. Los factores estructurales —conformados por la atribución expresa de la función de gestión de los servicios públicos y de la organización de la carrera pública a la organización administrativa, y por la reserva de los asuntos presupuestales al Parlamento— encuentran fundamento en el propio texto constitucional y determinan la ponderación del ejercicio del derecho de negociación colectiva con otros preceptos constitucionales que influyen en el diseño del modelo normativo. Los factores funcionales, aunque no desprendidos directamente del texto constitucional, inciden de modo decisivo en la configuración del marco normativo, pues —a instancia del mandato de *fomento* de la negociación colectiva— posibilitan el ejercicio efectivo del derecho, con lo que se atienden a la realidad de la organización administrativa y al nivel de implantación de la actividad sindical en un contexto específico.

Cuestión crucial en la elaboración de un marco normativo apropiado para el ejercicio del derecho a la negociación colectiva lo constituye la delimitación de su ámbito material. La amplitud o estrechez del ámbito material suele ser un factor que facilita o desfavorece niveles concentrados y coordinados de acción sindical. En nuestro medio, las limitaciones materiales frecuentemente impuestas a la negociación colectiva de los trabajadores públicos evidencian la aversión del sistema hacia la centralización de la actividad negociadora, pues, comúnmente, esta tendencia impulsa niveles concentrados de actividad sindical que ponen en peligro la supremacía estatal en la determinación de las condiciones de empleo.

Las concepciones restrictivas del ámbito material, fundadas por lo general en la observancia del principio de reserva de ley o en la atribución explícita de competencias al Parlamento, no consideran que la observancia de tales parámetros sea incompatible con el ejercicio del derecho a la negociación colectiva y no justifican la exclusión de ninguna materia del ámbito de la negociación. La reserva de ley en materia de carrera, deberes, derechos y responsabilidades de los trabajadores públicos no impone un apoderamiento exclusivo y absoluto por el legislador de la materia reservada. La reserva demanda un mínimo en extensión e intensidad reguladora que, una vez satisfecho, debe dar cabida a la actividad de negociación complementando —o suplementando— la regulación legal de las condiciones de empleo.

Del mismo modo, el tema de la competencia parlamentaria en materia de presupuesto público debe basarse en un enfoque similar, pues una regulación presupuestal rígida y detallista en extremo neutraliza el ejercicio del derecho a la negociación colectiva. En nuestro medio, sin embargo, la orientación reguladora

adoptada por las leyes de presupuesto parece no ofrecer este riesgo, pues no se ha caracterizado precisamente por su rigidez o excesivo detalle en la fijación de las remuneraciones. Por el contrario, ni los volúmenes concretos de gasto en materia de personal ni el tipo o cuantía de los conceptos de aplicación uniforme en toda la organización administrativa constituyen materias frecuentemente reguladas. Esta realidad hace viable la implementación de técnicas de ajuste —como la adecuación de los plazos de negociaciones al proceso de elaboración del proyecto de presupuesto o la determinación de montos globales para cada volumen presupuestal, que deben ser complementadas a lo largo del ejercicio por negociaciones descentralizadas— que hagan compatible la regulación presupuestal con el derecho de los trabajadores públicos a la negociación colectiva. De este modo, se abre un fértil espacio temático para las prácticas democratizadoras.

Distinto es el caso de la eventual proyección de la actividad negociadora sobre la gestión de los servicios públicos. El riesgo de generar un panorama adverso al régimen democrático, en el que el poder sindical sustituye al propio Estado en el manejo de la organización administrativa, hace poco aconsejable la inclusión en estas materias en el ámbito de la negociación. No excluye el que, como cualquier otro colectivo social y sin que se genere un desapoderamiento de la competencia que en la gestión de los poderes públicos se atribuye a la organización administrativa, las organizaciones sindicales de trabajadores públicos desplieguen una actividad fiscalizadora cuyos términos pueden fijarse por la vía convencional.

Como vemos, el enfoque del tema del ámbito material de la negociación colectiva debe venir presidido por las imposiciones del principio social y democrático, lo que conlleva la superación automática de las limitaciones existentes y la consecuente ampliación de los espacios de negociación, sin dejar de considerar las modalizaciones que resulten necesarias con el fin de cautelar la efectividad de otros intereses constitucionalmente protegidos. Obsérvese que la ampliación material que proponemos determina una alternación de la lógica del modelo actual, en el que prima la determinación unilateral y los mecanismos de participación de no negociaciones —que muchas veces encubren determinaciones autoritarias—, y deja un espacio residual a la negociación colectiva. Los lineamientos que establecemos conducen, por el contrario, a la eliminación del unilateralismo, reducen sustancialmente el alcance de los mecanismos de participación no vinculantes y colocan a la práctica de negociación como el mecanismo preponderante para la fijación de las condiciones de empleo de los trabajadores públicos.

En cuanto a los sujetos, la necesidad de dotar de funcionalidad al sistema aconseja implementar un organismo centralizado, neutral y de corte técnico, que asuma la representación de negociación de la parte empleadora y que elimine el riesgo de la aplicación de una racionalidad enteramente política y asegure la confiabilidad del propio procedimiento negociador —garantizando la factibilidad de los términos negociados y la eficacia de los acuerdos alcanzados—. Sin embargo,

si se atiende a la presencia de componentes políticos en todo proceso de negociación y a las particularidades que cada ámbito de negociación presenta, resulta conveniente la inclusión de funcionarios de la entidad convocada a negociación en la representación de la organización administrativa. Es decir, en materia de representación consideramos conveniente la conformación de una representación de negociación de conformación compleja a cargo de una entidad centralizada, y que incorpore, en cada procedimiento negociador, la participación de funcionarios de la entidad o sector emplazado.

En materia de estructura, lo aconsejable parece ser la conformación de un sistema articulado, ajustado en lo sustancial al reparto de competencias decisorias apreciado en el ordenamiento jurídico administrativo. Este sistema podría armonizar la conveniencia de otorgar un tratamiento centralizado a determinadas materias con las necesidades de modernización y flexibilidad en la gestión pública que conducen la negociación hacia la descentralización. En todo caso, la necesidad de garantizar la libertad de los sujetos en la determinación de la estructura es un valor de primer orden, que excluye la posibilidad de predeterminarla normativamente de modo estricto, pero que sí admite alternativas como el señalamiento de unidades apropiadas de negociación o el establecimiento de los criterios de articulación.

En cuanto al procedimiento de negociación, las imposiciones del principio social y democrático conducen, por un lado, a armonizar el procedimiento negociador con el complejo proceso de formulación de los presupuestos públicos y, por otro, a restablecer la vinculación existente entre el derecho de huelga y el de negociación colectiva, negada por la normativa vigente. Aun cuando por imperativo constitucional resulta necesario, el fomento de mecanismos pacíficos de solución de los conflictos colectivos, un modelo normativo a tono con el principio social, no puede dejar de lado la aplicación de una de las instituciones que del mejor modo contribuyen a la remoción de la desigualdad apreciada en la relación de empleo. Por esta razón, tan restrictiva resulta una normativa que, al imponer el arbitraje obligatorio, excluya el ejercicio del derecho de huelga, como necesario es un modelo que con la sola restricción de los servicios esenciales para la comunidad, posibilite a los trabajadores recurrir a este mecanismo de presión en favor de su postura de negociación o de la celebración de un acuerdo.

El carácter colectivo de los sujetos intervinientes, las materias abordadas y el simple hecho de encontrarnos frente al ejercicio de los derechos de libertad sindical y negociación colectiva determinan que los acuerdos escritos alcanzados asuman el carácter de convenios colectivos y, por tanto, revistan eficacia vinculante. Esto último implica reconocer tanto el carácter de norma jurídica del producto de negociación como que la eficacia del acuerdo solo puede provenir de la concurrencia de voluntades de los sujetos colectivos y no de acto administrativo alguno. Lo señalado resta virtualidad a la vigencia de mecanismos de aprobación posterior,

que si bien pueden ser concebidos como actos de control posterior de legalidad que solo mediatizan la eficacia del convenio —suspendiéndola— hasta que se perfeccione la voluntad de la organización administrativa, resultan innecesarios si el propio proceso negociador involucra la participación técnica y controlada de la representación de la Administración Pública.

Lo señalado a lo largo del presente trabajo demuestra que la aplicación de una técnica unilateral de gobierno de la relación de empleo carece no solo de sustento formal y material, sino que pone de manifiesto la postura autoritaria del Estado. De ahí, la necesidad de implantar y difundir el ejercicio pleno del derecho a la negociación colectiva de los trabajadores públicos deriva de la atribución formal de su titularidad en un modelo de Estado social y democrático, pero también, y fundamentalmente, del hecho de constituir el medio más efectivo para alcanzar los objetivos de democratización social. De este modo, la reafirmación de la esencia democrática de la sociedad y del Estado depende, en gran medida, de la voluntad política estatal de asumir en forma concreta su rol de garante y promotor del derecho de negociación colectiva; pero, aún más, de su convicción y de la de los actores sociales, que del quiebre del autoritarismo material y de la preservación de la libertad de la persona, solo pueden realizarse sobre las bases igualitarias que el ejercicio que este derecho aporta.

BIBLIOGRAFÍA

- ABAD YUPANQUI, Samuel. «Límites y respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales. Estudio preliminar». *Themis*, n.º 21, Lima, 1992, pp. 7-15.
- ACKERMAN, Mario E. «Propuesta para una modernización y democratización del sistema de relaciones laborales en el sector público en Argentina». *Derecho Laboral*, n.º 147, Montevideo, 1987, pp. 534-552.
- ADEC-ATC. *Constitución, trabajo y seguridad social*. Lima: ADEC-ATC, 1993.
- AGUIRRE RAMÍREZ, Gonzalo y Eduardo SELLANES IGLESIAS. «Régimen laboral de los funcionarios públicos». *Revista de Derecho Público*, n.º 2, Montevideo, 1996, pp. 23-31.
- ALONSO OLEA, Manuel y María Emilia CASAS BAAMONDE. *Derecho del trabajo*. Madrid: Universidad de Madrid, 1991.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Julián. *Neutralidad política y carrera administrativa de los funcionarios públicos*. Documentación administrativa 210-211. Madrid: INAP, 1987, pp. 71-96.
- AMPRIMO PLÁ, Natale. «Temas de derecho laboral municipal». En Colegio de Abogados de Lima. *Temas municipales*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1998, pp. 113-126.
- AVELINO, Esteban. «Trabajadores estatales ¿cuantos somos?». *Cuadernos Laborales*, n.º 58, Lima, 1990, pp. 10-12.
- BACACORZO, Gustavo. *Derecho administrativo del Perú, sustantivo y adjetivo*. Lima: Editorial Cuzco, 1992.
- BARBAGELATA, Héctor Hugo y Américo PLÁ (coords). *Cursillo sobre el derecho del trabajo y los funcionarios públicos*. Montevideo: Biblioteca de Derecho Laboral, 1997.
- *El derecho del trabajo en América Latina*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985.
- BASILE, Silvio. «Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas». En Alberto Predieri y Eduardo García de Enterría (coords.). *La Constitución española de 1978*. Madrid: Civitas, 1981, pp. 263-618.
- BAYLOS GRAU, Antonio. «La carrera profesional del trabajador: promoción y ascensos en el derecho del trabajo». *Derecho y Sociedad*, n.º 2, Lima, 1990, pp. 6-25.
- *Derecho del trabajo: modelo para armar*. Madrid: Trotta, 1991.
- «Igualdad, uniformidad y diferencia en el derecho del trabajo». *Revista de Derecho Social*, n.º 1, Albacete, 1998, pp. 11-37.

- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, 1984.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «La Constitución de 1979 y el derecho del trabajo». *Derecho*, n.º 36, Lima, 1982, pp. 7-54.
- «Estado social, Constitución y derechos fundamentales». En ADEC-ATC. *Constitución, trabajo y seguridad social*. Lima: ADEC-ATC, 1993, pp. 23-37.
- BLANCO VALDO, Miguel. «La negociación colectiva de facto en la administración pública costarricense». *Debate Laboral*, n.º 6, 1990, pp. 217-239.
- BLASCO, Avelino. «La negociación colectiva de los funcionarios públicos». *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 52, Madrid, 1986, pp. 509-549.
- BOZA PRO, Guillermo. «La representación de los trabajadores en la negociación colectiva». *Asesoría Laboral*, n.º 21, Lima, 1992, pp. 17-18.
- BUENO MAGANO, Néstor. «Régimen jurídico del servidor público». *Derecho Laboral*, n.º 145, Montevideo, 1987, pp. 66-76.
- BURGA, Manuel y Alberto FLORES GALINDO. *Apogeo y crisis de la república aristocrática*. Lima: Rikchay Perú, 1987.
- CAMACHO, Gladys. «La negociación colectiva en la administración pública». *Cuadernos Laborales*, n.º 28, Lima, 1985, pp. 6-7.
- CARINCI, Franco. *Una reforma abierta: la denominada privatización del empleo público*. Documentación administrativa 250-251. Madrid: INAP, 1998, pp. 73-91.
- CARINCI, Franco, Tiziano TREU y Bruno VENEZIANI (coords.). *El estatuto de los trabajadores italianos veinte años después*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1993.
- CASAS BAAMONDE, María, Antonio BAYLOS GRAU y Ricardo ESCUDERO RODRÍGUEZ. «Flexibilidad legislativa y contractualismo en el derecho del trabajo español». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 14, Madrid, 1998, pp. 23-57.
- CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, Jaime. «Libertad sindical y negociación colectiva». *Relaciones Laborales*, n.º 1, Madrid, 1999, pp. 51-75.
- CAVAS MARTÍNEZ, Enrique. «Leyes de presupuesto e intervencionismo estatal en la negociación colectiva del sector público». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 16, Madrid, 1992, pp. 7-36.
- CORPACI, Alfredo. *Reformas en la laboralización de la relación de empleo público en Italia: aspectos constitucionales y referencia a la normativa más reciente*. Documentación administrativa 243. Madrid: INAP, 1995, pp. 242-292.
- COTLER, Julio. *Clases, Estado y nación en el Perú*. Lima: IEP, 1978.
- DAZA PÉREZ, José Luis. *La práctica del diálogo social por los gobiernos en la administración pública*. Ginebra: OIT, 2001.

- DE LA CUEVA, Mario. «La situación laboral de los funcionarios públicos». *Derecho Laboral*, n.º 136, Montevideo, 1984, pp. 623-656.
- DE LA CUEVA, Mario, FRANCISCO DE FERRARI y VÍCTOR RUSSOMANO (comps.). *Derecho colectivo laboral, asociaciones profesionales y convenios colectivos*. Buenos Aires: Depalma, 1973.
- DE LA VILLA GIL, Enrique. *Instituciones del Derecho del trabajo*. Madrid: Geura, 1983.
- DE LAS HERAS BORRERO, FRANCISCO. «Sindicación de los funcionarios públicos en Europa». *Revista de Política Social*, n.º 122, Madrid, 1979, pp. 187-194.
- DEL REY GUANTER, Salvador. *Estado, sindicatos y relaciones colectivas en la función pública*. Madrid: INAP, 1986.
- «Evolución general y problemática de las relaciones colectivas en la función pública». En Salvador del Rey Guanter, Jesús Cruz Villalón y María Fernández-Lopez (coords.). *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 1989, pp. 31-67.
- *Los medios extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo en la función pública*. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991.
- «Transformación del sistema de negociación colectiva y la refundación de la teoría jurídica de los convenios colectivos». En Manuel Alarcón y Salvador del Rey (coords.). *La reforma de la negociación colectiva*. Madrid: Marcial Pons, 1995, pp. 9-50.
- «Una década de transformación del sistema de negociación colectiva y la refundación de la teoría jurídica de los convenios colectivos». *Relaciones Laborales*, n.º 1-2, Madrid, 1996, pp. 83-115.
- DEL REY GUANTER, Salvador, JESÚS CRUZ VILLALÓN y MARÍA FERNÁNDEZ-LÓPEZ (coords.). *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 1989.
- DEL SAZ CORDERO, Silvia. «La huida del derecho administrativo: últimas manifestaciones, aplausos y críticas». *Revista de Administración Pública*, n.º 133, Madrid, 1994, pp. 57-97.
- DIEGUEZ, Gonzalo. «La negociación colectiva en las Resoluciones del CLS-OIT». *Revista de Política Social*, n.º 112, Madrid, 1976, pp. 39-50.
- DOLORIER TORRES, Javier. *Limitaciones al contenido salarial de la negociación colectiva: fundamentos, requisitos y constitucionalidad*. Lima: Benites, Mercado y Ugaz Abogados, 1994.
- «La autonomía colectiva en los ordenamientos constitucionales peruanos». *Derecho y Sociedad*, n.ºs 8-9, Lima, 1994, pp. 82-86.
- «Innovaciones del esquema de intervención estatal en la autonomía colectiva establecidos en la Constitución Peruana de 1993». *Ius et Veritas*, n.º 9, Lima, 1994, pp. 99-110.
- «Orden público económico, orden público laboral y limitaciones a la autonomía colectiva». *Themis*, n.º 27, Lima, 1994, pp. 205-216.
- ENTRENA CUESTA, Rafael. *Curso de Derecho administrativo*. Madrid: Tecnos, 1976.
- ERMIDA URIARTE, Óscar. «Las relaciones de trabajo en América Latina, problemas y tendencias actuales». *Derecho Laboral*, n.º 141, Montevideo, 1986, pp. 90-104.

- *Las relaciones de trabajo en América Latina*. Serie Crítica y Comunicación n.º 2. Lima: OIT, 1991.
- «La reglamentación sindical peruana en el marco de la legislación latinoamericana». *Asesoría Laboral*, n.º 20, Lima, 1992, pp. 26-28.
- «La protección contra actos antisindicales». *Derecho Laboral*, n.º 146, Montevideo, 1997, pp. 294-339.
- «La flexibilidad». En *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú*. Lima: OIT, 2000.
- ERMIDA URIARTE, Óscar y Alfredo VILLAVICENCIO RÍOS. *Sindicatos en libertad sindical*. Lima: ADEC-ATC, 1991.
- FÉREZ, Manuel. *El sistema de mérito en el empleo público: principales singularidades y analogías respecto del empleo en el sector privado*. Documentación administrativa 241-242. Madrid: INAP, 1995, pp. 61-125.
- FRANCO PÉREZ, Julio. «Aproximaciones al empleo público en las Constituciones de Hispanoamérica». En ADEC-ATC. *Constitución, trabajo y seguridad social*. Lima: ADEC-ATC, 1993, pp. 83-95.
- GARCÍA BECEDAS, Gabriel. «Apuntes para un análisis de la libertad sindical en la Constitución española». *Revista de Política Social*, n.º 124, Madrid, 1979, pp. 39-62.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1991.
- *La Constitución española de 1978*. Madrid: Civitas, 1991.
- GARCÍA, Norberto. *Ajuste estructural y mercados de trabajo*. Serie Crítica y Comunicación, n.º 1. Lima: OIT, 1991.
- GARCÍA LLOVET, Enrique. «Proceso de privatización del sector público en Italia». *Revista de Administración Pública*, n.º 138, Madrid, 1995, pp. 405-438.
- GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto. «Ubicación del empleado público frente al derecho del trabajo». *Derecho del Trabajo*, n.º 8, Buenos Aires, 1984, pp. 1157-1160.
- GARCÍA MURCIA, Joaquín. «Marco legal y contenido de la negociación colectiva en las empresas públicas». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 11, Madrid, 1993, pp. 141-152.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1980.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, Ignacio. *Ley y autonomía colectiva: un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*. Madrid: Centro de Publicaciones de Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987.
- «Evolución reciente de las relaciones entre la ley y el convenio colectivo en España». *Revista de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 14, Madrid, 1988, pp. 163-185.
- GARCÍA TREVIANO FOS, Juan. «Relación orgánica y relación de servicio en los funcionarios públicos». *Revista de Administración Pública*, n.º 13, Madrid, 1954, pp. 53-102.

- GARRIDO FALLA, Fernando. «La nueva regulación de los funcionarios públicos». *Revista de Administración Pública*, n.º 43, Madrid, 1964, pp. 375-402.
- GAUTHIER, Gustavo. «Contenido de un eventual marco regulador de la negociación colectiva». *Derecho Laboral*, n.º 180, Montevideo, 1995, pp. 756-765.
- GIUGNI, Gino. *Derecho sindical*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1983.
- GODIO, Julio. *Reflexiones sobre los desafíos actuales del sindicalismo*. Serie Crítica y Comunicación, n.º 5. Lima: OIT, 1991.
- GODIO, Julio y Javier SLODKY. *Democracia política y democratización del Estado en Argentina. La negociación colectiva en la administración pública*. Lima: Fundación Friedrich Ebert, 1989.
- GÓMEZ CABALLERO, Pedro. *Los derechos colectivos en la función pública*. Madrid: CES, 1995.
- GONZALES QUINZÁ, Arturo. *Marco constitucional de la función pública, punto de partida necesario para alternativas laboralizadoras*. Documentación administrativa 243. Madrid: INAP, 1995, pp. 89-112.
- GRZETICH, Antonio. «Aplicación del principio de primacía de la realidad a los trabajadores del Estado». *Derecho Laboral*, n.ºs 138-139, Montevideo, 1985, pp. 276-296.
- GUTIÉRREZ REÑON, Alberto. *La carrera administrativa en España: evolución histórica y perspectivas*. Documentación administrativa 210-211. Madrid: INAP, 1987, pp. 29-70.
- HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Óscar. «Reflexiones sobre las relaciones y los conflictos laborales en el sector público». *Debate Laboral*, n.º 7, San José de Costa Rica, 1991, pp. 41-67.
- «Las relaciones laborales en el sector público». *Derecho Laboral*, n.º 192, Montevideo, 1998, pp. 963-997.
- HODGES AEBERHARD, Jane. *Estudio comparativo: contenido de los estatutos de la administración pública*. Ginebra: OIT, 2001.
- INSTITUTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL. *Siete estudios sobre derecho colectivo de trabajo*. Montevideo: FCU, 1995.
- JAVILLIER, Jean Claude. «Orden jurídico, relaciones laborales y flexibilización: aproximaciones comparativas e internacionales». *Ius et Veritas*, n.º 14, Lima, 1997, pp. 18-24.
- JIMÉNEZ ALONSO, Jorge. «El régimen jurídico de los servidores públicos». En Jorge Jiménez Alonso, Mario Pasco y otros. *Sexto Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo*. Puebla: Gobierno y Estado de Puebla, 1992.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos. «Renuncia de la administración pública al derecho administrativo». *Revista de Administración Pública*, n.º 134, Madrid, 1994, pp. 201-229.
- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki. *Las relaciones de sujeción especial*. Madrid: Civitas, 1994.
- LIMÓN LUQUE, Miguel Ángel. «La igualdad en el acceso del personal laboral a la función pública las limitaciones en la aplicación del derecho del trabajo». *Revista de Trabajo*, n.º 99, Madrid, 1990, pp. 81-111.

- LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel. «La relación laboral especial de función pública del personal laboral de las administraciones públicas». *Revista de Derecho Social*, n.º 7, Albacete, 1999, pp. 229-247.
- LOVATÓN PALACIOS, David. *Protección a la libertad sindical en el Perú*. Lima: Instituto de Defensa Legal, 1991.
- MAESTRO BUELGA, Gonzalo. «El ámbito personal de la negociación colectiva de los funcionarios públicos». *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 41, 1995, pp. 839-871.
- MANZANA LAGUARDA, Rafael. «Los funcionarios públicos y la negociación colectiva de sus condiciones de trabajo». *Cuadernos de Derecho Judicial*, vol. 20, Madrid, 1995, pp. 317-345.
- MARÍN ALONSO, Inmaculada. «Sujetos de la negociación colectiva funcionarial». *Asesoría Laboral*, n.º 68, Lima, 1996, pp. 9-13.
- MARÍN QUIJADA, Enrique. *La negociación colectiva en la función pública*. Bogotá: Themis, 1978.
- MARINA JALVO, Belén. «Sobre las últimas reformas italianas del empleo público». *Revista de Administración Pública*, n.º 137, Madrid, 1995, pp. 485-509.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio. «El ordenamiento laboral español en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». *Revista de Política Social*, n.º 137, Madrid, 1983, pp. 105-168.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio, Joaquín GARCÍA MURCIA y Fermín RODRÍGUEZ SAÑUDO. *Derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos, 1992.
- MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente. «La regulación homogénea de las relaciones de trabajo dependiente en la función pública». *Revista de Derecho Social*, n.º 7, Albacete, 1999, pp. 213-228.
- MAURI MAJOS, Joan. *Problemas de la representación sindical y la negociación colectiva en la función pública: convergencias y divergencias con el empleo privado*. Documentación administrativa 241-242. Madrid: INAP, 1995, pp. 125-271.
- MEJÍA, Carlos. *Trabajadores, sindicatos y nuevas redes de articulación social*. Documento de trabajo n.º 88. Serie Sociología y Política. Lima: IEP, 1988.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN SOCIAL. «Hacia una interpretación del problema del empleo en el Perú». *Boletín de Economía Laboral*, n.º 14, Lima, 1996, pp. 13-17.
- «El problema del empleo en el Perú». *Boletín de Economía Laboral del Ministerio de Trabajo y Promoción Social*. Lima, 1998.
- MODERNE, Frank. *Observaciones en torno al principio de carrera en la función pública francesa*. Documentación administrativa 210-211. Madrid: INAP, 1987, 371-390.
- MOLERO MANGLANO, Carlos y Pilar CHARRO BAENA. «Para una perspectiva actualizada de la noción de trabajador». *Revista de Política Social*, n.º 3, Madrid, 1991, pp. 45-78.

- MOLINA NAVARRETE, Alonso. «Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 3, Madrid, 1991, pp. 63-104.
- MONEREO PÉREZ, José Luis. *Introducción a' nuevo derecho del trabajo: una reflexión crítica sobre el derecho del trabajo flexible*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*. Madrid: CES, 1996.
- *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del trabajo*. Madrid: Civitas, 1996.
- «Evolución y futuro del Derecho del trabajo el proceso de racionalización jurídica de la cuestión social». *Relaciones Laborales*, n.º 15-16, Madrid, 2001, pp. 429-499.
- MONTORO CHINER, María. «Para la reforma del empleo público: nueve proposiciones». *Revista de Administración Pública*, n.º 136, Madrid, 1995, pp. 179-200.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos, 1990.
- «El ámbito personal del Derecho del trabajo». *Revista de Política Social*, n.º 171, 1996, pp. 45-67.
- MORGADO, Emilio. *La solución de los conflictos colectivos de trabajo en el sector y los servicios públicos*. Serie Crítica y Comunicación, n.º 3. Lima: OIT, 1991.
- MUZELLEC, R. *Privatización y contractualización en la función pública*. Documentación administrativa 239. Madrid: INAP, 1994, pp. 114-167.
- NEVES MUJICA, Javier. «El derecho a la negociación colectiva en la jurisprudencia constitucional peruana». *Lecturas sobre temas constitucionales*, n.º 7, Lima, 1991, pp. 81-106.
- «A propósito de las LRCT». *Asesoría Laboral*, n.º 19, Lima, 1992, pp. 13-14.
- «El convenio colectivo como norma». *Asesoría Laboral*, n.º 20, Lima, 1992, pp. 14-15.
- *El contenido negocial. La compleja relación entre la ley y el convenio colectivo*. Lima: Instituto de Defensa Legal, 1992.
- «Modificaciones constitucionales en materia de derechos sociales, trabajo y empleo». *Lecturas sobre temas constitucionales*, n.º 8, Lima, 1992, pp. 27-29.
- «Las limitaciones al contenido negocial y la jurisprudencia constitucional». *Asesoría Laboral*, n.º 33, Lima, 1993, pp. 16-18.
- «Las fuentes del Derecho del trabajo en las constituciones de 1979 y 1993». *Ius et Veritas*, n.º 9, Lima, 1994, pp. 57-64.
- «Libertad sindical: parte general y aspectos individuales». *Asesoría Laboral*, n.º 45, Lima, 1994, pp. 21-24.
- «Negociación colectiva: parte general, sujetos y niveles». *Asesoría Laboral*, n.º 47, Lima, 1994, pp. 16-18.
- «Negociación colectiva: contenido, procedimientos y producto». *Asesoría Laboral*, n.º 48, Lima, 1994, pp. 26-28.
- *Introducción al Derecho del trabajo*. Lima: ARA, 1997.
- «Autonomía convencional e intervención estatal». *Themis*, n.º 15, Lima, 1998, pp. 41-45.
- *Introducción al Derecho laboral*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000.

- *Derecho laboral: selección de textos*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000.
- «Balance de la reforma laboral». *Asesoría Laboral*, n.º 120, Lima, 2000, pp. 8-14.
- ODERO, Alberto. «El derecho de huelga en la función pública y los servicios esenciales: los principios de la OIT». *Relaciones Laborales*, n.º 1, Madrid, 1999, pp. 169-179.
- OJEDA AVILÉS, Antonio. «Entrevista al profesor Antonio Ojeda Avilés». *Themis*, n.º 2, Lima, 1990, pp. 13-15.
- *Derecho sindical*. Madrid: Tecnos, 1990.
- OJEDA AVILÉS, Antonio y Óscar ERMIDA URIARTE. *Instituciones del Derecho del trabajo*. Madrid: Geura, 1983.
- *La negociación colectiva en América Latina*. Madrid: Enrique de la Villa Gil, 1993.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Código Internacional del Trabajo 1955*. Ginebra: OIT, 1957.
- *Libertad sindical y procedimientos para determinar las condiciones de empleo*. Documentos preparatorios V (1), V (2), VII (1) y VII (2). Ginebra: OIT, 1957.
- *Convenios y recomendaciones internacionales de trabajo 1919-1984*. Ginebra: OIT, 1985.
- *Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio de la comisión de expertos en aplicación de recomendaciones y convenios*. Ginebra: OIT, 1985.
- *Las relaciones de trabajo en las empresas estatales*. Ginebra: OIT, 1991.
- «Estudio general sobre la libertad sindical y la negociación colectiva». Ginebra: OIT, 1994.
- *Libertad sindical y negociación colectiva*. Ginebra: OIT, 1994.
- *La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del comité de libertad sindical de la Organización Internacional del Trabajo*. Ginebra: OIT, 1996.
- *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú*. Lima: OIT, 2000.
- ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. «Reflexiones en torno a una revisión de los planteamientos generales de la relación de empleo público». *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 26, Madrid, 1980, pp. 423-432.
- *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*. Madrid: Tecnos, 1983.
- *La carrera administrativa en Italia*. Documentación administrativa 210-211. Madrid: INAP, 1987, pp. 391-406.
- OZAKI, Muneto. «Las relaciones del trabajo en la administración pública». *Revista Internacional del Trabajo*, n.º 3, Ginebra, 1987, pp. 179-201.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto. «La incidencia de las nuevas reformas legislativas en la redefinición del estatuto de los funcionarios públicos». *Revista de Administración Pública*, n.º 134, Madrid, 1994, pp. 381-423.
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. «Un compañero de viaje histórico del Derecho del trabajo: la crisis económica». *Revista de Política Social*, n.º 143, 1984, pp. 15-22. Madrid.
- «El derecho de sindicación de los funcionarios públicos». *Revista de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 7, Madrid, 1985, pp. 179-187.
- *Derecho sindical español*. Madrid: Tecnos, 1988.
- *Los derechos laborales en la Constitución española*. Madrid: CEC, 1991.

- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y Manuel ÁLVAREZ DE LA ROSA. *Derecho del trabajo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Aceres, 1996.
- PARADA VÁSQUEZ, Ramón. *Derecho administrativo*. Tomo II. Madrid: Editorial M. Pons, 1992.
- «La degeneración del modelo de función pública». *Revista de Administración Pública*, n.º 150, Madrid, 1999, pp. 413-452.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. *Estado social y administración pública: los postulados constitucionales de la reforma administrativa*. Madrid: Civitas, 1983.
- *Administración y función pública*. Documentación administrativa 243. Madrid: INAP, 1995, pp. 67-88.
- PASCO COSMÓPOLIS, Mario. «La negociación colectiva en el sector estatal». *Themis*, n.º 15, Lima, 1989, pp. 37-40.
- «El futuro de los sindicatos en el siglo XXI». *Ius et Veritas*, n.º 15, Lima, 1997, pp. 35-42.
- PASSALACQUA PEREYRA, César. «CITE: tareas urgentes». *Cuadernos Laborales*, n.º 58, Lima, 1990, pp. 8-10.
- PATRÓN FAURA, Pedro y Pedro PATRÓN BEDOYA. *Nuevo Derecho administrativo en el Perú*. Lima: Librería Studium, 1990.
- PÉREZ AMORÓS, Francisco. «El circuito de la flexibilidad laboral». *Revista de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 14, Madrid, 1988, pp. 85-100.
- «El trabajador como sujeto de derecho en el ordenamiento español». *Revista de Política Social*, n.º 133, Madrid, 1992, pp. 79-108.
- PÉREZ, Manuel. *El sistema de mérito en el empleo público: principales singularidades y analogías respecto del empleo en el sector privado*. Documentación administrativa 241-242. Madrid: INAP, 1995.
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. «El trabajador público y los convenios colectivos». En IX Congreso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Bogotá, 1986.
- POTOBOSKY, Geraldo von. *La Organización Internacional del Trabajo*. Buenos Aires: Astrea, 1990.
- «La negociación colectiva en la administración pública central y descentralizada». *Revista de Derecho del Trabajo*, vol. XLVIII, Buenos Aires, 1988, pp. 1885-1907.
- PRATS I CATALÁ, Joan. «Servicio civil y gobernabilidad democrática». *Revista Iberoamericana de Administración Pública*, n.º 1, Madrid, 1998, pp. 21-68.
- *Los fundamentos institucionales del sistema de mérito: la obligada distinción entre función pública y empleo público*. Documentación administrativa 241-242. Madrid: INAP, 1995.
- QUINTANA VIVANCO, Rosa y Mario CABRERA VÁSQUEZ. *Introducción al estudio de la función pública*. Lima: Sagsa, 1985.
- RACCIATI, Octavio. «Los efectos jurídicos de los convenios colectivos en la administración pública». En Instituto de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. *Siete estudios de derecho colectivo del trabajo*. Montevideo: FCU, 1994, pp. 53-86.

- «El derecho del trabajo en el sector público». *Derecho Laboral*, n.º 204, Montevideo, 2002, pp. 729-807.
- RACCIATI, Octavio, Mario GARMENDIA y Sandra GOLDFLUS. «Relaciones industriales, incluyendo las disputas colectivas en el sector público». *Derecho laboral*, n.º 199, Montevideo, 2000, pp. 541-597.
- RASO DALGUE, Juan. «Un marco legal para la negociación colectiva, ¿por qué y para qué?». *Derecho Laboral*, n.º 180, Montevideo, 1995, pp. 766-774.
- RIAL, Noemí. «La negociación colectiva en el sector público». *Revista Derecho del Trabajo*, n.º 10, Buenos Aires, 1986, pp. 963-976.
- RIVAS, Daniel. «Las relaciones de trabajo en el sector público y el Convenio N.º 151». *Derecho Laboral*, n.º 154, Montevideo, 1989, pp. 295-323.
- RIVERO LAMAS, Juan. «Democracia pluralista y autonomía sindical». En *Estudios de Derecho del trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*. Madrid: Tecnos, 1980, pp. 185-229.
- RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge. *La negociación colectiva*. Buenos Aires: Astrea, 1990.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel. «Trabajo, función pública y Constitución». En Salvador del Rey Guanter, Jesús Cruz Villalón y María Fernández López (coords.). *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración pública, 1989.
- *La presunción de existencia del contrato del trabajo*. Madrid: Civitas, 1995.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y Salvador DEL REY GUANTER. «El nuevo papel de la negociación colectiva y de la ley». En Federico Durán López (coord.). *Las relaciones laborales y la reorganización del sistema productivo*. Córdoba: CES, 1983, pp. 27-45.
- ROJO TORRECILLA, Eduardo. «El modelo británico de negociación colectiva». *Revista de Política Social*, n.º 129, Madrid, 1981, pp. 91-110.
- «La ley orgánica de libertad sindical». *Revista de Política Social*, n.º 148, Madrid, 1981, 1985, pp. 7-40.
- «Un nuevo sindicato en una sociedad que cambia». *Revista de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 14, Madrid, 1988, pp. 201-214.
- ROMAGNIOLI, Umberto. «Estabilidad versus precariedad del puesto de trabajo». *Revista Derecho y Sociedad*, n.º 10, Lima, 1995, pp. 191-194.
- «Un derecho a la medida del hombre». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 14, Madrid, 1998, pp. 13-21.
- «Globalización y derecho del trabajo». *Revista de Derecho Social*, n.º 5, Albacete, 1999, pp. 9-19.
- ROQUETA BUJ, Remedios. «El proceso de formación y remodelación de la negociación laboral en el ámbito de la administración del Estado». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º 11, Madrid, 1981, 1993, pp. 37-57.
- *La negociación colectiva en la función pública*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

- RUBIO CORREA, Marcial. *Estudios sobre la Constitución política de 1993*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.
- RUBIO CORREA, Marcial y Enrique BERNALES BALLESTEROS. *Constitución y sociedad política*. Lima: Mesa Redonda Editores, 1983.
- RUIZ ELDREDGE RIVERA, Alberto. *Manual de Derecho administrativo*. Lima: Gaceta Jurídica, 1990.
- RUSCIANO, Mario. «Problemas jurídicos de la representación sindical». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 14, Madrid, 1988, pp. 187-199.
- RUSSO, Carmine y Nicola SALDUTTI. «Estatuto de los trabajadores y función pública: ¿extensión, aplicabilidad o acogida?». En Franco Carinci, Tiziano Treu y Bruno Veneziani (coords.). *El estatuto de los trabajadores italianos veinte años después*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, 1993, pp. 523-558.
- SACCHI, Carlos. «Reflexiones sobre la relación de empleo público y los derechos colectivos». *Derecho Laboral*, n.º 146, Montevideo, 1987, pp. 400-454.
- SAGARDOY BENGOCHEA, Juan. «El fenómeno de la sindicación en los tiempos actuales». *Revista de Política Social*, n.º 122, Madrid, 1976, pp. 124-136.
- SAINZ MORENO, Fernando. «El estatuto de la función pública después de la STC 99/1987 y de la ley 23/1988». *Revista de Administración Pública*, n.º 116, Madrid, 1988, pp. 321-366.
- SALA FRANCO, Tomás. *La libertad sindical y los empleados públicos*. Sevilla: Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1972.
- *Incidencia de la legislación laboral en el marco de la función pública*. Madrid: INAP, 1989.
- *Derecho del trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992.
- SALA FRANCO, Tomás y Juan RAMÍREZ MARTÍNEZ. *La carrera profesional del personal laboral*. Documentación administrativa 210-211. Madrid: INAP, 1987.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. «Notas sobre la función administrativa». En Alberto Predieri y Eduardo García de Enterría (coords.). *La Constitución española de 1978*. Madrid: Civitas, 1991, pp. 663-664.
- «Sobre la reforma administrativa italiana del período de transición con especial referencia a la organización administrativa y el empleo público». *Revista de Administración Pública*, n.º 134, Madrid, 1994, pp. 471-489.
- *Derecho de función pública*. Madrid: Tecnos, 1997.
- SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. «El derecho a la actividad sindical y su protección constitucional en el ordenamiento jurídico laboral español». *Revista Derecho y Sociedad*, n.º 10, Lima, 1995, pp. 195-205.
- «El discurso de la crisis y las transformaciones del Derecho del trabajo: un balance a la luz de la experiencia española». *Derecho y Sociedad*, n.º 11, Lima, 1996, pp. 163-168.

- «Rol del convenio colectivo en la economía nacional». *Derecho Laboral*, n.º 146, Montevideo, 1987, pp. 253-293.
- SULMONT, Denis. *El movimiento obrero peruano (1890-1980). Reseña histórica*. Lima: Tarea, 1980.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. «Los modelos de relaciones laborales, la autonomía colectiva y las constituciones de 1979 y 1993». *Derecho y Sociedad*, n.º 10, 1995, pp. 206-214. Lima.
- «El contenido del convenio colectivo». *Ius et Veritas*, n.º 9, Lima, 1994, pp. 169-178.
- *El control de la legalidad de los convenios colectivos*. Lima: ARA, 1997.
- TREU, Tiziano. *Relaciones de trabajo en la administración pública: tendencias y perspectivas*. Ginebra: OIT, 1994.
- VALDEZ DAL-RE, Fernando. «La negociación colectiva en la constitución». *Revista de Política Social*, n.º 121, Madrid, 1980, pp. 132-178.
- VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. «La estructura de la negociación colectiva: bases conceptuales y análisis del caso peruano». *Asesoría Laboral*, n.º 64, Lima, 1996, pp. 16-26.
- «La negociación colectiva en España». *Asesoría Laboral*, n.º 95, Lima, 1998, pp. 11-13.
- «Los acuerdos marco sobre la estructura de la negociación colectiva en España». *Asesoría Laboral*, n.º 94, Lima, 1998, pp. 18-21.
- *La libertad sindical en el Perú*. Lima: OIT, 2000.
- VILLORIA MENDIETA, Manuel. *La crisis del concepto de interés general y la ética del funcionario público*. Madrid: Instituto Universitario Ortega y Gasset, 1996.
- ZACHERT, Ulrich. «Por el mantenimiento y fortalecimiento de la autonomía convencional». *Asesoría Laboral*, n.º 34, Lima, 1993, pp. 18-21.

UNILATERALISMO Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA
EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos de
Ediciones Atenea eirl.

con un tiraje de 500 ejemplares

Av. Carlos Gonzales 256-260, San Miguel

Teléfonos: 452-4239 / 452-4123

Septiembre de 2005

Próximias publicaciones

*Negociaciones comerciales
internacionales*

Aníbal Sierralta Ríos

Lima satirizada (1598-1698)

Mateo Rosas de Oquendo y Juan del Valle
y Caviedes

Pedro Lasarte

La responsabilidad extracontractual

Fernando de Trazegnies

Esclavitud, economía y evangelización.

Las haciendas jesuitas en la América virreynal

Sandra Negro y Manuel M. Marzal (eds.)

Fondo Editorial de la PUCP

Plaza Francia 1164, Lima 1 - Perú

Teléfonos: (51 1) 330-7410, 330-7411

Fax: (51 1) 330-7405

Correo electrónico: feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones/fondo_ed/

Este libro aborda la problemática planteada por el unilateralismo —práctica autoritaria en las relaciones laborales— y la negociación colectiva —práctica democratizadora— en el campo de la administración pública. Por primera vez en nuestro medio se elabora un estudio riguroso, completo y documentado sobre la institución central del Derecho Colectivo del Trabajo en el ámbito del Estado. Esta publicación, además de ser un valioso texto de consulta sobre el tema, tiene importancia coyuntural ahora que el Poder Ejecutivo y el Congreso han decidido ordenar la regulación de las relaciones laborales en el Estado con la promulgación de la ley marco del empleo público y sus cinco leyes de desarrollo.

Con esta lúcida contribución al Derecho Colectivo del Trabajo, Edgardo Balbín Torres consolida su posición como uno de los más destacados académicos de nuestro medio.

