

Autonomía convencional e intervención estatal *

Javier Neves Mujica

Profesor de Derecho Laboral en la Facultad de Derecho de la PUC

1. La autonomía privada individual y la intervención estatal

El Derecho Romano diseñó dos figuras contractuales para regular el trabajo humano productivo¹, por cuenta ajena² y libre³ (Alonso Olea): 1) la *locatio conductio operarum* y 2) la *locatio conductio operis*. La primera figura comprendía la obligación del locador de prestar su actividad a un tercero, sometiéndose a sus órdenes, a cambio de una remuneración. La segunda, abarcaba la obligación del locatario de ejecutar una obra para un tercero, con los materiales proporcionados por éste, sin obligación de obediencia, a cambio de una retribución (Sanguineti Raymond).

El Derecho Francés (Código Civil de 1804) retomó varios siglos después esas mismas figuras, con la denominación de contrato de arrendamiento de servicios y de obra, respectivamente, ambas en el campo del Derecho Civil. En épocas más o menos coincidentes, sin embargo, se habían producido la Revolución Industrial (en lo económico-social) y la Revolución Francesa (en lo jurídico-político), en virtud de las cuales el contexto de aplicación de dichas figuras variaba considerablemente: se había pasado de una época de escasa mano de obra libre (mundo romano) o de producción en talleres aislados (régimen feudal) con pocos recursos y pocos trabajadores, a un etapa de acumulación sin precedentes de capital y de trabajo. Aparecen con ello,

de un lado, la fábrica, y del otro, la clase trabajadora.

La ideología liberal imperante entonces consideraba al trabajo como una mercancía que se ofrecía en el mercado, sujeta como las demás a las leyes de la oferta y la demanda. Un supuesto orden natural guiaba a la economía, por lo que el Estado debía abstenerse, para no perturbar su desenvolvimiento. Adicionalmente, los individuos eran tenidos por libres e iguales, gracias a lo cual todos podían desempeñar cualquier industria (quedaban disueltas las corporaciones y prohibidas las asociaciones) y podían pactar entre ellos sin restricciones lo que conviniera a sus intereses (autonomía de la voluntad).

El resultado de esta conjunción de elementos fue la sobre-explotación de los trabajadores, con jornadas excesivas y salarios miserables. Esta derivaba de una realidad social que desmentía cruelmente las apariencias: las partes del contrato de arrendamiento de servicios no eran iguales, porque una tenía poder económico y la otra sólo su fuerza de trabajo, y en consecuencia esta última tampoco era verdaderamente libre, sino que debía aceptar las reglas impuestas unilateralmente por el empresario, sin poder contar con una organización sindical que la respaldara, ya que éstas estaban proscritas.

Frente a esta situación los obreros se organizaron, de muy variadas formas, luchando contra el Estado y los empresarios por su derecho de asociarse y la obtención de mejores condiciones de trabajo. Tras períodos iniciales de brutal represión, que costaron multitud de obreros asesinados y encarcelados, el movimiento obrero logró forzar al Estado a abandonar su supuesta neutralidad, modificar su ordenamiento e intervenir en las relaciones de trabajo y la vida económica en general (Ojeda Avilés). Esta intervención tuvo entonces un sentido protector del trabajador. Las causas de la intervención son debatidas por diversos autores y tal vez ha-

* Versión preliminar de un estudio a publicarse por DESCO.

1. Trabajo productivo es el que el hombre presta con un fin económico: el de procurarse mediante aquel los medios necesarios para su subsistencia.
2. Trabajo por cuenta ajena es aquel en que una relación pre-existente a la ejecución del trabajo, surgida entre el trabajador y un tercero, determina en forma inicial u originaria, la atribución de los frutos del trabajo a ese tercero.
3. Trabajo libre es aquel en el cual la causa determinante de la atribución originaria de los frutos al tercero deriva de un acto voluntario del trabajador.

yan concurrido varias de ellas en dicho fenómeno: la búsqueda de un equilibrio real y ya no formal entre las partes, a través de la protección jurídica al sujeto económicamente más débil de la relación; la defensa del orden establecido, que un sindicalismo revolucionario amenazaba fuertemente; la fijación de reglas al capitalismo global, para acabar con la ilimitada voracidad de capitalistas individuales; y el propósito de evitar el creciente fortalecimiento de las organizaciones obreras (De la Villa, Camps Ruiz, García-Perrote Escartín). Asimismo, es debatida la necesidad de mantener esa intervención estatal tuitiva, cuando el orden ya no está amenazado o se ha reconocido la autonomía colectiva (Camps Ruiz).

En este marco de quiebra del liberalismo, surge la figura del contrato de trabajo, con idéntico contenido al antiguo arrendamiento de servicios (prestación subordinada de actividad), pero sustraída del Derecho Civil, que lo sujetaba a las reglas antes expuestas, e inserta en una nueva área del Derecho: el Derecho del Trabajo, que establece las normas y principios que regulan la relación objeto del contrato de trabajo. Ahora, el uso masivo de esta figura, generado por el desarrollo capitalista, no conduciría a una explotación descarnada del trabajador.

Una manifestación fundamental del carácter protector del Derecho del Trabajo es la drástica reducción de los márgenes de desenvolvimiento que deja a la autonomía privada individual (relación trabajador-empleador). Mientras en el Derecho Civil la contienda entre la normativa estatal (orden público) y la autonomía privada individual, se resuelve largamente en favor de ésta (sin desconocer el fenómeno de la socialización del contrato) (Masson Pazos), en el Derecho del Trabajo la última cede considerable terreno en favor de la primera, pero también en beneficio de la autonomía privada colectiva (relación sindicato-empleador) (García-Perrote Escartín). Podemos descomponer la afirmación anterior en los dos momentos en que opera la autonomía de la voluntad, llamados: 1) libertad de contratar⁴ y 2) libertad contractual⁵. La primera sigue siendo libre en el Derecho del Trabajo. La casuística podría proporcionar ejemplos de limitaciones relativas, como las cláusulas sindicales de exclusión (que reducen el universo de los trabajadores que el empleador puede contratar a los sindicalizados, y en el Perú están prohibidas) o aquellos convenios colectivos o estatutos que otorgan derecho

preferente a los hijos para cubrir los puestos dejados por sus padres por diversas causas (muerte, retiro, etc.).

En todo caso, sería más importante reparar en cuánto ni siquiera el derecho al trabajo (a obtener y conservar un empleo), afecta la libertad de contratar, porque aquel no garantiza el acceso a un empleo determinado.

En lo que toca la libertad contractual, ésta sí es severamente constreñida en el Derecho del Trabajo, ya que el contenido de cada relación individual de trabajo está determinado por la normativa estatal y la convencional. Así, se ha pasado de un contrato de trabajo normativo a uno normado (Martín Valverde) o de uno celebrado por adhesión a reglas impuestas por el empresario a otro por adhesión a reglas estatales y convencionales (García-Perrote Escartín).

2. La autonomía privada colectiva

Al ser reconocidas jurídicamente las organizaciones sindicales, tras los períodos de la prohibición y de la mera tolerancia, se empieza a considerar válidos también los instrumentos indispensables para la acción sindical: la negociación colectiva y la huelga (Ojeda Avilés). El reconocimiento de la negociación colectiva en particular, supone otorgar a su producto típico (el convenio colectivo) validez y eficacia jurídicas.

De este modo, el incipiente ordenamiento laboral de entonces, de procedencia únicamente estatal (con la relativa excepción de los reglamentos internos de trabajo de origen empresarial unilateral), comienza a enriquecerse con la presencia del convenio colectivo, generado por la autonomía de los sujetos laborales, ahora en mejores condiciones reales de libertad e igualdad. Este hecho produce una pluralidad normativa compleja entre las normas estatales y las convencionales (Martín Valverde), que en su detalle analizaremos en el punto siguiente.

Nos interesa aquí resaltar que gracias al fenómeno descrito, los sujetos laborales adquieren la condición de fuente del derecho en sentido propio⁶ y el convenio colectivo la de fuente del derecho en sentido traslativo⁷ (Alonso Olea). El convenio colectivo es una norma, como la ley, porque puede producir derecho objetivo y no sólo derechos subjetivos (Camps Ruiz), esto es, reglas generales, impersonales y abstractas y no particulares, persona-

4. La libertad de contratar opera al momento del acceso al contrato y supone que las partes contratan si quieren y con quien quieren.

5. La libertad contractual opera al momento de fijar el contenido del contrato y supone que las partes contratan sobre lo que quieren y en la forma que quieren.

6. Fuente en sentido propio son los órganos dotados de potestad normativa.

7. Fuente en sentido traslativo son las formas jurídicas emanadas de la potestad normativa de los órganos.

les y concretas, como el contrato o la sentencia (De la Villa, Predieri).

En nuestro ordenamiento, la Constitución, en su parte orgánica (que es fuente de fuentes) (Alonso Olea), reconoce la potestad normativa de los órganos estatales y de los sujetos laborales. La potestad de éstos, en consecuencia, no deriva del Estado sino de la Constitución misma, igual que la estatal. Adicionalmente, la Constitución le atribuye al convenio colectivo un nivel primario en la jerarquía normativa, es decir, fuerza de ley (Predieri). Esta debe alcanzar a la resolución administrativa o el laudo arbitral, que pueden aparecer en defecto del convenio colectivo. Ambos elementos, reconocimiento de la potestad normativa a los sujetos laborales y otorgamiento de nivel primario al convenio colectivo, se encuentran consagrados en el artículo 54 de la Constitución.

Todo ello ocurre en el marco de una Constitución que, de un lado, reconoce al trabajo un papel esencial en la vida socio-económica de la nación, desde su preámbulo hasta su articulado, y del otro, proclama a los derechos laborales como derechos fundamentales de la persona, en su parte dogmática, entre ellos, los tres derechos colectivos básicos: sindicalización, negociación colectiva y huelga (indispensablemente interrelacionados), todos ellos reconocidos como derechos de perceptividad inmediata⁸ y no aplazada⁹ (Montoya Melgar).

3. La autonomía privada colectiva y la intervención estatal

Nuestra Constitución prevé una abundante intervención estatal en material laboral, como expresión de su opción protectora del trabajador, en dos niveles. El primero, le impone al Estado (a los poderes públicos) actuar decididamente sobre la realidad social para transformarla en la perspectiva del establecimiento de estructuras más justas, de la búsqueda de una igualdad sustancial que incida en las bases mismas de la necesidad tuitiva (Rodríguez Piñero). La encontramos plasmada sobre todo en artículos como el 42 ("Corresponde al Estado promover las condiciones económicas y sociales que eliminen la pobreza y aseguren por igual a los habitantes de la República la oportunidad de una ocupación útil, y que los protejan contra el desempleo y el subempleo en cualquiera de sus manifestaciones") y 80 ("Son deberes primordiales del Estado defender la soberanía nacional, garantizar la plena

vigencia de los derechos humanos, promover el bienestar general basado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado del país, y eliminar toda forma de explotación del hombre por el hombre y del hombre por el Estado"), pero también en los artículos 76, 79 y 110.

El segundo nivel es el de la regulación de los derechos laborales. Por tratarse de derechos fundamentales de la persona, lo apropiado sería que la regulación de los derechos laborales, en el ámbito estatal, se hiciera por ley y no por reglamento. Así lo prevé la propia Constitución en numerosos casos (por ejemplo, los artículos 42, 43, 44, 45, 48, 53, 54, 55, etc.; que aluden a la "ley", entendemos en sentido formal). Sin embargo, otros artículos que refieren sólo a una normación por el Estado, dejan abierto un espacio para la presencia del reglamento (por ejemplo, los artículos 43, 46, 47, etc.).

Lo principal en este punto del trabajo es, en todo caso, estudiar la relación entre esta necesaria intervención estatal en el campo laboral, ya sea mediante políticas sociales o normas específicas, y la autonomía colectiva, tratar de determinar cuál es el ámbito de desarrollo de cada una, porque si la normativa estatal invade todo de modo sofocante, aunque tuviera un sentido tuitivo en lo individual, terminaría aniquilando la autonomía colectiva y, por ende, contrariando al mandato constitucional.

En nuestro concepto, en nuestro sistema jurídico, el Estado puede en principio regular todos los derechos laborales sin que le esté vedado ninguno de ellos. Normalmente lo hará a través de la ley, sobre todo en los casos en que la Constitución le ha reservado esa forma jurídica (reserva que opera comúnmente en el propio ámbito estatal, frente al reglamento, y no frente a la autonomía colectiva, salvo excepciones supuestas de exclusión de ésta), y a veces a través de reglamentos autónomos¹⁰ o de ejecución¹¹ (Entrena Cuesta).

En materia específica de la autonomía colectiva, el Estado debe o puede intervenir, según los casos, para realizar tres funciones distintas:

a. **garantizar** el derecho a la negociación colectiva, entendida en un sentido amplio, que comprende desde la presentación de un pliego de reclamos, la negociación misma, hasta la celebración de un convenio colectivo.

b. **regular** el procedimiento de negociación colectiva.

8. Derechos de perceptividad inmediata son los directamente exigibles con la sola vigencia constitucional.

9. Derechos de perceptividad aplazada son los que requieren para ser exigibles, la actuación de los poderes públicos, a través de normas o políticas.

10. Reglamento autónomo es el que prescinde de cualquier ley anterior.

11. Reglamento de ejecución es el que desarrolla los preceptos previamente sentados en una ley.

c. **dirimir** el desacuerdo entre los sujetos laborales.

La intervención **garantizadora** impone al Estado la obligación de respetar la autonomía colectiva, en su más extensa acepción. Esta es una intervención a la vez general y particular. La intervención **reguladora** conlleva la potestad del órgano legislativo de dictar la norma que establezca el encausamiento de la negociación colectiva, pero cuidando de incurrir en un reglamentarismo excesivo, que asfixie las potencialidades de los sujetos laborales, porque entonces se vulneraría la autonomía colectiva. Esto ocurre en nuestro país ostensiblemente desde la vigencia del Decreto Supremo 006-71-TR -pre-constitucional- hasta la del Decreto Supremo 009-86-TR, reformativo del procedimiento -post-constitucional-, que fijan plazos breves y etapas rígidas para la autonomía colectiva para facilitar la resolución del conflicto por el Estado. Esta es una intervención general, que fija reglas para todas las negociaciones colectivas. Por último, la intervención **dirimente**, tiene carácter supletorio, en tanto opera sólo en defecto de acuerdo entre las partes, ya sea sobre el fondo de la controversia o sobre la remisión de su arreglo a un árbitro voluntario. Es claro también a este respecto, que nuestra normativa infraconstitucional, resulta atentatoria del mandato constitucional, por cuanto no se han establecido los canales para el arbitraje voluntario y el Estado invade con reglas pretendidamente imperativas negociaciones en curso o ya resueltas (sobre todo, en el ámbito de la actividad empresarial del Estado, mediante las directivas de la CONADE). Esta es una intervención particular, que concluye en la aprobación de una norma de alcance para el ámbito de una negociación específica.

En definitiva, la autonomía colectiva está sujeta a la legalidad, pero no a cualquier legalidad sino sólo a una que a su vez sea respetuosa de la autonomía colectiva, en un doble juego de controles similar al que fija el artículo 8 del Convenio 87 OIT para la libertad sindical.

Una de las áreas en que puede observarse con mayor precisión la relación entre la intervención estatal y la autonomía colectiva en un ordenamiento determinado, es la del **contenido** de la negociación colectiva. En este terreno, el Estado al intervenir **reguladoramente** (fijando el procedimiento negocial), podría determinar también el objeto negocial: **qué sí se podría negociar** (que debería ser lo más amplio posible, al estilo del artículo 2 del Convenio 154 OIT, que alude a condiciones de trabajo y empleo, y relaciones entre trabajadores y empleadores o sus organizaciones, dejando abierta la fórmula) y **qué no se podría negociar** (que debería ser lo más corto posible, salvo el campo de los derechos mínimos reconocidos a los trabajadores). En nuestro

sistema jurídico, la Constitución no define el contenido de la negociación colectiva, pero sí le excluye algunas materias o posibilidades. Al no precisarlo la Constitución, podría hacerlo la ley, siempre que se atuviera al modelo dinámico consagrado por aquella (Boza Pro). Pero ello tampoco ocurre: es un reglamento (el aludido Decreto Supremo 006-71-TR, en su artículo 5) el que lo hace y en forma tremendamente restrictiva (a través de definiciones cerradas de los conceptos de remuneraciones y condiciones de trabajo, que dejan fuera las cláusulas asistenciales y sindicales). Esta norma, afortunadamente, sin necesidad de apelar a su evidente inconstitucionalidad, ha sido ampliamente rebasada en la práctica negocial, aunque no por ello deja de ser recomendable su reforma.

Respecto de la exclusión de materias o posibilidades a la negociación colectiva, podríamos identificar tres:

a. **derechos mínimos** reconocidos a los trabajadores, que éstos no pueden abandonar voluntariamente, porque se lo impide el principio de irrenunciabilidad (artículo 57 de la Constitución)¹².

b. **derechos máximos** establecidos en beneficio de la comunidad, que no pueden ser transgredidos por los sujetos laborales en sus convenios colectivos por la prevalencia de aquel interés jurídico sobre éste (artículo 132 de la Constitución y tal vez el artículo V del Título Preliminar del Código Civil).

c. **irretroactividad** de nuevas normas laborales, salvo que contuvieran derechos no contemplados o mejores que las normas anteriores (artículo 187 Constitución)¹³.

En lo que respecta al segundo asunto, es muy excepcional en el ordenamiento, abundantemente constituido por normas de derecho necesario relativo (indisponibles hacia abajo, disponibles hacia arriba), la existencia de normas de derecho necesario absoluto (indisponibles hacia arriba o hacia abajo) o máximos de derecho necesario (indisponibles hacia arriba, disponibles hacia abajo) (De la Villa, García-Perrote Escartín). Estas últimas normas, en consecuencia, solo serán admitidas, conforme a los supuestos del artículo 132 Constitución y la jurisprudencia del Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, cuando fueran anteriores y no posteriores al convenio colectivo, cuan-

12. También artículo 7 de la Ley 4916 y artículo 54 de su reglamento, artículos 43 y 48 del Decreto Supremo 006-71-TR, etc.

13. También artículo 47 del Decreto Supremo 006-71-TR, Directiva jurisdiccional 18-SP-FTCLL, etc.

do fueran concertadas y no impuestas, y cuando fueran transitorias y no permanentes (Plá Rodríguez). Las antiguas disposiciones del gobierno del Gral. Morales Bermúdez (punto único y topes), y las recientes frustradas anulaciones del régimen de relativa indexación salarial (Decreto Supremo 041-88-TR), se ubican manifiestamente fuera del cuadro descrito.

Finalmente, queremos señalar que hay una forma encubierta de comprimir la autonomía colectiva, sin llegar a los extremos de las situaciones antes expuestas. Ocurre cuando -como el Estado puede regular todos los derechos laborales y la autonomía colectiva también puede hacer lo propio, el primero no deja suficiente espacio vital para el desarrollo de la segunda (García-Perrote Escartín). Esto puede suceder en regímenes asistencialistas en lo individual, pero controlistas en lo colectivo. Nuestra historia laboral no es ajena a este hecho.

Consideramos que en nuestro país, donde existe una estructura sindical todavía débil, el ideal sería que el Estado realizara una intervención verdaderamente promotora de la autonomía colectiva,

de un lado, reformando positivamente la legislación sobre sindicalización, negociación colectiva y huelga, y del otro, dejando cada vez más campo a la potestad normativa de los sujetos laborales. Esto último podría hacerse, ya sea a través de un reparto de competencias (donde habría unas materias reservadas a la ley y otras reservadas a la autonomía colectiva, como sucede de hecho en el caso de los incrementos salariales, en que los del sector sujeto a negociación los determina el convenio y los del sector no sujeto el gobierno) o de relaciones de supletoriedad condicionada (la normativa estatal se aplicará en defecto de un mejor convenio colectivo), de complementariedad (la normativa estatal fijará beneficios mínimos mejorables por el convenio colectivo) o de complementariedad (la normativa estatal se remitirá al convenio colectivo para completar sus regulaciones) (Martín Valverde, García-Perrote Escartín). No hay que olvidar, por último, que si se produjera un conflicto entre una norma estatal y una convencional (dos normas aplicables al mismo hecho, con contenidos incompatibles entre sí), debería escogerse a la más favorable al trabajador, en virtud del principio del mismo nombre (Camps Ruiz), que será normalmente el convenio colectivo.