EXP. N° 00060-2022-0-1801-SP-LA-08 (Expediente Electrónico)
S.S:

YANGALI IPARRAGUIRRE

VASCONES RUIZ

GONZALEZ SALCEDO

Fecha de Vista: 14/07/2022

> ***Sumilla:*** *El inciso 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú prescribe que toda resolución emitida por cualquier instancia judicial, incluido el Tribunal Constitucional, se deberá encontrar debidamente motivada, en donde manifestará en los considerandos la ratio decidendi que fundamenta la decisión; la cual deberá contar –por ende- con los fundamentos de hecho y de derecho que expliquen por qué se ha resuelto de tal o cual manera.*

SENTENCIA

Lima, primero de agosto de dos mil veintidós. -

VISTOS: Observando las formalidades previstas por el artículo 131° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, interviene como ponente el señor **Juez Superior Yangali Iparraguirre**; por lo que, esta Octava Sala Laboral emite resolución con base en lo siguiente:

I. PARTE EXPOSITIVA:

ANTECEDENTES:

Resulta de autos que don **LUIS FERNANDO CALDERON VARGAS** interpone demanda de acción popular contra la **PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS,** a fin que este Colegiado Superior declare lo siguiente:

a) Determinar la nulidad e inconstitucionalidad de los artículos 9.1, 10.1 y el literal c) del artículo 29 del Decreto Supremo N°0 08-2022-PCM.
b) Ordenar los efectos retroactivos respecto a la nulidad formulada.

EXPOSICIÓN POSTULATORIA EXPRESADA POR LAS PARTES:

Del demandante. -
Funda su pretensión en las citas legales que hace mención, así como el hecho que, a pesar de la vigencia de las normas internacionales de la Organización Internacional del Trabajo – OIT en materia de negociación colectiva, el Poder Ejecutivo ha emitido unDecreto Supremo N° 008-2022- PCMen donde

solamente admite la legitimidad de negociación de las confederaciones sindicales más representativas, de manera indistinta a los regímenes laborales, conforme a la acreditación con la afiliación del mayor número de servidores públicos, correspondiente a la negociación colectiva a nivel centralizado y dentro del ámbito de negociación.

Conforme a esto, si se aprecia que el nivel de negociación solamente se efectuaría con las confederaciones sindicales con el mayor número de afiliación, el mismo impediría que las organizaciones sindicales minoritarias puedan negociar colectivamente; pues el mismo posibilitaría que el empleador público se niegue a negociar colectivamente (conllevando a una política de desaparición de las organizaciones sindicales).

Asimismo, si dentro del artículo 17.5 de la Ley N° 31188 ha establecido que las cláusulas suscritas entre las partes procesales serían de carácter permanente, hasta un nuevo pacto que las modifique, entonces el inciso c) del artículo 29° del Decreto Supremo N° 008-2022-PCM es contraria a la fomentación de la negociación colectiva; en cuanto que ahora se establece que las cláusulas temporales se regirán por el plazo señalado por las propias partes procesales.

De la demandada. -

Admitida a trámite la demanda y realizado el traslado correspondiente, se apersono la **PROCURADURIA PUBLICA ESPECIALIZADA EN MATERIA CONSTITUCIONAL DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS** contestando la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos; señalando previamente que el presente órgano jurisdiccional de primera instancia carece de competencia material para poder evaluar la presente controversia, formulando la excepción de incompetencia por razón de la materia, en cuanto que el Nuevo Código Procesal Constitucional (emitido mediante la Ley N° 31307) ha establecido que los pr ocesos de acción popular deben ser tramitadas por las Salas Constitucionales de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Ahora, con relación al fondo de la controversia, estima que la Ley N° 31188 ha implementado un sistema de negociación colectiva a nivel centralizado y descentralizado; estimando que en la primera participan las confederaciones sindicales más representativas de los trabajadores del Estado, mientras que en la segunda representan las organizaciones sindicales más representativas dentro del respectivo ámbito (el cual ya es una constatación de hecho, mas no de Derecho).

Con ello, estima que la atribución de determinar la competencia de las organizaciones sindicales procede de la implementación del numeral 8 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú; agregando que el objeto de la Ley N° 31188 es que los niveles de representación g eneral y local, se desarrolle a través de las organizaciones sindicales de mayor representación y mediante el tipo de efectos que se busca obtener con respecto a la totalidad de trabajadores (el guarda relación con el Informe Legal N° 12-2022-SERVIR-GG-

OAL, emitido por la Autoridad Nacional de Servicio Civil), el cual excluye evidentemente a las representaciones sindicales minoritarias (presunción de constitucionalidad).

De esta manera, no se ha fundamentado la razón por la cual se solicita el efecto retroactivo, ni se ha precisado la fecha desde la que deberían aplicarse el mencionado efecto, conforme lo exige las normas que regulan el proceso de acción popular y según lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia de la República; con esto, también se deberán desestimar los costos procesales dentro del presente proceso.

.....

II. PARTE CONSIDERATIVA:

PRIMERO: Materia controvertida. - Luego de analizar los fundamentos que sustentan la demanda y lo expuesto en la contestación de la misma, se puede establecer con meridiana claridad que la controversia gira en torno a las siguientes pretensiones:

a) Determinar la nulidad e inconstitucionalidad de los artículos 9.1, 10.1 y el literal c) del artículo 29 del Decreto Supremo N°0 08-2022-PCM.
b) Ordenar los efectos retroactivos respecto a la nulidad formulada.

.....

CONSIDERACIONES SOBRE EL CONFLICTO JURIDICO ESPECIFICO

EL PROCESO DE ACCION POPULAR

SEGUNDO: Respecto al proceso de acción popular. -El proceso de acción popular es la vía procesal previsto en el código procesal constitucional por el cual se podrá cuestionar normas de inferior jerarquía, el cual podrá ser emprendido por cualquier ciudadano, independientemente de que la norma que se impugne lo afecte o no; pues procede ante un supuesto que perjudique a la colectividad.

De esta manera, a través de este proceso constitucional se reconoce la posibilidad de que cualquier ciudadano defienda un interés que no le concierne como simple particular, sino como miembro de una determinada colectividad; esto es, el proceso constitucional de acción popular ha sido previsto como una suerte de control ciudadano sobre el poder reglamentario de la administración pública y, sobre todo, para el caso del Gobierno, en tanto que ella, mediante la actividad que le es propia, puede vulnerar las leyes y la Constitución.

TERCERO: En este sentido, el inciso 5) del artículo 200° de nuestra Constitución Política del Perú ha establecido como garantía constitucional el

proceso de acción popular a cargo del Poder Judicial del Perú, el cual se encontrará destinado a revisar la coherencia de los reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general (cualquiera sea la autoridad de la que emanen), conforme a la vigencia de la Constitución Política del Perú.

Asimismo, dicha previsión se encuentra precisada en el artículo 76 del Código Procesal Constitucional, al momento de indicar:

"(…) La demanda de acción popular procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso (…)"

De esta manera, al igual que el proceso de inconstitucionalidad, la vía constitucional de la acción popular es uno de control concentrado y de carácter abstracto, en tanto que el juez ordinario observará su compatibilidad o incompatibilidad con la Constitución Política del Perú y sus leyes de desarrollo (a diferencia del control difuso, con independencia de su vinculación con un caso en particular);asimismo, sus efectos serán erga omnes, esto es, oponibles a todos, y significarán la exclusión de la norma inconstitucional e ilegal de nuestro ordenamiento.

CUARTO: Si bien es verdad que el carácter esencial de las normas generales es aquellos supuestos de hecho de naturaleza indeterminada o cuyos supuestos no son apreciables cuantitativamente, (tal como se hubiese comprendido de la revisión del Exp. N° 018-2003-AI/ TC), en cuanto:

"(…) Las normas se caracterizan por tener un mandato impersonal; ergo, no tienen en cuenta la singularidad de las personas obligadas a su cumplimiento (…) La ley debe contener pautas de carácter general que sean de interés común y resultantes de la convivencia social, cuyo cumplimiento sea obligatorio para todos, es decir, erga omnes (…)"

Por el contrario, también se encuentra validado por nuestro sistema constitucional (en los últimos 15 años) que aquel carácter de generalidad de una norma no se perderá si los criterios empleados dentro de la norma observada no han sido sometidos a reglas contrarias al principio de igualdad o no discriminación.

QUINTO: En efecto, a través del Exp. N° 007-2006-AI/TC, el Tribunal Constitucional admitió que el carácter general de una norma no se podrá ver vulnerada concretamente si la misma tiene como destinatario a un conjunto de personas o una población determinada, si el objeto de su identificación no se somete a las reglas discriminatorias o arbitrarias; por cuanto:

"(…) El principio de generalidad de las normas que se infiere de lo establecido en el artículo 103º, ab initio, de la Constitución, constituye un elemento fundamental del

Estado de Derecho. Conforme a este principio las normas deben ser generales y no establecer un régimen contrario al derecho a la igualdad. El concepto de generalidad alude a que el supuesto comprendido por la norma es abstracto y los destinatarios de la misma son indeterminados. Así, la abstracción del supuesto y la indeterminación de sus destinatarios configuran la generalidad de una norma. Desde tal perspectiva, una norma que satisfaga estas condiciones es general (…) Ahora bien, una norma general puede no obstante tener como destinatario un conjunto o sector de la población, con lo cual no se infringe este principio, siempre y cuando el tratamiento diferente que se haya establecido no sea contrario al derecho a la igualdad de las personas. Para tal efecto, ha de analizarse la restricción del horario en aplicación del principio de proporcionalidad. Si la medida satisface las exigencias de este principio, entonces resulta constitucional; lo contrario supondrá su inconstitucionalidad (…)"

.....

LA COMPETENCIA DE LAS ACCIONES POPULARES

SEXTO: Respecto a la competencia de los órganos jurisdiccionales en materia laboral.- La excepción de incompetencia por razón de la materia es una figura jurídica procesal reconocida en el Código Procesal Civil, de aplicación supletoria al nuevo proceso de trabajo, en donde su incorporación tiene como finalidad evitar la prosecución de un proceso en la que se observa que el juzgador el cual evalúa la causa no posee una competencia regulada por la propia norma, en cuanto a la especialidad; en cuanto la misma es una calidad inherente al órgano jurisdiccional, y consiste en la aptitud para ejercer válidamente la jurisdicción[1].

Con ello, no bastará que un órgano jurisdiccional sea tal para que pueda actuar en cualquier proceso válidamente, dentro del carácter general del concepto, es necesario que cumpla con cierto número de requisitos, tales como: la cuantía, la materia, el tumo, el grado y el territorio[2].Tan cierto es lo afirmado que, en materia ordinaria, la Corte Suprema de la República han reafirmado tal naturaleza jurídica, al momento de sostener, a través de la Casación N°3604-2008-Ica, que:

"(...) Es reconocido por la mayor parte de la doctrina sobre los criterios que sirven para determinar la competencia son esencialmente: la materia, la cuantía, la función, el turno y el territorio, siendo los cuatro primeros absolutos e improrrogables, y el cuarto relativo y, por lo tanto, prorrogable. El carácter absoluto de la competencia responde a un interés público, en razón a la estructura y funciones esenciales de los órganos jurisdiccionales; mientras que la competencia relativa rige en función a las necesidades, conveniencia e intereses de las partes (...)".

[1] PRIORI POSADA GIOVANNI, *"La competencia en el Proceso Civil Peruano"*, Revista Derecho y Sociedad - Asociación Civil, Pág. N° 38 - 52.
[2] MONROY GÁLVEZ JUAN, *"Las Excepciones en el Código Procesal Civil Peruano", Revista THEMIS, 1994*, Pág. 119-129. Para mayor análisis, se podrá acceder a través del siguiente enlace: file:///C:/Users/pjudicial/Downloads/Dialnet-LasExcepcionesEnElCodigoProcesalCivilPeruano-5109837.pdf

SETIMO: Del derecho constitucional de Acceso a la Justicia. - El derecho de Acceso a la Justicia es un derecho implícito a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, mediante el cual se asegura a todas las personas el acceso a un tribunal de justicia (dentro del fuero jurisdiccional o arbitral), de manera directa o a través de un representante; para que –dentro de las garantías mínimas- se sustente la pretensión de la demanda conforme a los parámetros de razonabilidad en la calificación de las pretensiones.

Asimismo, de la dimensión conceptual de la demanda, el órgano competente solamente podrá tener la obligación de acoger la pretensión o declarar su improcedencia bajo un análisis razonable; por cuanto, dentro de la necesidad de brindar una tutela idónea e inmediata, no se podrá limitar una acumulación de pretensiones dentro de una medida infra legal.

Con tal fin, el Tribunal Constitucional ha prescrito, tal como lo señalado en el Exp. N°010-2001-AI/TC, que:

"(…) El Tribunal Constitucional ha sostenido en innumerables oportunidades que el derecho de acceso a la justicia es un componente esencial del derecho a la tutela jurisdiccional reconocido en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución. Dicho derecho no ha sido expresamente enunciado en la Carta de 1993, pero ello no significa que carezca del mismo rango, pues se trata de un contenido implícito de un derecho expreso. Mediante el referido derecho se garantiza a todas las personas el acceso a un tribunal de justicia independiente, imparcial y competente para la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, como lo señala el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derecho Humanos (…) Sin embargo, ***su contenido protegido no se agota en garantizar el "derecho al proceso", entendido como facultad de excitar la actividad jurisdiccional del Estado y de gozar de determinadas garantías procesales en el transcurso de él, sino también garantiza que el proceso iniciado se desarrolle como un procedimiento de tutela idóneo para asegurar la plena satisfacción de los intereses accionados****. En este sentido, su contenido constitucionalmente protegido no puede interpretarse de manera aislada respecto del derecho a la tutela jurisdiccional "efectiva", pues, como lo especifica el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, debe garantizarse el derecho de acceder a un "recurso efectivo", lo que supone no sólo la posibilidad de acceder a un tribunal y que exista un procedimiento dentro del cual se pueda dirimir un determinado tipo de pretensiones, sino también la existencia de un proceso rodeado de ciertas garantías de efectividad e idoneidad para la solución de las controversias (…)".*

OCTAVO: Del Caso Concreto. - De los fundamentos vertidos en por las partes procesales, la **parte demandada** refiere que la presente demanda es improcedente, por cuanto que el Nuevo Código Procesal Constitucional (emitido mediante la Ley N° 31307) habría establecido que los procesos de acción popular deben ser tramitadas por las Salas Constitucionales de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Ahora bien, al respecto a tal argumento, este **Colegiado Superior** considera que, si bien es verdad que el artículo 84° del Nuevo Código Procesal Constitucional ha establecido una competencia especial, en materia de acción popular, para las Salas Constitucionales, al momento de establecer:

"(...) La demanda de acción popular es de competencia exclusiva del Poder Judicial. Son competentes:

1) La Sala Constitucional de la Corte Superior del Distrito Judicial al que pertenece el órgano emisor, cuando la norma objeto de la acción popular es de carácter regional o local; y si no existiese, la sala a cargo de los procesos civiles.
2) En los demás casos, la Sala Constitucional de la Corte Superior de Lima; y si no existiese, la sala a cargo de los procesos civiles (...)"

Pero se deberá tener presente que la Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497, vigente en dentro de este proceso, ha establecido expresamente que el inciso 1) del artículo 3° que las Salas Laborales también poseen competencia en la valoración de demandas referente a acciones populares, al disponer los siguientes considerandos:

"(...) Las salas laborales de las cortes superiores tienen competencia, en primera instancia, en las materias siguientes: (...)
1. Proceso de acción popular en materia laboral, a ser tramitado conforme a la ley que regula los procesos constitucionales (...)"

NOVENO: Conforme a esto, si es que se aprecia una confrontación normativa de carácter procesal respecto a la competencia establecida en el artículo 84° del Nuevo Código Procesal Constitucional (establecida dentro de la Ley N° 31307) y el inciso 1) del artículo 3° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (contemplado en la Ley N° 29497); entonces se deberá evaluar la presente antinomia conforme a los métodos de interpretación ordinarias (tales como la jerarquía y la especialidad) y la vigencia de los derechos fundamentales, tales como la Tutela Jurisdiccional Efectiva y el Acceso a la Justicia.

Ahora bien, considerando que ambas normas provienen de la misma jerarquía normativa, por ser leyes que regulan procesos jurídicos, entonces tal elemento de interpretación no será suficiente para poder resolver la presente antinomia relacionada con la competencia de la presente acción popular, objeto de este proceso judicial; por cuanto se advierte que ambas normas se han promulgado mediante una Ley, es decir, conforme a un mismo nivel jerárquico en materia jurídica y judicial, integrando un segundo nivel dentro de nuestra pirámide jurídica nacional.

Para tal efecto, considerando que la jerarquía normativa es un elemento esencial al momento de resolver una antinomia, al haberse reconocido a nivel fundamental dentro del Exp. N° 0047-2004-AI/TC por parte del Tribunal Constitucional, relacionada con el espacio temporal y el objeto regulado; la misma no será suficiente para poder admitir un tipo de resolución a la presente

controversia, al reiterar que ambas posee la misma jerarquía jurídica, en cuanto:

"(...) La pirámide jurídica nacional debe ser establecida en base a dos criterios rectores, a saber:

a) Las categorías
Son la expresión de un género normativo que ostenta una cualificación de su contenido y una condición preferente determinada por la Constitución o por sus normas reglamentarias.
Ellas provienen de una especie normativa; es decir, aluden a un conjunto de normas de contenido y valor semejante o análogo (leyes, decretos, resoluciones, etc.).

b) Los grados
Son los que exponen una jerarquía existente entre las normas pertenecientes a una misma categoría. Tal el caso de las resoluciones (en cuyo orden decreciente aparecen las resoluciones supremas, las resoluciones ministeriales, las resoluciones viceministeriales, etc.)

En nuestro ordenamiento existen las siguientes categorías normativas y sus subsecuentes grados: (...)"

"(...) Las normas constitucionales y las normas con rango constitucional:

1er. grado: La Constitución.
2do. grado: Leyes de reforma constitucional.
3er. grado: Tratados de derechos humanos.
Al respecto, cabe señalar que el artículo 206° de la Constitución es la norma que implícitamente establece la ubicación categorial de las denominadas leyes constitucionales. De allí su colocación gradativamente inferior en relación a la Constitución en sí misma (...).

Segunda Categoría
Las leyes y las normas con rango o de ley.

Allí aparecen las leyes, los tratados, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, el Reglamento del Congreso, las resoluciones legislativas, las ordenanzas regionales las ordenanzas municipales y las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional que declaran la inconstitucionalidad de una ley o norma con rango de ley (...)"

"(...) El principio de jerarquía es el único instrumento que permite garantizar la validez de las normas jurídicas categorialmente inferiores. Ergo, la invalidez es la consecuencia necesaria de la infracción de tal principio. Los requisitos para que una norma pueda condicionar la validez de otra, imponiéndose jerárquicamente, son los siguientes:

a) Relación ordinamental. La prelación jerárquica aparece entre normas vigentes en un mismo ordenamiento constitucional.

b) Conexión material. La prelación jerárquica aparece cuando existe un enlace de contenido, objeto o ámbito de actuación entre una norma superior y otra categorialmente inferior.
c) Intersección normativa. La prelación jerárquica aparece cuando la legítima capacidad regulatoria de una norma contraría al mandato u ordenación de contenidos de otra norma.

En efecto, para que una norma categorialmente superior cumpla su función, es vital que no pueda ser desvirtuada por aquella cuya producción regula.

En resumen, el principio de jerarquía implica la determinación por una norma de la validez de otra, de allí que la categorialización o escalonamiento jerárquico se presente como el único modo posible de organizar eficazmente el poder normativo del Estado (...)"

DECIMO: Con respecto a la siguiente regla de interpretación referente a la especialidad, o también llamado especificidad, se podrá observar que la misma busca determinar el nivel de regulación respecto a una materia determinada; precisando la prevalencia del contenido esencial de una norma sobre un supuesto general respecto a la competencia procesal.

Para ello, dentro del Exp. N° 0047-2004-AI/TC, el Tribunal Constitucional ha estimado que el principio de especificidad determinará la primacía del contenido restringido o especializado sobre una norma de carácter general, en cuanto:

"(...) Esta regla dispone que un precepto de contenido especial prima sobre el de mero criterio general. Ello implica que cuando dos normas de similar jerarquía establecen disposiciones contradictorias o alternativas, pero una es aplicable a un aspecto más general de situación y la otra a un aspecto restringido, prima está en su campo específico. En suma, se aplica la regla de ¡ex posteriori generalis non derogat priori especialis (la ley posterior general no deroga a la anterior especial). Este criterio surge de conformidad con lo dispuesto en el inciso 8) del artículo 139 de la Constitución y en el artículo 8° del Título Preliminar del Código Civil, que dan fuerza de ley a los principios generales del derecho en los casos de lagunas normativas (...)"

Entonces se deberá estimar que una norma que determina un supuesto de competencia específica, tal como puede ser en materia laboral, prevalecerá sobre una norma competencial de alcances más generales; advirtiendo para ello la especialidad de la materia y la fuente de controversia por el cual se originó.

DECIMO PRIMERO: Conforme a esto, si se advierte que la competencia establecida en el inciso 1) del artículo 3° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo se encuentra relacionada con la posibilidad de formular acciones populares, contra normas de inferior jerarquía, emanadas de una relación laboral; entonces la aplicación de la modalidad interpretativa de especialidad o el principio de especificidad determinará la vigencia del inciso 1) del artículo 3° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo - Ley N° 29497 sobre el artículo 84° del Nuevo Código Procesal Constitucional, dentro del presente caso en concreto 8

(en concordancia lo establecido en el Artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil), pues la competencia establecida en el 1) del artículo 3° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo contempla un supuesto restringido, al solamente permitir acciones populares cuya fuente se encuentre determinada dentro de la materia laboral.

En base a esto, al permitir el artículo 84° del Nuevo Código Procesal Constitucional una competencia muy general respecto a la formulación de las acciones populares, entonces la misma no será suficiente para poder estimar la incompetencia del presente órgano jurisdiccional en este proceso (con relación a la prevalencia de los derechos fundamentales a la Tutela Jurisdiccional Efectiva y el Acceso a la Justicia); pues se observa que la competencia establecida en el 1) del artículo 3° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo ha contemplado una competencia muy específica, relacionada estrictamente con normas laborales de inferior jerarquía, el cual no contempla el supuesto regulado en el artículo 84° del Nuevo Código Procesal Constitucional, implementada mediante la Ley N° 31307.

De esto, al adverse validado la presente modalidad de interpretación ante la antinomia formulada, ya no será necesario evaluar las demás modalidades de interpretación normativa o reglas de resolución de antonimias; conllevando necesariamente a que este **Colegiado Superior** desestime la presente excepción de competencia, formulada por la parte demandada, en cuanto que el 1) del artículo 3° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo faculta a este órgano jurisdiccional a resolver la presente controversia.

.....

SOBRE LA LEGITMIDAD NEGOCIAL DE LOS SINDICATOS MAYORITARIOS Y MINORITARIOS EN EL SISTEMA JURIDICO PERUANO, ASI COMO LA DETERMINACION DE LAS CLAUSULAS TEMPORALES

DECIMO SEGUNDO: Sobre la Libertad Sindical desde una óptica integral.- La protección legal y constitucional en actividades sindicales (mediante la afiliación positiva, representación y afiliación negativa) es un derecho propio de todo miembro o representante sindical -sin ninguna diferenciación- para ejercer la defensa de los trabajadores afiliados así como la del propio sindicato, sea a través de sindicatos mayoritario, sindicatos minoritarios, federaciones o confederaciones; bajo la sola condición de regirse a las potestades previstas en los estatutos de la organización sindical[3], de conformidad con lo regulado en el artículo 2° del Convenio N° 087 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT[4], el cual el Estado Peruano es miembro.

[3] VILLAVICENCIO RIOS ALFREDO, *"La Libertad Sindical en el Perú: Fundamentos, alcances y regulación"*, Edit. PLADES, Lima, 2010, Pág. 115

[4] El artículo 2° del Convenio N° 087 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT prescribe que los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tendrán derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.

Para ello, esta causa se ha consagrado conforme al reconocimiento nacional (a través del artículo 28° de la Constitución Política del Perú[5]) e internacional del derecho a la Libertad Sindical, pues la misma es un derecho propio de todo trabajador -sin ninguna diferenciación- a afiliarse o desafiliarse a las organizaciones sindicales que estime conveniente; bajo la sola condición que el mismo respete los propios estatutos de la organización sindical[6], de conformidad con lo regulado en el artículo 2° del Convenio N° 087 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT[7], el cual el Estado Peruano es miembro.

De esta manera, la afiliación a una organización sindical sin ninguna distinción es una garantía reconocida en el artículo 3° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo regulado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, mediante el cual:

"(...) La afiliación es libre y voluntaria. No puede condicionarse el empleo de un trabajador a la afiliación, no afiliación, o desafiliación, obligársele a formar parte de un sindicato o impedírsele hacerlo (...)"

Pues la existencia del derecho de libre afiliación permitirá la impugnación judicial para solicitar la tutela pertinente.

DECIMOTERCERO: Además, la protección jurídica de la afiliación es un explícito mandato de limitación contra todo acto de discriminación del empresario que busque menoscabar aquella libertad sindical, su acceso al trabajo o sus condiciones de trabajo; en efecto, al tener presente que el artículo 1° del Convenio 98 de la OIT[8] dispone limites jurídicos contra todo acto que sujete el acceso o el mantenimiento del empleo a la condición de afiliarse o dejar de pertenecer a un sindicato, en la que el efecto sea el despido o cualquier otro perjuicio a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales, pues su finalidad será tratar de evitar que la relación laboral no se vea afectada negativamente por actos del empleador que tienen su origen en la actitud sindical del trabajador, conforme a una adecuada relación de causalidad[9].

---

[5] REPPETO REATEGUI ROMY, *"La Libertad Sindical y su tratamiento como causal de despido nulo en la jurisprudencia"*, Revista Actualidad Jurídica, Edit. Gaceta Jurídica, Pág. N° 308 a 312.

[6] VILLAVICENCIO RIOS ALFREDO, *"La Libertad Sindical en el Perú: Fundamentos, alcances y regulación"*, Edit. PLADES, Lima, 2010, Pág. 115

[7] El artículo 2° del Convenio N° 087 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT prescribe que los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tendrán derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.

[8] El artículo 1° del Convenio 098° de la OIT dispone que los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo; asimismo, el artículo 2° indica que dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato y b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.

[9] VILLAVICENCIO RIOS ALFREDO, *"La Libertad Sindical en el Perú: Fundamentos, alcances y regulación"*, Edit. PLADES, Lima, 2010, Pág. 116

Para ello, ya el Tribunal Constitucional, a través del Pleno Jurisdiccional recaído en el Exp. N°0008-2005-PI/TC y las sentenc ias N°3169-2006-AA/TC y N° 04468-2008-AA/TC, han definido jurisprudencialme nte el contenido de la libertad sindical, al sostener:

"(...) El artículo 28° de la Constitución Política del Perú establece que el Estado reconoce (...) y garantiza la libertad sindical. En esa línea, (...) la libertad sindical se define como la capacidad autoderminativa para participar en la constitución y desarrollo de la actividad sindical, e indica también que la libertad sindical intuito persona se encuentra amparada genéricamente por el inciso 1 del artículo 28° de la Constitución. (...) El artículo 11° del Convenio 87 de la OIT, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, señala que los estados miembros deben adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores el libre ejercicio del derecho de sindicación. El artículo 3.1 del Convenio precisa que las organizaciones de trabajadores tienen el derecho de elegir libremente a sus representantes, de organizar su administración y sus actividades, y de formular su programa de acción. (...) Asimismo, el artículo 1 del Convenio 98 de la OIT, sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva, dispone lo siguiente: 1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. 2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato; b) ***despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo (...)****".*

DECIMO CUARTO: Sobre la exigibilidad del Convenio Colectivo a nivel constitucional.- Tal como lo ha definido la doctrina nacional e internacional, el Convenio Colectivo es una norma de carácter especial y típica del Derecho de Trabajo, derivadas del ejercicio de la autonomía privada colectiva[10], en donde el convenio, como producto negocial, será la conclusión de un proceso de una Negociación Colectiva realizado entre el sindicato y el empleador; en efecto, a través del presente derecho fundamental - el cual es fuente la Libertad Sindical- la negociación colectiva se encontrará reconocida a nivel constitucional e internacional, a través de la validez y sustitución del convenio colectivo sobre los contrato de trabajo individuales (a través de las cláusulas normativas[11] y las cláusulas obligacionales[12]) siempre que sean favorables al trabajador, la

[10] TOYAMA MIYAGUSUKU JORGE, *"La naturaleza jurídica de los convenios Extra - Ley de las relaciones colectivas de trabajo"*, Revista Jurídica *"Derecho y Sociedad"*, N° 304, Pág. 304 a 307.

[11]Las cláusulas normativas son las que caracterizan principalmente al Convenio Colectivo de Trabajo, pues, por el efecto normativo, los contratos individuales de trabajo serán modificados de pleno derecho por ésta en la parte o aspecto que ella regula; pero, además, los contratos individuales de trabajo futuros se regirán conjuntamente por la convención colectiva. Por ello, el inciso a) del artículo 43° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 010-2003-TR precisa que no podrán contener disposiciones contrarias al contrato de trabajo en perjuicio del trabajador.

[12]Las cláusulas obligacionales integran la parte del Convenio Colectivo que tiene naturaleza de contrato, pues, se traducen en una creación de derechos y obligaciones válidos solo para las partes pactantes, como sucede con cualquier otro contrato. Asimismo, las cláusulas delimitadoras son aquellas regulan el ámbito de aplicación y la vigencia del convenio colectivo. Estas cláusulas

aplicación retroactiva de los beneficios acordados en el convenio (al regir desde el día siguiente de la caducidad del convenio anterior o, en su defecto, desde la fecha de presentación del pliego de reclamos, salvo plazo distinto) así como la continuidad de sus efectos ante transformaciones estructurales del empleador, etc.

Asimismo, en lo que respecta a su sustento constitucional, la jurisprudencia admite la validez del convenio colectivo entre sujetos colectivos a través del reconocimiento expreso de la negociación colectiva, pues a través del artículo 28° de la Constitución Política del Perú, nuestro sistema jurídico sustenta el derecho a la negociación colectiva, cautela su ejercicio democrático, fomenta la negociación colectiva, y que la convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado; el cual posee una estricta relación con los Convenios N° 98 y N° 151 expedida por la Organizaci ón Internacional del Trabajo - OIT. En tal sentido, se podrá comprenderá la negociación colectiva como el procedimiento que permite crear acuerdos y materializar diferentes compromisos respecto de los distintos intereses que puedan tener tanto los empleadores como los trabajadores, el cual resulta el convenio colectivo.

DECIMO QUINTO: De esta manera, a través de la sentencia recaída en los expedientes N° 00785-2004-AA/TC y N° 03561-2009-PA/ TC, el Tribunal Constitucional ha definido jurisprudencialmente que:

"(…) El derecho constitucional a la negociación colectiva se expresa principalmente en el deber del Estado de fomentar y estimular la negociación colectiva entre los empleadores y trabajadores, conforme a las condiciones nacionales, de modo que la convención colectiva que se deriva de la negociación colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado (…)"

En efecto, a través del Exp. N° 03561-2009-PA/TC, se reitera el fundamento por el cual:

"(…) En un Estado social y democrático de derecho, el derecho de negociación colectiva es consustancial con el derecho de libertad sindical, toda vez que su ejercicio potencializa la actividad de la organización sindical, en tanto le permite a ésta cumplir la finalidad -que le es propia- de representar, defender y promover los intereses de sus afiliados, y hacer posible, real y efectivo el principio de igualdad de oportunidades en el trabajo. En buena cuenta, mediante el ejercicio del derecho de negociación colectiva se busca cumplir la finalidad de lograr el bienestar y la justicia social en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social. De este modo, en algunas ocasiones, el derecho de negociación colectiva se hace efectivo a través de la celebración de acuerdos, contratos o convenios colectivos. Por dicha razón, resulta válido afirmar que la negociación colectiva constituye el medio primordial de acción de la organización sindical para la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios (…)"

conforme al artículo 29° del Reglamento Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 010-2003-TR se interpretan según las reglas de los contratos.

DECIMO SEXTO: Ahora bien, en lo que respecta a la constitucionalidad -a nivel jurisprudencial- del convenio colectivo, se podrá advertir que, a través de la sentencia recaída en el Exp. N°008-2005-PI/TC, el propio TC ha definido su estructura y alcances legales, pues el mismo es:

"(…) El acuerdo que permite crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones referidas a remuneraciones, condiciones de trabajo, productividad y demás aspectos concernientes a las relaciones laborales. En puridad, emana de una autonomía relativa consistente en la capacidad de regulación de las relaciones laborales entre los representantes de los trabajadores y sus empleadores (...) El convenio colectivo permite la facultad de autorregulación entre trabajadores y empleadores, a efectos de reglamentar y administrar por sí mismos sus intereses en conflicto. Surge de la negociación llevada a cabo entre el empleador o una organización de empleadores y una o varias organizaciones sindicales, con miras a ordenar y regular las relaciones laborales. En la doctrina aparece bajo varias denominaciones; a saber, contrato de paz social, acuerdo corporativo, pacto de trabajo, etc.(...)La convención colectiva –y, más precisamente, su producto, el convenio colectivo, que contiene normas jurídicas– constituye un instrumento idóneo para viabilizar la promoción de la armonía laboral, así como para conseguir un equilibrio entre las exigencias sociales de los trabajadores y la realidad económica de la empresa (…)".

Además, en el referido fallo, se ha precisado los elementos constitutivos del convenio colectivo en el sector privado y al público, al recalcar:

*"(...)**c.4.4.1.) Los elementos del convenio colectivo***

30. Los elementos de este instituto son:

- *Los agentes negociadores.*
- *El contenido negocial.*
- *La fuerza normativa y la eficacia de la convención colectiva.*

c.4.4.2.) Las características del convenio colectivo

31. Entre las principales características se cuentan las siguientes:

- *La supra ordinación del convenio colectivo sobre el contrato de trabajo; ello en virtud a que el primero puede modificar los aspectos de la relación laboral pactada a título individual, siempre que sea favorable al trabajador.*
- *La aplicación retroactiva de los beneficios acordados en el convenio, dado que rige desde el día siguiente de la caducidad del convenio anterior o en su defecto desde la fecha de presentación del pliego de reclamos; a excepción de las estipulaciones que señalan plazo distinto o que consisten en obligaciones de hacer o de dar en especie, que rigen desde la fecha de su suscripción.*
- *Los alcances del convenio tienen una duración no menor de un año.*
- *Los alcances del convenio permanecen vigentes hasta el vencimiento del plazo, aun cuando la empresa fuese objeto de fusión, traspaso, venta, cambio de giro del negocio, etc.*

c.4.4.3.) Tipología del convenio colectivo

32. Desde un punto de vista doctrinario, se presentan los dos modelos siguientes:

- *El modelo vertical: La normatividad estatal limita en términos bastante específicos el poder negocial de los trabajadores y empleadores.*
- *El modelo horizontal: La normatividad estatal deja en gran medida a la discrecionalidad de las partes de la relación negocial, los alcances de las convenciones colectivas.*

Podemos afirmar, con los matices necesarios, que en nuestro país el modelo horizontal es aplicable al régimen privado y el vertical al público.

c.4.4.4.) El carácter y alcance del convenio colectivo

33. La Constitución de 1979 declaraba que la convención colectiva tenía fuerza de ley entre las partes. Ello implicaba lo siguiente:

- *El carácter normativo del convenio colectivo, que lo convertía en un precepto especial del derecho laboral.*
- *Su alcance de norma con rango de ley.*

En cambio, el inciso 2 del artículo 28° de la Constitución actual señala que las convenciones colectivas tienen fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado. En tal sentido, la fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado obliga:

- *A las personas celebrantes de la convención colectiva.*
- *A las personas representadas en la suscripción de la convención colectiva.*
- *A las personas que se incorporen con posterioridad a la celebración de la convención colectiva.*

Esta noción (ámbito vinculante en el ámbito de lo concertado), ha sido recogida de la Constitución española de 1978, y se la concibe como referente del carácter normativo del acuerdo laboral. Tal como refiere Javier Neves Mujica, [Introducción al derecho laboral. Lima; PUCP, 2003], esto implica la aplicación automática de los convenios colectivos a las relaciones individuales comprendidas en la unidad negocial correspondiente, sin que exista la necesidad de su posterior recepción en los contratos individuales, así como su relativa imperatividad frente a la autonomía individual, la que sólo puede disponer su mejora, pero no su disminución.

Cabe señalar que la fuerza vinculante para las partes establece su obligatorio cumplimiento para las personas en cuyo nombre se celebró, así como para los trabajadores que se incorporaron con posterioridad a las empresas pactantes, con excepción de quienes ocupen puestos de dirección o desempeñen cargos de confianza.

En suma: dentro del contexto anteriormente anotado, la fuerza vinculante implica que en la convención colectiva las partes pueden establecer el alcance y las limitaciones o exclusiones que autónomamente acuerden con arreglo a ley.

De conformidad con lo establecido en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, la convención caduca automáticamente cuando venza el plazo fijado, salvo en aquellos

casos en que las partes celebrantes hubieren acordado expresamente su renovación o prórroga.

Para el caso del sector público rige el Convenio N° 151 de la OIT, relativo a la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública, así como el D.S. N° 003-82-PCM del 22 de enero de 1982, relativo a las organizaciones sindicales de los servidores públicos y a los procedimientos para determinar las condiciones de empleo (…)".

DECIMO SETIMO: Respecto al sistema de representación de los sindicatos.- Para efectos del nivel de representación, el artículo 9° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo[13], regulado por el Decreto Supremo N° 010-2003-TR, y su reglamento[14] prescriben que el sistema de mayor representación se otorgará al sindicato que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores dentro de su ámbito, en donde tal legitimidad en defensa de la totalidad de los trabajadores, incluso de los trabajadores no sindicalizados, se determinará conforme que sumado afilien a más de la mitad de los trabajadores dentro de la empresa.

Así, en base al argumento de asegurar la defensa de los intereses de los trabajadores, se ha confinado determinadas funciones únicamente a los sindicatos mayoritarios, pues nuestro sistema legal otorga a la presente institución procesal una solución intermedia entre el respeto a la pluralidad sindical, es decir, el igual tratamiento en la diversidad de los sindicatos y el fortalecimiento de la efectividad en la protección de los interés de los trabajadores; por lo que, bajo ninguna circunstancia, la presente conclusión podrá significar alguna exclusión de la participación de un sindicato minoritario en el procedimiento de negociación colectiva; en ese sentido, el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo . OIT, ha prescrito que:

---

[13] El artículo 9° del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo prescribe que *"En materia de negociación colectiva, el sindicato que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito asume la representación de la totalidad de los mismos, aunque no se encuentren afiliados. De existir varios sindicatos dentro de un mismo ámbito, podrán ejercer conjuntamente la representación de la totalidad de los trabajadores los sindicatos que afilien en conjunto a más de la mitad de ellos. En tal caso, los sindicatos determinarán la forma en que ejercerán esa representación, sea a prorrata, proporcional al número de afiliados, o encomendada a uno de los sindicatos. De no haber acuerdo, cada sindicato representa únicamente a sus afiliados".*

[14] El artículo 34° del Decreto Supremo N° 011-92-TR dispone que *"En concordancia con lo dispuesto en los artículos 9 y 47 de la Ley, en materia de negociación colectiva, la representación de todos los trabajadores del respectivo ámbito, a excepción del personal de dirección y de confianza, será ejercida por el sindicato cuyos miembros constituyan mayoría absoluta respecto del número total de trabajadores del ámbito correspondiente. Para estos efectos, se entiende por ámbito, los niveles de empresa, o los de una categoría, sección o establecimiento de aquélla; y los de actividad, gremio y oficios de que trata el Artículo 5 de la Ley. En el caso que ningún sindicato de un mismo ámbito afilie a la mayoría absoluta de trabajadores de éste, su representación se limita a sus afiliados. Sin embargo, los sindicatos que en conjunto afilien a más de la mitad de los trabajadores del respectivo ámbito, podrán representar a la totalidad de tales trabajadores a condición de que se pongan de acuerdo sobre la forma en que ejercerán la representación de sus afiliados. De no existir acuerdo sobre el particular, cada uno de ellos sólo representará a sus afiliados".*

"(…) Cuando la legislación de un país establece una distinción entre el sindicato más representativo y los demás sindicatos, este sistema no debería impedir el funcionamiento de los sindicatos minoritarios y menos aún privarlos del derecho de presentar demandas en nombre de sus miembros y de representarlos en caso de conflictos individuales (…)"

DECIMO OCTAVO: Por lo que, a través del Exp. N° 03655-2011-PA/TC, el colegiado constitucional ha determinado:

"(…) También es importante precisar que en nuestras normas laborales -desde el artículo 28° de la Constitución- se ha consagrado el régimen de pluralidad sindical, es decir, se permite la coexistencia de varios sindicatos en una misma empresa (u otro sistema de relaciones laborales), pues se entiende que el derecho de libertad sindical que asiste a todos los trabajadores implica poder crear tantas organizaciones como intereses pretendan defender. (...) Por otro lado, también se ha establecido el "sistema de mayor representación" para iniciar la negociación colectiva, según el cual se otorga al sindicato que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores dentro de su ámbito, la representación de la totalidad de los trabajadores, incluso de los trabajadores no sindicalizados; o la representación al conjunto de sindicato que sumado afilien a más de la mitad de los trabajadores (artículo 9° del Decreto Supremo N.0 010-2003-TR) (...) Todo ello es así a fin de asegurar la defensa de los intereses de los trabajadores, confiando determinadas funciones únicamente a los sindicatos mayoritarios. De esta manera, la institución de la "mayor representatividad sindical" aparece como una solución intermedia entre el respeto a la pluralidad sindical, es decir, el igual (tratamiento de los sindicatos, conforme al derecho de libertad sindical; y el fortalecimiento de la efectividad en la protección de los interés de los trabajadores. Cabe agregar que esto, bajo ninguna circunstancia, puede significar tampoco la exclusión de la participación de un sindicato minoritario en el procedimiento de negociación colectiva, esto es, que se pretenda limitar en forma absoluta su representación o ejercicio de los derechos inherentes a la libertad sindical, pues el sistema de mayor representación lo que busca es precisamente, valga la redundancia, representar a los trabajadores, lo cual obviamente incluye también, y con mayor razón, a las minorías sindicales (…)".

A nivel de la Corte Suprema de la República, a través de la Casación N°1315-2016-Lima, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria ha prescrito, por cuanto:

*"(…) Estando a lo antes glosado, nuestra legislación laboral ha consagrado el régimen de pluralidad **sindical**; es decir, se permite la coexistencia de varios **sindicatos** en una misma empresa (u otro sistema de relaciones laborales), pues se entiende que el derecho de **libertad sindical** que asiste a todos los trabajadores implica poder crear tantas organizaciones como intereses pretendan defender. Empero, es importante precisar que también se ha establecido el «sistema de mayor representación» para iniciar la negociación colectiva, según el cual se otorga al **sindicato** que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores dentro de su ámbito, la representación de la totalidad de los trabajadores, incluso de los **trabajadores no sindicalizados**; o la representación al conjunto de **sindicatos** que sumado afilien a más de la mitad de los trabajadores (artículo 9° del Decreto Supremo N° 010-2003-TR)(...) Ahora bien, lo*

*afirmado supone que en una empresa donde existan varios **sindicatos minoritarios** y no exista una con «mayor **representatividad sindical**» estos podrán, con el sistema de representación en la negociación colectiva vigente en nuestro ordenamiento jurídico, negociar individualmente y en forma directa con el empleador(...) Por otro lado, existiendo un **sindicato** agrupando a la mayoría absoluta de los trabajadores, los **sindicatos minoritarios** pueden ejercer o representar sus intereses; y como bien ha señalado el Tribunal Constitucional la participación de los **sindicatos minoritarios** en este supuesto debe ser canalizado, "permitiendo ser escuchados o incluso, si fuera el caso, integrándose en forma activa en la negociación que lleve a cabo el **sindicato mayoritario**. Esto obviamente ocurrirá según el libre acuerdo con que los **sindicatos mayoritarios** y minoritarios establezcan como mecanismo más idóneo de participación mutua, ello a fin de no vaciar de contenido el derecho a la negociación colectiva del **sindicato minoritario**. El **sindicato mayoritario**, por su parte, tiene el deber de recibir todas las propuestas de las minorías sindicales y concertar de la mejor forma posible todos los intereses involucrados por las partes involucradas" (...) En el orden de ideas expuesto, el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su Reglamento establecen, que el **sindicato** más representativo; es decir, aquél que afilie a la mayoría absoluta de trabajadores de un ámbito determinado, ejerce la representación de éstos y de todos los trabajadores de dicho ámbito (afiliados o no afiliados); en cambio, el **sindicato** que no cuente con dicha mayoría solo asume la representación de sus afiliados. En razón a lo expuesto, el convenio, suscrito por el **sindicato** que afilia a la mayoría absoluta de trabajadores de un determinado ámbito (**sindicato mayoritario**), comprenderá a todos los trabajadores del mismo (afiliados y no afiliados); en tanto que, si el **sindicato** no afilia a dicha mayoría y tienen la condición de **sindicato minoritario**, el convenio que suscriba alcanzará únicamente a sus afiliados (…)*".

DECIMO NOVENO: Sobre el derecho a la Igualdad y no Discriminación desde la óptica constitucional.- El Derecho a la Igualdad ante la Ley (consagrado en el inciso 2) del artículo 2° de la C onstitución Política del Perú) aparte de ser un derecho fundamental, también es un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos; pues se trata de un reconocimiento por el cual todo ciudadano no podrá ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (esto es: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ("motivo" o "de cualquier otra índole") que, jurídicamente, resulten relevantes.

Asimismo, dentro del presente derecho, también se ha precisado que no toda desigualdad constituirá necesariamente una discriminación, pues no se proscribe todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales por parte del empleador, sino un trato desigual el cual carezca de una **justificación objetiva y razonable**[15].

[15]En el Exp. N° 2537-2002-AA/TC, el propio Tribunal Constitucional precisó que "La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. Así, también el artículo 14 dice que la educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad".

VIGESIMO: En efecto, la aplicación del principio de igualdad no excluirá un tratamiento desigual; por ello, no se vulnerará dicho principio cuando se establezca una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables, en donde una parte no podrá modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.

Por tal razón, a través de las sentencias recaídas en los Exp. N° 2537-2002-AA/TC y N° 02861-2010-PA/TC, el propio TC ha conclu ido pues:

"(...)La igualdad, como derecho fundamental, está consagrada por el artículo 2.2º de la Constitución de 1993, de acuerdo al cual: "(...) toda persona tiene derecho (…) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole". Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, se trata de un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino de que sean tratadas de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación. (…) Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable (…) Sin embargo, la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribe todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables (…)".

VIGESIMO PRIMERO: Del principio de Primacía de la Realidad. - A nivel teórico, nuestro sistema jurídico peruano ha considerado que el Principio de Primacía de la Realidad tiene como finalidad evitar situaciones de fraude y simulación para evadir la aplicación y garantías de las normas propias del derecho del trabajo; por ello, el presente principio es una expresión del carácter tuitivo que irradia a todo el Derecho del Trabajo[16].

En efecto, la doctrina ha reiterado que la existencia de una relación de trabajo dependerá (en consecuencia) no de los acuerdos, disposiciones normativas

[16] ARBULU ALVA LUIS, *"La consideración y aplicación del Principio de Primacía de la Realidad en el Procedimiento de Inspección de Trabajo"*, Revista Derecho y Sociedad N° 24, Derecho y Sociedad - Asociación Civil, Pág. N° 230 a 239. Para ello, el presente trabajo se podrá revisar en el siguiente enlace: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/16972/17273

que las partes se hubiesen acogido, sino de la situación real en que el trabajador se encuentre colocado y es que) la aplicación del derecho del trabajo dependerá cada vez menos de una relación jurídica subjetiva, cuanto, de una situación objetiva, cuya existencia es independiente del acto que condiciona su nacimiento

Por ello, mediante el Principio de Primacía de la Realidad, el Juez en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o de acuerdos, debe darle preferencia a lo primero, es decir, a lo que ocurre en el terreno de los hechos o de la realidad, al constituir el Contrato de Trabajo un Contrato Realidad, esto se tipifica por la forma y condiciones bajo las cuales se ha prestado el servicio, con prescindencia de la denominación que se le pudiese otorgar a dicha relación.

VIGESIMO SEGUNDO: De esta manera, es de público conocimiento que el Tribunal Constitucional ya ha determinado, desde hace varias décadas (tal como se aprecia de las sentencias recaídas en los Exp. N° 1944-2002-AA/TC y N° 833-2004-AA/TC), que el principio de primacía de la realidad forma parte de nuestro sistema jurídico por antonomasia, por cuanto:

"(...) En caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos(...)"

"(...) En virtud del principio de primacía de la realidad –que es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, según el cual, en caso de discordia entre lo que ocurre en la realidad y lo que aparece en los documentos (...) debe otorgarse preferencia a lo que sucede y se aprecia en los hechos (...)"

VIGESIMO TERCERO: Con relación al principio de Legalidad.- Para ello, no debemos de dejar de tener presente que el Principio de Legalidad es una garantía reconocida en diferentes sistemas jurídicos en relación a la supra/subordinación entre los representantes del Estado y los ciudadanos en virtud el cual los representantes del Estado no podrán afectar la esfera jurídica de cada ciudadano sin estar sujeto a una norma, en este caso la Ley, que lo autorice, en base a la imposición equilibrada del poder.

Asimismo, en materia jurisdiccional y constitucional, la aplicación del principio de legalidad conllevará a la consagración de un derecho a la Seguridad Jurídica, pues todo individuo poseerá el derecho a guiar una expectativa privada válida mediante una línea directriz (emanada por un poder público) el cual deberá ser razonable y fundada; por ello que, existe la premisa general que -aplicable al presente caso- ningún ciudadano podrá ser procesado ni condenado por acto u omisión que, al tiempo de cometerse, haya sido previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista dentro del sistema jurídico[17].

[17] Para VIGNOLO CUEVA ORLANDO, en su trabajo titulado, *"La cláusula del Estado de Derecho, el principio de legalidad y la administración pública. Postulados básicos y transformaciones"* Boletín

Por ello, el Estado Moderno intervendrá en forma reiterada, intensa y generalmente contundente en muchas áreas de la vida de los gobernados siempre y cuando exista una norma o mandato legal en el cual le faculte en forma expresa, pues la misma es una regla de competencia y regla de control[18], pues será invalido todo acto de un poder público que se encuentre contrario a la Ley o en base a una falta de regulación.

VIGESIMO CUARTO: De esta manera, a través de la sentencia recaída en el Exp. N° 02192-2004-AA, el Tribunal Constitucional ha definido que el principio de legalidad es una garantía primaria de los derechos fundamentales, por cuanto:

"(...) El principio de legalidad es una garantía normativa de los derechos fundamentales. En su formulación básica, este se encuentra reconocido en el ordinal a) del inciso 24 del artículo 2° de la Constitución, de acuerdo con el cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. Su recepción en el Capítulo I, del Título I de la Constitución, dedicado a los derechos fundamentales, pone de relieve, por un lado, el criterio de libertad general con que se reconoce a las personas, cuyo respeto de su autonomía moral viene constitucionalmente impuesto; y, de otro, que, en la medida que se reconoce dicha libertad general de actuación, no obstante, cualquier injerencia o intervención que se realice a esta solo puede venir autorizada por una ley. (...) Subyace a la exigencia de que sea una ley la que establezca cualquier restricción a la libertad general de actuación, la institucionalización de una garantía formal a favor de los derechos, de acuerdo con la cual las intervenciones que se les practiquen habrán de encontrarse justificadas siempre que se hayan introducido mediante esta fuente formal del derecho. No se trata de la reserva de una específica fuente formal del derecho, sino de las prácticas y principios democráticos que subyacen en el proceso previo a su sanción y promulgación. En concreto, asegurar que la limitación a los derechos haya sido objeto de una deliberación pública y plural y que cuente con la aquiescencia de los representantes de la sociedad en el Estado. (...) A tales alcances del principio de legalidad subyacen las garantías de certeza y predictibilidad del sistema jurídico como

---

Mexicano de Derecho Comparado, Vol. 44 N° 131, México, may/ago 2011 (link: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332011000200010)
el principio de legalidad es la manifestación más arraigada y principal del Estado de Derecho, pues la misma surgió de la confluencia de los postulados liberales creados durante los siglos XVIII y XIX.
Para ello, era urgente la expulsión de la arbitrariedad de los modelos políticos post revolucionarios, y esto sólo podía lograrse desde el señorío de la ley que desterrase la nuda voluntad de un sólo hombre. En tal sentido, se buscó que el sistema de gobierno basado en las decisiones subjetivas del príncipe absolutista y de sus agentes sea cambiado por un régimen general, objetivo, igualitario y previsible. Adicionalmente, se trasladó el centro de gravedad de la soberanía hacia el pueblo y sus representantes democráticamente elegidos, modificación sustancial que supuso la implantación de la vinculación obligatoria de todos los representados al producto normativo creado por estos mandatarios del soberano: la ley.
Por tanto, cuando uno hace mención del principio de legalidad debe entender que no se refiere en exclusiva a la vinculación de la organización administrativa a la ley emitida exclusivamente por el órgano parlamentario, todo lo contrario, este concepto tiene un forzoso sentido amplio, en el que cabe incluir a la carta magna y a todas las normas inferiores a ésta; en definitiva, será entender que su despliegue supone la obediencia de este poder público a todo el ordenamiento y al conjunto de la ciencia jurídica, siendo ambos signos del indubitable triunfo del Estado constitucional de derecho.

[18] ISLAS MONTES ROBERTO, *"Sobre el Principio de Legalidad"*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XV, Montevideo, 2009, Pág. 97 a 108

condiciones indispensables para que las personas puedan desarrollarse confiadamente en la vida comunitaria (…)".

VIGESIMO QUINTO: Del principio constitucional de Interdicción de la Arbitrariedad. – La noción del Principio de Interdicción de la Arbitrariedad es el reconocimiento de la presencia de una arbitrariedad en nuestro sistema jurídico peruano, esto es, una medida o actuación que rebasa la razonabilidad y proporcionalidad dentro del ejercicio de la función pública; pues la misma podrá limitar la forma de aplicación del derecho o la actuación de las partes en beneficio de sus propias arbitrariedades.

Al respecto, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se ha precisado que el objeto de la interdicción de la arbitrariedad se sujeta a su específica concordancia con la realidad; en cuanto a través de la sentencia recaída en el Exp. N° 0090-2004-AA/TC se ha precisado los siguien tes términos:

"(...) Del principio del Estado de Derecho surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado:
a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho.
b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a cada decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo (…)
En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad (…)"

"(…) El concepto de arbitrario apareja tres acepciones igualmente proscritas por el derecho:
a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica;
b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y
c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica(...)"

VIGESIMO SEXTO: Del Caso Concreto. - De los fundamentos vertidos en por las partes procesales, la **parte demandante** sostiene que, a pesar de la vigencia de las normas internacionales de la Organización Internacional del Trabajo – OIT en materia de negociación colectiva, el Poder Ejecutivo ha emitido un Decreto Supremo N° 008-2022-PCM en donde solamente admite la legitimidad de negociación de las confederaciones sindicales más representativas, de manera indistinta a los regímenes laborales (a nivel centralizado y descentralizado), conforme a la acreditación con la afiliación del mayor número de servidores públicos, correspondiente a la negociación colectiva a nivel centralizado y dentro del ámbito de negociación.

Si se aprecia que el nivel de negociación solamente se efectuaría con las confederaciones sindicales con el mayor número de afiliación, el mismo

impediría que las organizaciones sindicales minoritarias puedan negociar colectivamente; pues el mismo posibilitaría que el empleador público se niegue a negociar colectivamente (conllevando a una política de desaparición de las organizaciones sindicales).
Asimismo, si dentro del artículo 17.5 de la Ley N° 31188 ha establecido que las cláusulas suscritas entre las partes procesales serían de carácter permanente, hasta un nuevo pacto que las modifique, entonces el inciso c) del artículo 29° del Decreto Supremo N° 008-2022-PCM es contraria a la fomentación de la negociación colectiva; en cuanto que ahora se establece que las cláusulas temporales se regirán por el plazo señalado por las propias partes procesales.

Por su parte, la **entidad demandada** refiere que la Ley N° 31188 ha implementado un sistema de negociación colectiva a nivel centralizado y descentralizado; estimando que en la primera participan las confederaciones sindicales más representativas de los trabajadores del Estado, mientras que en la segunda representan las organizaciones sindicales más representativas dentro del respectivo ámbito (el cual ya es una constatación de hecho, mas no de Derecho).

Con ello, considera que la atribución de determinar la competencia de las organizaciones sindicales procede de la implementación del numeral 8 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú; agregando que el objeto de la Ley N° 31188 es que los niveles de representación general y local, se desarrolle a través de las organizaciones sindicales de mayor representación y mediante el tipo de efectos que se busca obtener con respecto a la totalidad de trabajadores (el guarda relación con el Informe Legal N° 12-2022-SERVIR-GG-OAL, emitido por la Autoridad Nacional de Servicio Civil), el cual excluye evidentemente a las representaciones sindicales minoritarias (presunción de constitucionalidad).

De esta manera, no se ha fundamentado la razón por la cual se solicita el efecto retroactivo, ni se ha precisado la fecha desde la que deberían aplicarse el mencionado efecto, conforme lo exige las normas que regulan el proceso de acción popular y según lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia de la República; con esto, también se deberán desestimar los costos procesales dentro del presente proceso.

VIGESIMO SETIMO: Con respecto al nuevo nivel de negociación colectiva, este **Colegiado Superior** considera preliminarmente que el artículo 5° de la Ley N° 31188 ha previsto expresamente que el ámbito de aplicación de la negociación colectiva se determinará a través de dos niveles; esto es, uno dentro del ámbito centralizado y otro en el descentralizado, en donde el efecto de la negociación colectiva alcanzará a todos los trabajadores o aquellos que se encuentren comprendidos dentro de su ámbito de aplicación.

Ahora bien, de la revisión del artículo 5° de la Ley N° 31188, se podrá advertir que el objeto de la negociación colectiva es la posibilidad que las organizaciones sindicales puedan negociar incremento de remuneraciones, materia económica o condiciones de trabajo, a nivel centralizado o

descentralizado; en donde las organizaciones sindicales podrán negociar con el Estado tales conceptos, dentro de un ámbito de aplicación global (para todos los trabajadores públicos) o sectorial (por territorio o entidad), para lo cual se requiere establecer la legitimidad de tales organizaciones sindicales.

VIGESIMO OCTAVO: Conforme a ello, si los artículos 9.1 y 10.1.1. del Decreto Supremo N° 008-2022-PCM ha establecido que **el nivel de negociación colectiva centralizada** requiere la participación de las organizaciones sindicales más representativas, en este caso las confederaciones, para que los efectos sean extensivos a todos los trabajadores; entonces este **Colegiado Superior** aprecia que la condición requerida por la Ley N° 3 1188 determina que la organización sindical sea la más representativa a nivel global (tal como ha establecido el artículo 9.1 del Decreto Supremo N° 008-2022-PCM), pues a través de la misma se podrá obtener los efectos convencionales (tanto clausulas normativas y obligacionales) que obtendrán todos los trabajadores de la administración pública.

Por consiguiente, desde una óptica comparativa o sistemática, si es que el artículo 9° del Texto Único Ordenado de la Ley de R elaciones Colectivas de Trabajo, regulado por el Decreto Supremo N° 010-200 3-TR, y su reglamento, prescriben que el sistema de mayor representación se otorgará al sindicato que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores dentro de su ámbito; al momento de regularse:

"(...) En materia de negociación colectiva, el sindicato que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito asume la representación de la totalidad de los mismos, aunque no se encuentren afiliados. De existir varios sindicatos dentro de un mismo ámbito, podrán ejercer conjuntamente la representación de la totalidad de los trabajadores los sindicatos que afilien en conjunto a más de la mitad de ellos. En tal caso, los sindicatos determinarán la forma en que ejercerán esa representación, sea a prorrata, proporcional al número de afiliados, o encomendada a uno de los sindicatos. De no haber acuerdo, cada sindicato representa únicamente a sus afiliados (...)".

"(...) En concordancia con lo dispuesto en los artículos 9 y 47 de la Ley, en materia de negociación colectiva, la representación de todos los trabajadores del respectivo ámbito, a excepción del personal de dirección y de confianza, será ejercida por el sindicato cuyos miembros constituyan mayoría absoluta respecto del número total de trabajadores del ámbito correspondiente. Para estos efectos, se entiende por ámbito, los niveles de empresa, o los de una categoría, sección o establecimiento de aquélla; y los de actividad, gremio y oficios de que trata el Artículo 5 de la Ley. En el caso que ningún sindicato de un mismo ámbito afilie a la mayoría absoluta de trabajadores de éste, su representación se limita a sus afiliados. Sin embargo, los sindicatos que en conjunto afilien a más de la mitad de los trabajadores del respectivo ámbito, podrán representar a la totalidad de tales trabajadores a condición de que se pongan de acuerdo sobre la forma en que ejercerán la representación de sus afiliados. De no existir acuerdo sobre el particular, cada uno de ellos sólo representará a sus afiliados (...)"

VIGESIMO NOVENO: Entonces se podrá apreciar que los artículos 9.1 y 10.1.1. del Decreto Supremo N° 008-2022-PCM ha guardado las mismas características normativas que la norma aplicable dentro del régimen privado nacional, por cuanto que ha requerido la necesidad que las organizaciones sindicales participantes (confederaciones) sean las más representativas a nivel nacional, considerando un tipo de mayoría absoluta, para que los efectos del convenio colectivo sean asignados a todos los trabajadores.

En ese sentido, si dentro de los artículos 9.1 y 10.1.1. del Decreto Supremo N° 008-2022-PCM, se ha precisado los siguientes parámetros de evaluación:

"(...) 9.1 En la negociación colectiva centralizada:
Se consideran legitimadas en la negociación colectiva centralizada a las confederaciones sindicales más representativas de los trabajadores del Estado a nivel nacional, en función a la cantidad de afiliados de las organizaciones sindicales (...)"

"(...) 10.1.1 La mayor representatividad de las organizaciones sindicales se entiende respecto de aquella organización sindical, o coalición de las organizaciones sindicales inscritas en el Registro de Organizaciones Sindicales de Servidores Públicos, que al momento de presentación del proyecto de Convenio Colectivo acrediten contar con el mayor número de servidores públicos afiliados del total de servidores que comprende dicho ámbito de negociación, en cuyo caso los acuerdos arribados rigen para todos los servidores públicos comprendidos en el ámbito de la negociación (...)"

Por lo que, si es que la posibilidad de negociar centralmente requiere un tipo de negociación en donde los beneficios acordados alcancen a la totalidad de trabajadores; entonces será necesaria la legitimación negocial contemplada en los artículos 9.1 y 10.1.1. del Decreto Supremo N° 008-2022-PCM, los cuales son constitucionales y razonables dentro de la presente controversia, debido a que se necesita la participación de las organizaciones sindicales más representativas (el cual se relaciona con la modalidad de representación sindical absoluta), con el objeto que los beneficios económicos o condiciones de trabajo sean extensivos a los demás trabajadores.

TRIGESIMO: Con respecto a la aplicación del test de ponderación constitucional, se procederá a evaluar los siguientes elementos referentes al test de idoneidad, test de necesidad y la ponderación en sentido estricto; con el objeto de observar si la norma impugnada se encuentra revestida de constitucionalidad o carece de ella.

a) **Test de Idoneidad. –** El test de idoneidad, tal como lo señalado en el Exp. N° 003-2005-PI/TC por parte del Tribunal Const itucional, permite apreciar si el objeto de la norma presentada a poseído un fin legítimo o si su finalidad ha guardado una relación válida con la vigencia de los demás derechos involucrados u otro bien jurídico relevante.

   Conforme a esto, si el objeto de la negociación colectiva, a nivel centralizado, es la mejora de las condiciones de trabajo o incrementos

remunerativos a todos los trabajadores de la administración pública; entonces ha sido valido y razonable que la legitimidad negocial haya sido asignada a las confederaciones con mayor grado de representación, pues a través de la misma se podría obtener aquella finalidad, al existir la finalidad que estos beneficios sean legalmente horizontales a la totalidad de trabajadores.

Entonces, al existir la necesidad que estas organizaciones sindicales cuenten con un tipo de capacidad negocial determinada, entonces no apreciamos un rasgo de inconstitucionalidad referente al presente extremo sujeto a un test de idoneidad, pues la misma ha buscado la modalidad adecuada para poder una eficacia horizontal de tales beneficios de carácter colectivo.

b) **Test de Necesidad. -**Respecto al siguiente nivel, el test de ponderación requiere (tal como se indica en el Exp. N° 4677-200 4-PA/TC por parte del TC) que la medida empleada haya sido consecuencia de una falta de medios alternativos para poder resolver la controversia presentada o que su efecto no sea tan gravoso con respecto a la vigencia de los derechos constitucionales de las partes afectadas; por cuanto, la identificación de medidas alternativas o situaciones menos gravosas que pudiesen obtener la misma situación, hará que las normas empleadas sean declaradas inconstitucionales.

Por esto, al ser una comparación entre los mecanismos procedimentales para poder alcanzar la misma finalidad con la vigencia constitucional de los sindicatos minoritarios, se podrá apreciar que la presente modalidad si ha sido necesaria y adecuada; al tener presente que el objeto de la misma requiere una legitimación colectiva especial, con el objeto que los beneficios acordados sean distribuidos a todos los trabajadores públicos.

De esta manera, al no apreciar otra medida menos gravosa para los sindicatos no minoritarios, con respecto a la necesidad de garantizar una eficacia horizontal a todos los trabajadores de la administración pública; entonces se observa que tal apartado normativo ha superado un test de necesidad, debido a que es la única modalidad legal para poder obtener un tipo de negociación centralizada y eficaz para todos los trabajadores.

c) **Test de Ponderación en sentido estricto. –** La ponderación en sentido estricto sugiere el equilibrio o determinación de la prevalencia de los derechos constitucionales en conflicto dentro de un caso concreto, pues a través de la misma determinará objetivamente la vigencia de un derecho constitucional específico sobre los demás, para poder resolver una puntual controversia.
Por ello, la ponderación estrictamente significa la evaluación de las posibilidades jurídicas respecto a la realización de un derecho, el cual se encuentra en conflicto con otro; en base a la aplicación del principio de razonabilidad dentro de las causas y sus efectos.

Sobre el particular, si ya se ha determinado puntualmente que la legitimidad de las confederaciones en la negociación colectiva centralizada ha superado el test de necesidad constitucional; por consiguiente, se procederá a realizar el test de ponderación en sentido escrito.

Conforme a esto, si es que se advierte que la necesidad de obtener un tipo de negociación colectiva centralizada, en beneficio de todos los trabajadores estatales; entonces no se observa una afectación a los derechos constitucionales a la Libertad Sindical o Negociación Colectiva de los sindicatos minoritarios, dentro de nuestra Carta Magna, en cuanto que se requiere un tipo de legitimidad especial (en el presente caso a las confederaciones) para poder negociar en beneficio de una totalidad de los trabajadores y el cual no poseen aquellos sindicatos minoritarios.

TRIGESIMO PRIMERO: De esta manera, considerando nuevamente un tipo de legitimidad especial con respecto a este tipo de negociación centralizada, entonces no se advierte algún vicio de ilegalidad o inconstitucionalidad con respecto a este extremo de la demanda; más aún si el propio Comité de Libertad Sindical de la OIT (dentro del Informe N° 540 e Informe N° 541) ha establecido que el efecto de la participación de los organismos más representativos será la selección de derechos preferenciales hacía los trabajadores beneficiarios, al momento de sostener:

"(...) El hecho de reconocer la posibilidad de un pluralismo sindical no impediría que se concedieran ciertos derechos y ventajas a las organizaciones más representativas. Siempre y cuando la determinación de la organización más representativa se base en criterios objetivos, establecidos de antemano y precisos, con el fin de evitar toda decisión parcial o abusiva, y las ventajas se limiten de manera general al reconocimiento de ciertos derechos preferenciales en lo que se refiere a cuestiones tales como la negociación colectiva, la consulta por las autoridades o la designación de delegados ante organismos internacionales (...)"

"(...) El Comité admitió que, por ejemplo, podrían acordarse ciertas ventajas en materia de representación, a los sindicatos en razón de su grado de representatividad, pero consideró que la intervención de los poderes públicos en materia de ventajas no debería ser de tal naturaleza que influyese indebidamente en la elección por los trabajadores de la organización a la que desean afiliarse (...)"

Así, **se advierte que el presente extremo de la demanda deberá ser infundado,** con respecto a la legitimidad procesal de las organizaciones sindicales a nivel de negociación centralizada.

TRIGESIMO SEGUNDO: Ahora, **con relación al nivel de negociación colectiva descentralizada**, este **Colegiado Superior** advierte que la Ley N° 31188 ha establecido que este tipo de negociación se podrá realizar a nivel territorial, sectorial o por entidad pública; al estar relacionada con los tipos de negociación colectiva focalizada o asignada para un tipo de trabajadores afiliados, en donde los beneficiarios solamente estarán relacionados con el sector, entidad o ámbito geográfico dentro del cual se ha suscrito.

Por consiguiente, si el objeto de negociación pudiese realizarse a nivel territorial, sectorial o local, en donde el artículo 9.1. del Decreto Supremo N° 008-2022-PCM admite que el objeto de negociación se realizará dentro de los trabajadores de su propio ámbito, conforme a los presentes:

"(…) El nivel descentralizado, que se lleva a cabo en el ámbito sectorial, territorial y por entidad pública, o en el que las organizaciones sindicales estimen conveniente, y que tiene efectos en su respectivo ámbito, conforme a las reglas establecidas en el artículo 9.2 de la Ley. En los gobiernos locales la negociación colectiva se atiende con cargo a los ingresos de cada municipalidad. En el caso de los gobiernos locales con menos de 20 trabajadores, estos podrán acogerse al convenio colectivo federal de su organización de rama o adscribirse al convenio de su elección con el que exista afinidad de ámbito, territorio u otros (…)"

Entonces se podrá advertir que la aplicación estricta o literal del artículo 10.1.1. del Decreto Supremo N° 008-2022-PCM, con relación a lo establecido en el artículo artículo 9.1., si podrá afectar el derecho constitucional a la Libertad Sindical y la Negociación Colectiva de los sindicatos minoritarios; en cuanto que impediría a los sindicatos minoritarios a acceder a una negociación colectiva o existir la posibilidad que estos organismos sindicales puedan acceder a posibilidades de negociación dentro de la administración pública (relacionadas con las cláusulas normativas u obligacionales), bajo una limitación organizacional que no prohíbe la propia Ley N° 31188 (al no impedir que las organizaciones sindicales minoritarias puedan acceder a una negociación colectiva descentralizada).

TRIGESIMO TERCERO: Conforme a ello, si dentro del artículo 10.1.1. del Decreto Supremo N° 008-2022-PCM, ha establecido un tipo de legitimidad negocial similar a los tipos de nivel centralizado, entonces se aprecia que tal asignación dentro de los niveles de negociación descentralizada si sería discriminatorio para los sindicatos minoritarios; pues, conforme al presente apartado normativo, la misma imposibilitaría que los sindicatos minoritarios puedan participar en reuniones de trato directo o suscribir cláusulas obligacionales que pudiesen beneficiar directamente a los miembros de su organización.

Para ello, si dentro del nivel de negociación descentralizada, también se requiere un tipo de legitimación especial para que las organizaciones puedan participar dentro de la negociación colectiva dentro de un territorio, sector o entidad pública; al momento de considerar nuevamente la siguiente motivación establecida en el artículo 10.1.1. del Decreto Supremo N° 008-2022-PCM, mediante:

"(...) 10.1.1 La mayor representatividad de las organizaciones sindicales se entiende respecto de aquella organización sindical, o coalición de las organizaciones sindicales inscritas en el Registro de Organizaciones Sindicales de Servidores Públicos, que al momento de presentación del proyecto de Convenio Colectivo acrediten contar con el mayor número de servidores públicos afiliados del total de servidores que comprende

dicho ámbito de negociación, en cuyo caso los acuerdos arribados rigen para todos los servidores públicos comprendidos en el ámbito de la negociación (...)"

Entonces se observa una seria afectación al derecho a la Libertad Sindical y la Negociación Colectiva de los sindicatos minoritarios, por cuanto que no podrían acordar conjuntamente las organizaciones sindicales minoritarias dentro de tales circunstancias materiales; a pesar que en este tipo de negociación no sea extensible a todas los trabajadores de la administración pública, impidiendo que estas organizaciones puedan participar dentro de las reuniones de coordinación (tal como ya viene sucediendo con algunas entidades públicas empleadoras, tal como se aprecia de la Carta N° D00 0808-2022-MML-GA-SP-ARL o la Carta N° D000990-2022-MML-GA-SP-ARL, emitidas por la Municipalidad Metropolitana de Lima), formular sus pliegos de reclamos o pudieran obtener beneficios exclusivamente conjuntos aplicables a sus organizaciones sindicales (tales como las cláusulas obligacionales), el cual conllevaría consecuentemente a un serio peligro de la propia actividad o existencia organizacional de tales organizaciones gremiales (teniendo presente que la actividad sindical se encuentra íntimamente relacionada con la negociación colectiva y la propia huelga).

TRIGESIMO CUARTO: Para que no exista duda de lo afirmado, se procederá a realizar un nuevo test de ponderación constitucional, con el objeto de determinar si la presente medida ha superado el test de idoneidad, test de necesidad y la ponderación en sentido estricto; con el objeto de observar si la norma impugnada se encuentra revestida de constitucionalidad o carece de ella.

a) **Test de Idoneidad. –** El test de idoneidad, tal como lo señalado en el Exp. N° 003-2005-PI/TC por parte del Tribunal Constitucional, permite apreciar si el objeto de la norma presentada a poseído un fin legítimo o si su finalidad ha guardado una relación válida con la vigencia de los demás derechos involucrados u otro bien jurídico relevante.

   Conforme a esto, si el objeto de la negociación colectiva, a nivel descentralizado, es la mejora de las condiciones de trabajo o incrementos remunerativos a los trabajadores de la administración pública circunscritos a un espacio geográfico, ámbito sectorial o a una propia entidad pública; entonces si sería valida y razonable que la legitimidad negocial pueda ser asignada a las organizaciones con mayor grado de representación, pues a través de la misma, también se podría obtener aquella finalidad, al existir el traslado de los beneficios sean asignados a estos tipos de trabajadores específicos.

   Entonces, al existir la finalidad que estas organizaciones sindicales cuenten con un tipo de capacidad negocial determinada, entonces no apreciamos un rasgo de inconstitucionalidad referente al presente extremo sujeto a un test de idoneidad, pues la misma ha buscado la modalidad adecuada para poder una eficacia de tales beneficios de carácter colectivo.

b) **Test de Necesidad. -** Respecto al siguiente nivel, el test de ponderación requiere (tal como se indica en el Exp. N° 4677-200 4-PA/TC por parte del TC) que la medida empleada haya sido consecuencia de una falta de medios alternativos para poder resolver la controversia presentada o que su efecto no sea tan gravoso con respecto a la vigencia de los derechos constitucionales de las partes afectadas; por cuanto, la identificación de medidas alternativas o situaciones menos gravosas que pudiesen obtener la misma situación, hará que las normas empleadas sean declaradas inconstitucionales.

Por esto, mediante una comparación entre la capacidad negocial de las organizaciones sindicales dentro de una negociación centralizada con el tipo de capacidad o legitimidad que se precisa dentro de la negociación descentralizada; entonces podremos apreciar que la misma no podrá superar el test de necesidad, dentro del presente escenario, pues no se ha contemplado otros escenarios normativos dentro del cual se pueda tener una menor intensidad en la afectación o nivel de participación de los sindicatos minoritarios en la negociación descentralizada (aspecto no admitido por el documento denominado “Exposición de Motivos” del Decreto Supremo N°08-2022-PCM).

Conforme a ello, si es que se aprecia que existen escenarios normativos no previstos, en donde se puede incluir la participación de los sindicatos minoritarios puedan acceder a los derechos constitucionales a la Libertad Sindical y la Negociación Colectiva, sin la necesidad que estas organizaciones tengan el riesgo de estar excesivamente limitadas o poder desaparecer; entonces se observa que la presente medida normativa contemplada en el reglamento no ha superado el test de necesidad, en cuanto no ha contemplado medidas o escenarios legales en donde se pueda admitir la participación de las organizaciones sindicales minoritarias a nivel territorial, sectorial o dentro de la misma entidad pública.

De esta manera, conforme a los argumentos esbozados en la presente resolución, este **Colegiado Superior** tampoco comparte respetuosamente las razones empleadas por la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR, a través del Informe Técnico N° 085-2022-SERVIR (Expedida por la Gerencia de Política del Gestión del Servicio Civil), al momento de señalar que la legitimidad de las organizaciones sindicales tendría que sujetarse a las de mayor representación o al mayor número de afiliaciones; por cuanto tales conclusiones serían contraria a un test de ponderación constitucional o sujetarse a una sola arbitrariedad institucional (en la identificación de la legitimidad de las organizaciones sindicales dentro de una negociación descentralizada), pues con tal argumento reductivo solamente se desconocería flagrantemente otras medidas alternativas menos gravosas que conseguirían la misma finalidad o se permitiría unilateralmente la

posibilidad que los sindicatos minoritarios se vean seriamente afectados dentro del ejercicio de su propia libertad sindical o negociación colectiva.

Por estas razones, consideramos que los argumentos empleados dentro del Informe Técnico N° 085-2022-SERVIR, dentro de los siguientes términos:

"(…) En el nivel descentralizado, la legitimidad es ejercida por la mayor representatividad de las organizaciones sindicales se entiende respecto a aquella organización sindical o coalición de las organizaciones sindicales que al momento de presentación del proyecto de Convenio Colectivo acredite contar con el mayor número de servidores públicos afiliados del total de servidores que comprende dicho ámbito de negociación, en cuyo caso los acuerdos arribados rigen para todos los servidores públicos comprendidos en el ámbito de negociación (…)"

No podrán ser objeto de validación o aprobación jurisdiccional dentro del presente proceso de acción popular, en cuanto se está demostrando que la presente argumentación administrativa adoptada por SERVIR a contravenido el test de necesidad empleado por el Tribunal Constitucional y ser absolutamente discriminatoria; por ser una medida gravosa, innecesaria y vulneratorio de diversos derechos constitucionales.

c) **Test de Ponderación en sentido estricto. –** La ponderación en sentido estricto sugiere el equilibrio o determinación de la prevalencia de los derechos constitucionales en conflicto dentro de un caso concreto, pues a través de la misma determinará objetivamente la vigencia de un derecho constitucional específico sobre los demás, para poder resolver una puntual controversia.

Por ello, la ponderación estrictamente significa la evaluación de las posibilidades jurídicas respecto a la realización de un derecho, el cual se encuentra en conflicto con otro; en base a la aplicación del principio de razonabilidad dentro de las causas y sus efectos.

Sobre el particular, si ya se ha determinado puntualmente que la legitimidad especial de los sindicatos de mayor representatividad no ha superado el test de necesidad constitucional; entonces ya no habrá la necesidad de emplear el test de ponderación en sentido estricto en el presente caso, pues ya se ha determinado que las resoluciones impugnadas han sido inconstitucionales.

TRIGESIMO QUINTO: Asimismo considerando que el Comité de Libertad Sindical, Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo. OIT, ha prescrito que los Estados miembros no deberán impedir el funcionamiento de los sindicatos minoritarios o privarlos de presentar pliegos de reclamos, al momento de precisar:

"(…) Cuando la legislación de un país establece una distinción entre el sindicato más representativo y los demás sindicatos, este sistema no debería impedir el funcionamiento de los sindicatos minoritarios y menos aún privarlos del derecho de presentar demandas en nombre de sus miembros y de representarlos en caso de conflictos individuales (…)"

Entonces existe un paradigma internacional para poder establecer que la posibilidad de negociación a nivel descentralizado no podrá limitar los derechos colectivos de los sindicatos minoritarios; por cuanto que exigir un tipo de legitimidad especial a estos tipos de organizaciones sindicales involucraría que no puedan participar en las negociaciones colectivas, no presentar su pliego de reclamos y peligrar su propia actividad gremial, solamente agravaría una garantía institucional pregonada por la propia Organización Internacional del Trabajo.

TRIGESIMO SEXTO: Asimismo, podremos apreciar que tal condición estructural, con respecto a la legitimidad negocial de los sindicatos minoritarios, el mismo también fue abordado por uno de los magistrados del Tribunal Constitucional, voto del Dr. Eloy Espinoza Saldaña, quien (dentro del Exp. N° 00018-2021-PI/TC), quien ha sostenido que las modalidades de negociación colectiva también deberán basarse dentro de un principio democrático, al enfatizar:

"(…) Reitero que el análisis pasa por abordar el principio democrático en su real dimensión, que, por cierto, se encuentra expresamente reconocido en los artículos 3 y 43 de la Constitución. Entre sus contenidos o subprincipios se encuentran, entre otros, el principio mayoritario (o de respeto a la decisión o al gobierno de las mayorías); el principio pluralista (que se alude, entre otras posibilidades, a la representación proporcional, a la desconcentración del poder o a la prohibición de regímenes de partido único, etc.); el principio de respeto a las minorías (o de "respeto a los derechos de las minorías", el cual representa un límite de innegable relevancia para el principio mayoritario y es lo que suele llamarse como "democracia sustantiva"); el principio de alternancia (referido al aseguramiento de elecciones periódicas o de régimen competitivo de elecciones, por ejemplo); y el principio deliberativo (que implica que la democracia va más allá del "momento del voto", sino que es una "cultura" o "forma de vida", lo cual involucra la discusión abierta e inclusiva de los asuntos públicos, la necesidad de ofrecer razones y espacios de deliberación o reflexión para la toma de decisiones, la existencia de mecanismos de fiscalización y control del poder, etc.) (…)"

Conllevando a que, necesariamente, el principio democrático en las relaciones colectivas de trabajo garantice la participación de las organizaciones sindicales minoritarias dentro de la negociación colectiva descentralizada (permitiendo la aplicación del derecho constitucional de Igualdad y No Discriminación, con respecto a la legitimación negocial contemplada en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-2003-TR); por cuanto que una aplicación literal o restringida del artículo 10.1.1. del Decreto Supremo N° 008-2022-PCM si podrá afectar los derechos fundamentales a la Libertad Sindical y la Organización Colectiva

dentro del supuesto de negociación colectiva a nivel descentralizado (territorial, sectorial o dentro de la propia entidad).

Así, **se deberá declarar fundada solamente en el extremo correspondiente a la inconstitucionalidad del artículo 10.1.1. del Decreto Supremo N° 008-2022-PCM**, en cuanto se deberá incluir normativamente la participación de los sindicatos minoritarios dentro de la negociación colectiva dentro del nivel descentralizado.

TRIGESIMO SETIMO: Ahora, **con respecto a la impugnación del inciso c) del artículo 29° del Decreto Supremo N° 008-2022-PC M**, relacionada con el plazo de las cláusulas temporales, este **Colegiado Superior** podrá observar que el objeto de la demanda es determinar si la misma podría contravenir el artículo 17.5 de la Ley N° 31188; por cuanto que la ley habría establecido que las cláusulas suscritas entre las partes procesales serían de carácter permanente, hasta un nuevo pacto que las modifique.

Ahora bien, si es que se advierte que el inciso c) del artículo 29° del Decreto Supremo N° 008-2022-PCM ha establecido que las clausulas temporales se sujetarán al periodo establecido por las partes procesales, al precisar:

"(…) Las cláusulas temporales contenidas en el Convenio Colectivo rigen únicamente durante el plazo señalado por las partes, transcurrido el cual caducan y no resultan exigibles (…)"

Entonces se podrá advertir que la misma no ha contradicho lo desarrollado por el artículo 17.5 de la Ley N° 31188, por cuanto la ley ha establecido que las cláusulas ordinariamente serán permanentes, salvo que existan cláusulas de carácter temporal, al momento de indicar:

"(…) Sus cláusulas siguen surtiendo efecto hasta que entre en vigencia una nueva convención que las modifique. Las cláusulas son permanentes, salvo que, de manera excepcional, se acuerde expresamente su carácter temporal (…)"

TRIGESIMO OCTAVO: Por consiguiente, si es que se aprecia la posibilidad de la suscripción de clausulas temporales, en base a la prevalencia del derecho fundamental a la Negociación Colectiva, entonces se podrá observar que la implementación del inciso c) del artículo 29° del Decreto Supremo N° 008-2022-PCM no contraviene lo normado en el artículo 17.5 de la Ley N° 31188; debido a que la vigencia de lo acordado por las partes procesales solamente estaría relacionada necesariamente con la suscripción de cláusulas temporales y del cual se requiere la determinación de un plazo temporal.

Entonces, aunque la Ley N° 31188 determine la prevalencia de las clausulas de carácter permanente, el mismo no contradice lo normado dentro del inciso c) del artículo 29° del Decreto Supremo N° 008-2022-PC M; pues a través de la misma solamente se ha determinado cual sería la vigencia temporal de las cláusulas no permanente, reiterando su carácter excepcional y sujeto a un plazo que deberán estipular expresamente las partes procesales.

TRIGESIMO NOVENO: Adicionalmente, aunque dentro de la demanda, dentro de los fundamentos de hecho y de derecho el literal e), numeral 7.2 del artículo 7° del Decreto Supremo N° 008-2022-PCM; sin embargo , se advierte que la parte demandante ha precisado, dentro de la celebración de la vista de la causa, que el objeto central de la demanda ha sido la impugnación de los artículos 9.1, 10.1 y el literal c) del artículo 29 del Decreto Supremo N° 008-2022-PCM, el cual también ha sido objeto de contestación de la demanda presentada por la entidad demandada. Por consiguiente, si la misma no ha sido sustentada mínimamente por la parte demandante dentro de la audiencia oral o contradicha por la entidad dentro de la misma, no existe merito suficiente para poder valorar la impugnación en la presente sentencia.

Con ello, al no advertir una contravención entre aquellos apartados normativos, así como con la vigencia del derecho constitucional a la Negociación Colectiva; entonces **se advierte que el presente extremo de la demanda deberá ser declarado infundado**.

.....

RESPECTO A LOS EFECTO RETROACTIVOS DE LA DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD

CUADRAGESIMO: De la finalidad de tutela de los derechos fundamentales.-Al respecto, el Artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, aplicable de manera supletoria al presente proceso, ha previsto que los procesos constitucionales (tales como los procesos de amparo, habeas corpus, habeas data, cumplimiento, etc.) tendrán por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo al estado anterior la violación o amenaza de violación de los derechos reconocidos en la Constitución Política del Perú.

Para ello, la doctrina nacional actualmente ha referido que la tutela restitutoria de los procesos constitucionales, el cual podrá aplicarse a los procesos ordinarios, se concentrarán en la protección de los derechos fundamentales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza[19]; en donde esta reposición al estado anterior a la vulneración del derecho fundamental se concentrará en restituir al accionante el goce y disfrute de la situación jurídica o de la garantía contravenida, conforme al reconocimiento judicial o derecho pre existente[20] al momento de haberse constituido la vulneración; garantizándose

[19]EGUREN PRAELI FRANCISCO JOSE, *"La finalidad restitutoria del proceso constitucional de amparo y el alcance de sus sentencias"*, Revista Derecho y Sociedad - Asociación Civil, Lima N° 25, Pág. N° 144 a 149.

[20] Tal como lo señalado por el autor NESTOR SAGUÉS PEDRO en su libro *"Derecho Procesal Constitucional: Acción de Amparo"*, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1988, Pág. 433; la ley de amparo posibilita una variada gama de conductas que pueden imponerse al accionado, en donde la demanda de amparo tendrá efectos restitutorios, pues tienden a impedir que se consume la lesión si el acto no ha tenido principio de cumplimiento, lo suspende si ha comenzado a cumplirse y en cuanto a lo ya cumplido retrotrae las cosas al estado anterior, si es posible.

de esta manera el ejercicio del derecho vulnerado que ha dado origen al procedimiento judicial, es decir, cesar la referida violación, eliminando la causa de la misma y haciendo cesar sus efectos[21].

CUADRAGESIMO PRIMERO: De la misma forma, a nivel internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos - CIDH ha sostenido progresivamente que la reparación constitucional del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye **el restablecimiento de la situación anterior** y la **reparación de las consecuencias que la infracción produjo**[22], más el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales; por lo que, en su propia jurisprudencia, la referida Corte ha sostenido que la reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido, ya sea a través de la restitución integra, la indemnización, satisfacción, o de garantías de no repetición.

En tal dirección, a través de reiterada jurisprudencia, tal como lo desarrollado en los expedientes N° 0976-2001-AA/TC, N° 0253-2003 -AA/TC y N° 03052-2009-PA/TC, el TC ha dejado expresa constancia de la presente garantía a nivel de restituciones (en el presente caso reposiciones laborales) de los derechos fundamentales señalados, al momento de precisar:

"(...)*Teniendo en cuenta la propia finalidad del amparo, que es la de "reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional", como expresamente lo indica el artículo 1º de la Ley Nº 28237, debe concluirse, que* ***verificado que sea la existencia de una lesión de derechos fundamentales****(...) Carecerá de efecto legal- cuando se produce con violación de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o los tratados relativos a la promoción, defensa y protección de los derechos humanos (…)".*

CUADRAGESIMO SEGUNDO: Del caso en concreto. – Sobre lo solicitado, la **parte demandante** incide que corresponde los efectos retroactivos normas impugnadas, mediante la invalidez de los actos emanados de la aplicación de los artículos 9.1, 10.1 y el literal c) del artículo 29 del Decreto Supremo N° 008-2022-PCM.

Por el contrario, la **entidad demandada** considera que no existe motivo suficiente para poder sustentar el efecto retroactivo de las normas impugnadas; por cuanto que no se ha precisado la fecha desde la que deberían aplicarse el mencionado efecto, conforme lo exige las normas que regulan el proceso de

[21]EGUREN PRAELI FRANCISCO JOSE, *"La finalidad restitutoria del proceso constitucional de amparo y el alcance de sus sentencias"*, Revista Derecho y Sociedad - Asociación Civil, Lima N° 25, Pág. N° 144 a 149.
[22] FAUNDEZ LEDESMA HECTOR, *"El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales"*, citado por EGUREN PRAELI FRANCISCO JOSE en su obra*"La finalidad restitutoria del proceso constitucional de amparo y el alcance de sus sentencias"*.

acción popular y según lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia de la República.

CUADRAGESIMO TERCERO: Respecto a la presente causal, este **Colegiado Superior** considera que, a pesar que las normas impugnadas hayan sido declaradas inconstitucionales dentro del presente proceso, los mismos no podrán ser causal suficiente para ordenar la nulidad de los procesos de negociación colectiva descentralizados originados por la presente norma (medio de negociación colectiva que ha sido amparado dentro de la presente sentencia); por cuanto que diversos trabajadores se encuentran dentro del procedimiento de ser beneficiarios con tales convenios colectivos descentralizados.

Por esto, al no poder comparar la declaración de una nulidad civil con los efectos de una vulneración de derechos fundamentales dentro de los derechos sociales, se podrá apreciar que -en materia laboral- la declaración de una inconstitucionalidad no conllevará necesariamente a la nulidad de los procedimientos de negociación colectiva a nivel descentralizado; en tanto que tal declaración afectaría inmediatamente derechos de otros trabajadores, ajenos al presente proceso, los cuales actualmente ya cuentan con expectativas relacionadas con la asignación de beneficios por condiciones de trabajo y aumento de conceptos económicos.

CUADRAGESIMO CUARTO: Conforme a ello, aplicando el criterio establecido por el Tribunal Constitucional a través del Exp. N° 01263-2010-PA/TC con respecto al efecto de las sentencias constitucionales, se procederá a señalar expresamente que **los efectos de la presente inconstitucionalidad (sujeto a una acción popular) se sujetarán a los procesos futuros que pudiera realizar las entidades del Estado (al nivel descentralizado)**, en cuanto que las modificaciones que se tuvieran que realizar se validará a partir de la presente sentencia se encuentre consentida y ejecutoriada.

En base a esto, **se deberá declarar infundada la demanda en el presente extremo**, ordenando que los efectos de la presente inconstitucionalidad se sujetarán a los procesos futuros que pudiera realizar el Estado a nivel de los procedimientos de negociación colectiva descentralizados.

.....

DEL PAGO DE COSTAS Y COSTOS PROCESALES

CUADRAGESIMO QUINTO: Sobre los costos y costas procesales por parte del Estado. - La fijación de costos y costas procesales, obedece, en su dimensión material, a una idea de resarcimiento económico a la parte afectada, al haberse visto en la necesidad de recurrir a plantear una pretensión jurídica en sede jurisdiccional, así como el pago de tasas jurisdiccionales.

En su dimensión formal, exige el ejercicio del derecho de petición sobre la circunstancia fáctica de un patrocinio real frente a la afectación de un derecho protegido[23], adicionando el acceso de la justicia.

CUADRAGESIMO SEXTO: Del Caso Concreto. - Al respecto, **la parte demandante** solicita el pago de costos y costas procesales dentro del presente proceso, por cuanto que los alegado en la demanda se encuentra fundamentada y acreditada con los medios probatorios anexados.

La **parte demandada** refiere que no se ha tenido en cuenta lo dispuesto por el Código Procesal Civil, que refiere que los Poderes del Estado se encuentra exonerado del pago de costos procesales, más aún, si no se advierte mala fe de esta parte.

CUADRAGESIMO SETIMO: Al respecto, esta **Instancia Superior** considera que si bien el artículo 413° del Código Procesal Civil dispone que:

"(…) Están exentos de la condena en costas y costos los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionalmente autónomos, los gobiernos regionales y locales (…)"

Pero también es parte de ese desarrollo legislativo la Sétima Disposición Complementaria y Final de la Ley N° 29497 – Nueva Ley Procesal del Trabajo en tanto que estipula:

"(…) En los procesos laborales el Estado puede ser condenado al pago de costos (…)"

En consecuencia, el artículo 413° del Código Procesal Civil debe ser aplicado de acuerdo a su desarrollo legislativo. En esa medida, en materia laboral el Estado, todos los Poderes del Estado, así como la administración pública podránser condenados al pago de costos.

CUADRAGESIMO OCTAVO: En efecto, ¿A qué obedece el hecho de si se condena o no al pago de costas y costos al Estado? La respuesta hay que buscarla vía interpretación finalista del dispositivo:

"(…) *En los procesos laborales el Estado puede ser condenado al pago de costos (…)*". Así, este **Colegiado Superior** considera que la intención perseguida con dicho dispositivo es:

(i) Que el Estado como empleador se vincule y actúe respetando las normas que rigen el trabajo dependiente con el objeto de reducir la judicialización de los conflictos jurídicos derivados de ello.

[23] La premisa de fijación de costos procesales establecida por los artículos 56º del Código Procesal Constitucional y 412º del Código Procesal Civil, obedece, en su dimensión material, a una idea de resarcimiento económico a la parte afectada, al haberse visto en la necesidad de recurrir a plantear una pretensión jurídica en sede jurisdiccional. En su dimensión formal, exige el ejercicio del derecho de petición sobre la circunstancia fáctica de un patrocinio real frente a la afectación de un derecho protegido. Para ello, se podrá revisar el Exp. N° 06586-2008 expedida por la Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

(ii) En los casos en que el conflicto jurídico ya se generó y está judicializado a que antes de defender a ultranza el actuar de la institución se efectúe una valoración concienzuda del caso materia de litigio a efectos de reconocer los extremos que de modo objetivo resulten acorde a la justicia; pues, la defensa jurídica del estado tampoco puede significar litigar por el sólo hecho de no dejar en indefensión al Estado sino litigar con base a probabilidades de éxito.

De lo contrario el Estado desde sus propios órganos estaría amparando una judicialización improductiva y que, por el contrario, genera una saturación en la atención de las causas por los órganos jurisdiccionales, afectando de ese modo la administración de justicia laboral para la sociedad. Por tanto, el Estado debe ser condenado al pago de costos únicamente si es que no se ha efectuado una defensa jurídica realista y con probabilidades de éxito, esto es, si ha tenido suficientes motivos razonables para litigar por los extremos en que haya sostenido el conflicto jurídico.

CUADRAGESIMO NOVENO: Por tal razón, en procura de un correcto comportamiento de las partes en general y especialmente de las Procuradurías Públicas a cargo de las defensas judiciales del Estado, este **Colegiado Superior** estima que, en este caso, la demandada sí debe ser condenado al pago de costos procesales mas no en el extremo de las costas; por lo que, se procederá a ordenar el pago de los costos procesales, los cuales se determinarán en la etapa de ejecución de sentencia. Sin costas procesales.

Con esto, **corresponderá amparar la demanda en lo que respecta a los costos procesales,** debiendo confirmarse la sentencia. Desestimando el pago de costas procesales.

.....

III. PARTE RESOLUTIVA:

Por los fundamentos expuestos, este Colegiado, con la autoridad que le confiere el artículo 138º de la Constitución Política del Perú y la Ley, impartiendo justicia en nombre de la Nación.

HA RESUELTO:

1. Declarar **FUNDADA EN PARTE** la demanda interpuesta por **LUIS FERNANDO CALDERON VARGAS** contra la **PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS,** al haberse acreditado la vulneración de diversos derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución Política del Perú.

2. **SE DECLARA LA NULIDAD** del siguiente apartado normativo objeto de la demanda:

a) El artículo 10.1 del Decreto Supremo N° 008-2022 -PCM, con relación a la legitimidad de las organizaciones sindicales dentro del procedimiento de negociación colectiva a nivel descentralizado.

3. **ORDENAR EXPRESAMENTE** que la entidad demandada proceda a realizar las presentes acciones normativas:

a) Emitir un nuevo reglamento a través del cual se permita que las organizaciones sindicales minoritarias puedan participar de la negociación colectiva en el procedimiento de negociación colectiva descentralizada.

4. **ABONAR** el pago de costos procesales, los cuales se determinarán dentro de la etapa de ejecución de sentencia. Sin costas procesales.

5. **DECLARAR INFUNDADA** la impugnación de los siguientes apartados normativos:

a) El artículo 9.1 del Decreto Supremo N° 008-2022-PCM , con relación a la modalidad de procedimiento de negociación colectiva, a nivel centralizado y descentralizado.
b) El artículo 10.1 del Decreto Supremo N° 008-2022-PC M, sobre la legitimidad de las organizaciones sindicales dentro del procedimiento de negociación colectiva a nivel centralizado.
c) El literal c) del artículo 29 del Decreto Supremo N° 008-2022-PCM, respecto a la vigencia en el tiempo de las cláusulas no permanentes.

6. **DECLARAR INFUNDADO** la declaración de efectos retroactivos respecto a las normas impugnadas; precisando que los efectos de la presente inconstitucionalidad se sujetarán a los procesos administrativos posteriores al consentimiento del presente proceso.

7. **DECLARAR IMPROCEDENTE** la excepción procesal de incompetencia por razón de la materia.

8. **Notifíquese. -** ***LJBB***