

Los derechos colectivos de los servidores públicos de confianza a la luz de la sentencia del TC que resuelve la acción de inconstitucionalidad contra la “Ley Servir”

*Por; Hugo Carrasco Mendoza
Abogado por la PUCP, especializado en
Derecho Laboral*

INTRODUCCIÓN

Con fecha 26 de abril del presente año, el Tribunal Constitucional, a través de un Pleno Jurisdiccional, ha emitido una sentencia mediante la cual se resuelve la Acción de Inconstitucionalidad promovida por una serie de instituciones¹ contra la Ley del Servicio Civil-LSC, Ley No. 30057 (llamada también “Ley Servir”); declarando inconstitucionales diversos artículos de la norma cuestionada y ratificando la constitucionalidad de otros.

Cabe señalar que esta es la segunda oportunidad en la que el máximo intérprete constitucional se pronuncia respecto a la Ley en referencia, siendo el primer pronunciamiento en el mes de mayo del 2014. En aquella ocasión, el TC había emitido la sentencia STC 0018-2013-PI/TC que declaró fundada en parte la demanda y, en consecuencia, inconstitucional la expresión “*o judicial*” del segundo párrafo de la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria de la Ley No. 30057², por vulnerar la independencia del Poder Judicial y la eficacia de sus pronunciamientos jurisdiccionales. Cabe señalar que en aquella oportunidad, no se obtuvo los cinco votos necesarios para declarar la inconstitucionalidad de los otros artículos cuestionados; cuatro de los cuales han sido finalmente declarados inconstitucionales por esta segunda sentencia³.

¹ Colegio de Abogados de Tacna, Colegio de Abogados de Junín y ciudadanos y, conforme al artículo 203º, inciso 5) de la Constitución.

² Al respecto debe tenerse presente que, el segundo párrafo de la Cuarta Disposición Complementaria de la Ley cuestionada señalaba “*Los servidores bajo los regímenes de los Decretos Legislativos 276, 728 y 1057 que ganen los concursos y opten voluntariamente por el traslado al nuevo régimen previsto en la presente Ley, dejan de pertenecer a los regímenes señalados con la respectiva liquidación de sus beneficios sociales, según corresponda, y no tienen derecho a ninguna de las condiciones y beneficios establecidos en ellos; a partir de su traslado al nuevo régimen, cualquier disposición, resolución administrativa o judicial que contravenga esta disposición es nula de pleno derecho o inejecutable por el Sector Público*”(El énfasis es nuestro). De esta manera, la norma en comentario restringía de antemano el ejercicio de la función jurisdiccional; afectando así la independencia de poderes.

³ Al respecto debe tenerse en cuenta que, cuatro de los artículos declarados inconstitucionales por esta segunda sentencia (31.2, 40, 42 y 44.b; todos ellos referidos a la negociación colectiva en el sector

Los aspectos centrales de la LSC que han sido cuestionados en esta segunda oportunidad, se encuentran referidos fundamentalmente a la determinación arbitraria del ámbito de aplicación subjetiva de la LSC, al cuestionarse la exclusión de la aplicación de la Ley a determinados servidores públicos (acogida parcialmente por el TC); la vulneración de la separación de poderes y la autonomía de los órganos constitucionalmente autónomos y gobiernos descentralizados (desestimado por el TC); la afectación del derecho de los trabajadores del sector público a conservar su puesto de trabajo como resultado de los procesos de evaluación (desestimado); la negación del ejercicio de los derechos colectivos (sobre todo la negociación colectiva) al interior de la administración pública (acogida por el TC). Adicionalmente a ello, debemos recordar que además la LSC fue cuestionada en su integridad por un aspecto formal; pues, según refieren los demandantes, al intentar modificar leyes orgánicas⁴ mediante una ley ordinaria, se estaría vulnerando la reserva de ley prevista en el artículo 106º de la Constitución; cuestionamiento que por cierto fue desestimado por el máximo intérprete constitucional.

El objetivo del presente artículo es analizar puntualmente las consideraciones expuestas por el Tribunal Constitucional, en esta sentencia, en relación al acceso de los trabajadores de confianza del sector público al ejercicio de los derechos colectivos; pues consideramos que el pronunciamiento del TC no hace una adecuada conceptualización de lo que debe entenderse por trabajadores de confianza; lo que origina la convalidación de una exclusión arbitraria de la LSC respecto al acceso a los derechos colectivos, afectando a un grupo de trabajadores, respecto a los cuales no existen fundamentos suficientemente objetivos y razonables que justifiquen la exclusión en referencia.

Al respecto, debe tenerse presente que en el Fundamento 135 de la sentencia bajo comentario, el TC señala *“Planteadas así las cosas, corresponde determinar si la limitación expresada en la disposición legal cuya*

público), ya habían sido objeto de evaluación en la primera sentencia sin haberse alcanzado la mayoría suficiente para declarar su inconstitucionalidad.

⁴Al regular las funciones de las entidades comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la LSC.

inconstitucionalidad se solicita vulnera o no el derecho a la libertad sindical de los funcionarios públicos con poder de decisión o de dirección y los servidores de confianza. Al respecto, este Tribunal Constitucional considera que la disposición legal cuestionada se limita a reiterar la restricción del derecho a la libertad sindical expresamente prevista en el artículo 42° de la Constitución; y que resulta coherente con lo establecido en el ordenamiento jurídico internacional, donde el fundamento básicamente radica, en el caso de los funcionarios públicos o los directivos públicos, en la función de decisión o de dirección que ellos tienen en la prestación de los servicios al Estado, y el grado de responsabilidad que dicha función acarrea. Y en el caso de los servidores de confianza, dicho fundamento esencialmente radica en el estatus en el que éstos se encuentran (entorno directo e inmediato de los funcionarios públicos o directores públicos) y cuya permanencia en la prestación de los servicios está supeditada a la confianza de quien lo designó. (El énfasis es nuestro).

Seguidamente, el propio Tribunal señala en el Fundamento 136 “Al respecto, cabe precisar que si bien el artículo 3.e de la ley impugnada reconoce la posibilidad de que los servidores de confianza puedan formar parte del grupo de servidores civiles de carrera, sus derechos colectivos pueden no ser los mismos por cuanto no han ingresado a la función por concurso público de méritos, manteniendo, también en este ámbito, el estatus especial inherente a su condición. (El énfasis es nuestro).

Como puede apreciarse de los considerandos citados, el TC refiere tres fundamentos para validar la exclusión contenida en la LSC respecto al goce de los derechos colectivos por parte de los trabajadores de confianza:

1. La aparente restricción contenida en el artículo 42° de la Constitución vigente;
2. La supeditación de la vigencia de la relación laboral de estos trabajadores a la subsistencia de la confianza de su empleador; y,
3. El hecho que no hayan ingresado a la función pública por concurso.

Como desarrollaremos a lo largo de las líneas siguientes, este basamento propuesto por el TC resulta manifiestamente insuficiente y no obedece a una

adecuada evaluación de las características que definen a un trabajador de confianza; las cuales deberían justificar la exclusión propuesta por el TC.

En tal sentido, a los largo de las siguientes líneas intentaremos arribar a una adecuada comprensión de la denominada categoría de trabajadores de confianza; a efectos de confrontar sus características diferenciadoras con las justificaciones doctrinales y jurisprudenciales expuestas para establecer limitaciones y restricciones al ejercicio de la libertad sindical, sobre todo respecto a los trabajadores del sector público; ejercicio que, desde nuestro punto de vista, no ha sido adecuadamente realizado por el máximo interprete constitucional en la sentencia bajo comentario.

Es de señalarse además que, aun cuando la sentencia que es objeto de esta reflexión se encuentra referida al ámbito laboral de la administración pública; no obstante, el análisis respecto a la conceptualización de los trabajadores de confianza y su posible exclusión del ejercicio de los derechos colectivos, resulta igualmente válido respecto a los trabajadores de confianza del sector privado.

LOS SERVIDOS DE CONFIANZA Y SU DISTINCIÓN RESPECTO A LOS TRABAJADORES DE DIRECCIÓN

Debemos partir reconociendo que muchos autores confunden frecuentemente a los trabajadores de dirección con los trabajadores de confianza; haciéndoles partícipes de las mismas consecuencias jurídicas; entre ellas, restricciones en el ejercicio de determinados derechos laborales.

Así, Santiago Barajas Montes de Oca conceptualiza que *“el trabajador de confianza se incorpora a la planta de empleados administrativos y se le asignan determinadas funciones, o se le otorga una posición de representación patronal, se le deja autoridad en uno o más sectores de la producción y se le hace responsable de los resultados”*⁵ (El énfasis es nuestro). De igual manera, Francisco de Ferrari los define *“Como aquellos trabajadores que asociados al poder de dirección patronal, se encuentran en capacidad de ejercer las potestades disciplinarias de las que es titular el empleador y tratan en representación de él con los terceros, de modo tal que los empleados comunes*

⁵Barajas Montes de Oca, Santiago, El contrato de trabajo, México, 1992.

*o subalternos, en el orden social y profesional, no consideran a las personas que ejercen funciones tan elevadas como formando parte de la clase asalariada, e inclusive piensan que existe entre el empleador y los altos empleados una comunidad de intereses, de tendencia y cultura que los presenta como elementos extraños a la clase trabajadora”*⁶(El énfasis es nuestro).

Como es de apreciarse, los tratadistas antes señalados definen al trabajador de confianza a partir de la función que éstos cumplen en la empresa; esto es, capacidad de representación y ejercicio de las facultades propias del empleador; lo cual es más bien una característica que define a los trabajadores de dirección.

Igual tratamiento podemos advertir en el artículo 42º de nuestra Constitución vigente al señalar que *“Se reconocen los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos. No están comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional”*. (El énfasis es nuestro).

En nuestra opinión, la disyunción débil contenida en este artículo, revela que para el constituyente, ambas expresiones (confianza y dirección) hacen referencia a una misma categoría laboral; razón por la cual se les aplica igualmente la restricción al ejercicio de los derechos colectivos.

Comparten esta lectura del artículo constitucional Bernales y Otarola, quienes al comentar la exclusión contenida en este artículo señalan *“Se excluye de este derecho a los funcionarios del Estado con poder de decisión y a los que desempeñan cargos de confianza, con la finalidad de establecer una racionalidad en el uso de la huelga: si los jefes y quienes gozan de la confianza de ellos montan las huelgas y se organizan para tratar al Estado como patronal, se produciría el absurdo de que ellos mismos cumplirían el rol de empleador y*

⁶De Ferrari, Francisco. Trabajadores de dirección y de confianza, en Asesoría Laboral, Abril 2001; disponible en http://www.alaboral.com.pe/revista_virtual.php?q=filtrar&acc=val&t=rte345&y=2#in

empleado⁷.(El énfasis es nuestro).Nótese que, en el cometario citado se omite referirse a los trabajadores de dirección, asumiendo que éstos ya se encuentran designados (o son lo mismo) cuando se hace alusión a los trabajadores de confianza. De igual manera, es de apreciarse que los autores citados atribuyen a todos estos trabajadores la capacidad de ejercer el rol del empleador; atributo que, como ya hemos señalado, es predicable respecto a los trabajadores de dirección.

Por nuestro lado, consideramos que ambas categorías (trabajadores de dirección y trabajadores de confianza) tienen naturaleza distinta y por tanto no pueden recibir idéntico tratamiento jurídico; al menos en lo que se refiere a la restricción de sus derechos colectivos; siendo esta imprecisión conceptual lo que ha llevado al Tribunal Constitucional a convalidar esta exclusión genérica del ejercicio pleno de los derechos colectivos los trabajadores de confianza.

Efectivamente, en lo que se refiere al tratamiento doctrinario de los trabajadores de confianza, Néstor De Buen señala que “(...) El trabajo de confianza no es un trabajo especial sino una relación especial entre el patrón y el trabajador, en razón de las funciones que éste desempeña. (...) En rigor, los trabajadores de confianza son trabajadores con un mayor grado de responsabilidad en atención a la tarea que desempeñan y de alguna manera hacen presente el interés del patrón...”⁸(El énfasis es nuestro).Por su parte,Barajas Montes de Oca define al trabajador de confianza como“(...)La persona que por razón de jerarquía, vinculación, lealtad y naturaleza de la actividad que desarrolla al servicio de una empresa o patrono, adquiere representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones, las mismas que lo ligan de manera íntima al destino de esa empresa o a los intereses particulares de quien lo contrata, en forma tal que sus actos

⁷Bernales Ballesteros, Enrique y Otárola Peñaranda. Alberto. La Constitución de 1993,Análisis Comparado. Quinta Edición, Lima 1999.

⁸De Buen, Néstor. Derechos del trabajador de confianza. Cámara de Diputados, LVIII Legislatura - Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. 14 y 15

*merzcan plena garantía y seguridad, y tenga su comportamiento laboral plena aceptación....*⁹(El énfasis es nuestro).

Como puede apreciarse, ambos tratadistas construyen su concepto de trabajador de confianza a partir de la calidad del vínculo que une al empleador con el trabajador, y no del puesto o las funciones que éste desempeñe. Por ejemplo, es posible que esta relación especial pueda surgir entre el empleador y la persona de servicios encargada de atender la cafetería de la oficina; así como con su asesor principal; siendo irrelevante, como es de apreciarse, la función que éste desarrolle en la empresa.

Efectivamente, en nuestra opinión, la calificación de un trabajador confianza, en realidad no responde específicamente a la labor que éste desempeña ni del puesto que este ocupa en la empresa; sino más bien al tipo especial de vinculación que lo une a su empleador; la cual se sustenta en un conjunto de atributos específicos que el empleador reconoce, de manera personalísima, en un trabajador en particular; de la cual se deriva una expectativa de conducta que debiera ser satisfecha por éste.

Ésta es pues, la diferencia sustancial de los trabajadores de confianza en relación a los trabajadores de dirección; los cuales necesariamente deben ocupar un puesto con la capacidad suficiente para representar y ejercer las facultades inherentes al empleador; esto es, no pueden existir trabajadores de dirección que; aun cuando podrían establecer la relación de confianza con el empleador; (y este es un rasgo fundamental y constitutivo de esta segunda categoría laboral); no ejerzan por delegación las facultades propias del empleador.

Al respecto ha señalado el Tribunal Constitucional *“Este Colegiado considera que, por su naturaleza, la categoría de trabajador de dirección lleva implícita la calificación de confianza, pero un trabajador de confianza no necesariamente es un trabajador de dirección, en la medida que no tiene poder de decisión ni*

⁹Barajas Montes de Oca, Santiago. Los contratos especiales de trabajo, [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, Serie G. Estudios Doctrinales, Núm. 136, p. 142.

de representación”(Fundamento 13 de la sentencia recaída en el expediente No. 03501-2006-PA/TC).

Dicha distinción pareciera que se encuentra adecuadamente recogida por el artículo 43° del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, cuando define, por un lado, al personal de dirección como aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, sustituyéndolo, o compartiendo con éste las funciones de administración y control; teniendo un grado de responsabilidad sobre el cual depende el resultado de la actividad empresarial; mientras que al personal de confianza lo define como aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado.

Sin embargo el citado artículo 43° también incluye en su definición de personal de confianza a *“aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales”*. En nuestra consideración, esta última inclusión resulta inadecuada, toda vez que en realidad, en este segundo supuesto nos encontramos frente a un trabajador de alta especialización que brinda servicios de asesoramiento (ciertamente dentro de una relación de subordinación) a la alta dirección de la empresa y cuya contratación no obedece a atributos personalísimos que le hayan permitido acceder al entorno inmediato del empleador empresa, o tener acceso a información sensible de la empresa; toda vez que, si así fuera, nos encontraríamos frente al primer supuesto de la norma.

De otro lado, lo central para efectos del presente artículo es señalar que una de las principales consecuencias que se originan de esta especial configuración de la relación laboral de un trabajador de confianza, es el surgimiento de una particular proximidad física y emocional del trabajador con su empleador o con sus colaboradores inmediatos; accediendo de esta manera a información que normalmente resulta sensible para la empresa y cuya difusión podría perjudicar a ésta.

LOS TRABAJADORES DE CONFIANZA EN LA LSC

De otro lado en lo que se refiere al ámbito público, el artículo 35º, inciso e) de la LSC señala que un servidor de confianza es un servidor civil “que forma parte del entorno directo e inmediato de los funcionarios públicos o directivos públicos y cuya permanencia en el Servicio Civil está determinada y supeditada a la confianza por parte de la persona que lo designó”(El énfasis es nuestro). De manera complementaria, el artículo de la LSC dispone que en cualquiera de los grupos de los servidores civiles pueden existir servidores de confianza.

Como es de apreciarse, al igual que en el caso de la LPCL, la LSC también define al servidor de confianza a partir del vínculo especial que une a los representantes de la entidad pública (funcionarios o directivos) y el servidor de confianza; siendo irrelevante para este efecto, la función que éste desarrolla en la entidad. Ciertamente, esta especial relación es definida a partir de la proximidad física y funcional (“entorno directo e inmediato”) donde se desempeña el servidor; condición que puede ser cumplida indistintamente por una secretaria, un asistente administrativo o un asesor¹⁰.

No obstante lo señalado, desde nuestro punto de vista, supeditar la vigencia de la relación laboral del trabajador de confianza a la subsistencia de la confianza de la persona que lo designó resulta excesiva y gravosa; toda vez que hace depender el acceso a un derecho fundamental, como es el derecho al trabajo, de la apreciación subjetiva de su empleador. Así, resulta manifiestamente irrazonable y desproporcionado despedir al mozo de un Despacho Ministerial, simplemente debido a que el Ministro “le perdió la confianza” (nótese que no estamos hablando de la comisión de una falta grave; pues en ese supuesto habría que acudir al despido disciplinario).

En realidad, esta vinculación podría ser razonable cuando se trate de aquellos funcionarios que formando parte del entorno directo e inmediato de los funcionarios públicos o directivos públicos; contribuyen de manera directa a la formación de la opinión o toma de decisiones de éste; sin embargo (tal como ya hemos señalado) en realidad en ese caso, estaríamos frente a un trabajador de

¹⁰ Quien además de personal de dirección, es de confianza.

dirección; donde, insistimos, sí podría ser razonable este tipo de restricciones o, incluso, el acceso a determinados derechos colectivos.

En tal sentido, es posible apreciar que la LSC contiene una indebida conceptualización del trabajador de confianza; siendo posible inferir que le atribuye las mismas características que a los trabajadores de dirección y, coherentemente con este yerro, le aplica las mismas restricciones y limitaciones.

LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS COLECTIVOS

Afirmar que la libertad sindical y su expresión dinámica, que es la negociación colectiva, sean derechos fundamentales, no significa de forma alguna alegar que éstos son absolutos y que resultan totalmente oponibles frente a cualquier otro derecho. Por el contrario, basado en una concepción unitaria de la persona y en la interdependencia de la sociedad, creemos en una coexistencia coherente y articulada de tales derechos, de manera que el reconocimiento del derecho de libertad sindical tiene como presupuesto el respeto (al menos en lo que se refiere al contenido mínimo) de los otros derechos fundamentales de sus propios titulares, de terceros o de la sociedad en general.

En ese sentido, resulta absolutamente admisible que la legislación nacional e internacional establezca limitaciones (exclusión de su ejercicio) y restricciones (modulación en su aplicación) al ejercicio de la libertad sindical; asumiendo ciertamente que éstas obedecen a la necesidad (racionalidad) de cautelar derechos y valores igualmente constitucionales; por su puesto sin afectar el contenido mínimo de tales derechos (proporcionalidad).

Así por ejemplo, el artículo 8º, numeral 1,a) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala “*Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar: (...) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al*

ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos.(El énfasis es nuestro). De igual manera, el numeral 2 del artículo citado contempla que esta disposición “*no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado*” (El énfasis es nuestro).

De manera similar, el artículo 8º, numeral 2 del Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, establece que “*El ejercicio de los derechos enunciados precedentemente (libertad sindical) sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que éstos sean propias a una sociedad democrática, necesarias para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás. Los miembros de las fuerzas armadas y de policía, al igual que los de otros servicios públicos esenciales, estarán sujetos a las limitaciones y restricciones que imponga la ley*”(El énfasis es nuestro).

En el mismo sentido, el artículo 8º, numeral 1 del Convenio 87 de la OIT sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, señala que “*Al ejercer los derechos que se les reconocen en el presente Convenio, los trabajadores, los empleadores y sus organizaciones respectivas están obligados, lo mismo que las demás personas o las colectividades organizadas, a respetar la legalidad*”(El énfasis es nuestro). De igual manera, el artículo 9º del Convenio en referencia señala “*La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el presente Convenio*”.

De esta manera, es de apreciarse que los instrumentos internacionales antes referidos¹¹ admiten expresamente que la legislación nacional establezca límites al ejercicio de la libertad sindical; expresando así su necesaria articulación con otros derechos fundamentales.

¹¹ Los cuales al referirse a Derechos Humanos y conformidad con el artículo 3º de la Constitución del Perú forman el bloque de constitucionalidad.

No obstante, es de apreciarse que los convenios reseñados disponen que estas restricciones obedezcan a una norma con rango legal; es decir emitida por un órgano plurirepresentativo y por tanto, con mayor grado de legitimidad para regular, o incluso limitar¹², el ejercicio de este derecho fundamental. Pero además, esta limitación o restricción del derecho en cuestión debería obedecer a la necesidad de cautelar otros derechos igualmente fundamentales, reconocidos por el marco constitucional; lo cual, sin duda, otorga razonabilidad a la medida restrictiva.

Finalmente, tratándose la libertad sindical de un derecho fundamental, su limitación en aras de cautelar otros derechos fundamentales, no puede significar la afectación absoluta de este derecho; debiendo en todo caso respetarse el contenido mínimo de éste.

LAS LIMITACIONES DEL EJERCICIO DE LA LIBERTAD SINDICAL RESPECTO A LOS TRABAJADORES DE CONFIANZA

Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, debemos señalar que en lo que se refiere a los trabajadores de confianza, en la legislación internacional no existe norma que excluya de manera general a esta categoría laboral del ejercicio de la libertad sindical. Así, por ejemplo los Convenios 87 y 98 de la OIT, que constituyen los instrumentos fundamentales en materia de libertad sindical no contienen disposición alguna que niegue a estos trabajadores el libre ejercicio de la libertad sindical.

Por el contrario, el artículo 1° del Convenio 87 establece de manera general que *“Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes”*(El énfasis es nuestro). Cabe señalar que las únicas excepciones previstas en este convenio se encuentran en su artículo 9°; el mismo que señala que *“La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas*

¹² Limitación ciertamente admitida por los propios convenios antes citados y por el artículo 28° de la Constitución del Perú, al señalar *“El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático”* (El énfasis es nuestro).

por el presente Convenio.”¹³De manera similar, el artículo 5º del Convenio 98 de la OIT, contempla únicamente la posibilidad de establecer limitaciones al ejercicio de derechos colectivos a los miembros de la Policía y las Fuerzas Armadas al señalar “La legislación nacional deberá determinar el alcance de las garantías previstas en el presente Convenio en lo que se refiere a su aplicación a las fuerzas armadas y a la policía”.

Igualmente, en el ámbito de la administración pública, el artículo 4º del Convenio 151 de la OIT sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, ubicado en la Parte II referido a la “Protección del Derecho de Sindicación” señala que “Los empleados públicos gozarán de protección adecuada contra todo acto de discriminación antisindical en relación con su empleo”; precisando en su numeral 2) que “Dicha protección se ejercerá especialmente contra todo acto que tenga por objeto sujetar el empleo del empleado público a la condición de que no se afilie a una organización de empleados públicos o a que deje de ser miembro de ella o; despedir a un empleado público, o perjudicarlo de cualquier otra forma, a causa de su afiliación a una organización de empleados públicos o de su participación en las actividades normales de tal organización”.

Sobre el particular, señala Villavicencio Ríos, “Las únicas categorías que quedan fuera de este ámbito subjetivo de manera incontrovertible son los miembros de las fuerzas armadas y de la policía nacional, cuya exclusión es permitida por los artículos 9º del Convenio 87 y 42º de la Constitución. Por el contrario, no resultan pacíficas las exclusiones de: a) los funcionarios de Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección (artículo 42º); b) los jueces y fiscales (artículo 153º), en la medida en que van más allá de la norma internacional, lo que genera que nuestras normas constitucionales (expresas y de origen internacional) tengan regulaciones contradictorias respecto de esas cinco categorías adicionales”¹⁴

En consecuencia, es de advertirse que, a nivel de legislación internacional, no existe una limitación directa respecto al ejercicio de los derechos colectivos por

¹³Es de apreciarse que en relación a los miembros de las fuerzas armadas y la Policía, tampoco el convenio contempla una exclusión absoluta; por el contrario, en la norma señala se admite una aplicación modulada de su articulado en estos sectores.

¹⁴Villavicencio Ríos, Alfredo. La Libertad Sindical en el Perú: Fundamentos, Alcances y Regulación, Lima 2010

parte de los trabajadores de confianza; debiéndose en consecuencia analizarse las razones específicas que podrían justificar la exclusión de esta categoría laboral del ejercicio de derechos colectivos.

Su limitación en el caso de los trabajadores públicos de confianza

Sin perjuicio de haber señalado que a nivel de legislación internacional no existe norma que excluya a los trabajadores de confianza del ejercicio de derechos colectivos; aun cuando éstos laboren en la administración pública (Convenio 151 de la OIT), conviene analizar si, no obstante que no se contempla en la normatividad internacional la exclusión de estos trabajadores del ejercicio de la libertad sindical, sería razonable y proporcional esta exclusión.

1. Previamente, debemos descartar que, como erradamente señala el TC, la exclusión contenida en la LSC de los trabajadores de confianza respecto al ejercicio de derechos colectivos, sólo se limita a reproducir el contenido del artículo 42° de la Constitución vigente.

Ello debido a que, como ya se ha señalado, el artículo bajo referencia parte de una indebida identificación de trabajadores de dirección y de confianza, lo cual ha sido inferido del enunciado que señala que *“No están comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional”*. (El énfasis es nuestro).

A este respecto, nótese que el artículo en mención contiene una disyunción débil al referirse a ambas categorías de trabajadores como un (único) supuesto distinto de “los funcionarios del Estado con poder de decisión”.

Coincidiendo con esta indebida equiparación, mediante el Informe Técnico N° 559-2014-SERVIR/GPGSC, emitido por la Gerencia de Políticas de Gestión del Servicio Civil, se señala que, *“El artículo 42° de la Constitución Política reconoce de manera expresa los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos estableciendo, no obstante, que los mismos no alcanzan a determinadas categorías: i) los funcionarios del Estado con poder de decisión y ii) los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, entre otros*

*supuestos (militares, policías, jueces y fiscales). El motivo de dicha exclusión responde, entre otros aspectos, a la función de representación del Estado que (en mayor o menor medida) les toca ejercer a tales funcionarios; lo que haría discordante que puedan verse beneficiados con los acuerdos que en materia de condiciones de trabajo pudiera llegar la organización sindical con la entidad en el marco de la negociación colectiva*¹⁵(El énfasis es nuestro). Como es fácil de apreciar, el informe en referencia considera como elemento constitutivo de un puesto de confianza y justificante de su exclusión del ejercicio de derechos colectivos, el ejercicio de representación del Estado (empleador); lo cual, reiteramos una vez más, es una característica de los trabajadores de dirección.

Ciertamente, esta identificación resulta acorde con el artículo 2º de la Ley de Bases de la Carrera Pública, vigente al expedirse la Constitución de 1993 y según el cual, *“No están comprendidos en la Carrera Administrativa los servidores públicos contratados, los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, pero sí en las disposiciones de la presente Ley en lo que les sea aplicable”* (El énfasis es nuestro).

Igualmente, de conformidad con el artículo 14º de la Ley antes señalada, *“El servidor de carrera designado para desempeñar cargo político o de confianza, tiene derecho a retornar a su grupo ocupacional y nivel de carrera al término de su designación en dichos cargos, lo que debe constar en la resolución correspondiente”*(El énfasis es nuestro). La equiparación en este caso resulta siendo aún más evidente pues exige, de manera general, una designación para su acceso a la administración pública (ciertamente, no a la carrera pública); lo cual resulta absurdo en el caso de los trabajadores auxiliares que, como se ha señalado, desde una adecuada definición de los trabajadores de confianza podrían ser parte de este grupo laboral.

En ese sentido, debemos concluir que el artículo 42º de la Constitución contiene en realidad una exclusión del ejercicio de derechos colectivos pero, únicamente en referencia a los trabajadores de dirección; siendo la referencia

¹⁵Posición que, además es reiterada en el Informe Técnico N° 523-2014-SERVIR/GPGSC

a los trabajadores de confianza, una indebida asimilación de éstos respecto a los primeros.

2: Seguidamente, podríamos preguntarnos si existe alguna consideración en la configuración de la relación laboral de un trabajador de confianza que justifique su exclusión del ejercicio de derechos colectivos.

A este respecto recordemos una vez más que, desde nuestro punto de vista, lo que determina la calificación de un trabajador de confianza y que por tanto, debería considerarse como fundamentos para su exclusión de los derechos colectivos; es la existencia de una relación de proximidad física y emocional con su empleador; lo cual trae como consecuencia una cierta alineación de intereses entre ambos¹⁶ y el acceso por parte del trabajador a información sensible del empleador.

Ello, en teoría, podría acarrear dos riesgos potenciales, con ocasión del ejercicio de derechos colectivos por parte de estos trabajadores:

En primer lugar que, debido al alineamiento con los intereses del empleador, estos trabajadores sean utilizados como infiltrados para el despliegue de actos de injerencia o, en general, actos antisindicales en contra de la propia organización. Es decir, en este supuesto, la restricción del ejercicio de derechos colectivos por parte de los trabajadores tendría por finalidad proteger el libre ejercicio de la libertad sindical.

No obstante, dicho riesgo estaría encarado con la disposición contenida en el artículo 12º del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo; el mismo que indica que, para ser miembro de un sindicato se requiere no formar parte del personal de confianza del empleador, "*salvo que el estatuto expresamente lo admita*". Es decir la normativa citada deja en la decisión de la organización sindical, titular del derecho que se intenta proteger y que justificaría la limitación del ejercicio de este derecho, la decisión de admitir o no en su seno a los trabajadores de confianza.

¹⁶ No olvidemos que el interés principal del trabajador es obtener los recursos necesarios para poder llevar un nivel de vida adecuado con su familia; lo cual no necesariamente significa una identificación plena con los intereses del empleador que, se asume es maximizar las ganancias de su inversión.

En tal sentido, sería absurdo brindar este tipo de protección excluyente; aun con prescindencia de la persona que se propone proteger. Cabe señalar que en este supuesto no estaríamos frente a un riesgo de vicio de la voluntad impuesto por el desequilibrio de poderes que favorece al empleador; pues en este caso los trabajadores actuarían colectivamente (aprobación de estatutos), atenuando en gran medida el desequilibrio que caracteriza a una relación laboral, desde la perspectiva individual.

De otro lado, el segundo riesgo que podría contener el reconocimiento del ejercicio de los derechos colectivos por parte de los trabajadores de confianza, es el posible uso inadecuado o abusivo de la información sensible a la que pudiera haber tenido acceso este trabajador durante la prestación de sus servicios, en el marco de una acción sindical. Es decir, en este segundo supuesto, la exclusión bajo análisis tendría como objetivo la protección del empleador frente a un supuesto de ejercicio abusivo del derecho de sindicación.

No obstante, consideramos que existen argumentos para sostener que dicha eventualidad no justificaría la negación absoluta (como pretende sancionar la sentencia del TC) del ejercicio de tales derechos.

Efectivamente, el uso abusivo de la información reservada o sensible que pudiera hacer el trabajador de confianza no se reduce al ámbito del ejercicio de derechos colectivos; motivopor el cual no resulta razonable que dicha restricción se reduzca únicamente al ámbito colectivo.

En ese sentido, es de apreciar que el empleador cuenta con diversos instrumentos legales; de naturaleza laboral (despido disciplinario de acuerdo al artículo 25º, inciso d) del TUO de la LPCL) o incluso pudiera ser de naturaleza penal (artículo 156º del Código Penal) para atender esta contingencia; de manera tal que, podemos concluir que el sistema cuenta con mecanismos para prevenir y sancionar el ejercicio abusivo de tales libertades.

Por las razones antes expuestas, debemos concluir que, la configuración especial de los trabajadores de confianza no justifica la exclusión absoluta de estos trabajadores del ejercicio de sus derechos colectivos; cuya convalidación

del Tribunal Constitucional en la sentencia bajo comentario obedece a una indebida conceptualización de esta categoría laboral.

Lima, agosto del 2016.