

Convenios colectivos de la Administración: ¿Son fuente de Derecho Administrativo?

Collective agreements of the Administration: are source of administrative law?

Pablo Schiavi*

Una fuente relativamente novedosa para el Derecho Administrativo es la incorporación de normas a nuestro ordenamiento jurídico mediante los convenios colectivos del sector público¹. La admisibilidad de los Convenios Colectivos celebrados por las Administraciones estatales con las organizaciones de funcionarios públicos es actualmente reconocida (con especificidades) por la Doctrina del Derecho Laboral y del Derecho Administrativo². Por ende, afirma Carlos Delpiazzo, puede considerarse como propia de un Derecho General del Trabajo que prima sobre el Derecho Privado del Contrato de Trabajo y sobre el

A relatively new source for Administrative Law is the incorporation of standards to our legal system through collective agreements of the public sector. The admissibility of the Collective Agreements concluded by the State Administrations with the organizations of public officials is currently recognized (with specificities) by the Labor Law and Administrative Law Doctrine. Therefore, says Carlos Delpiazzo can be considered as belonging to a General Labor Law that prevails over the Private Law of the Labor Contract and the Administrative Law of Public Function.

RESUMEN / ABSTRACT

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Máster en Derecho Administrativo Económico por la Universidad de Montevideo (UM). Profesor Adjunto Grado 3 (I) de Derecho Público II y III (Derecho Administrativo y Derecho Procesal Constitucional, respectivamente) en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Profesor Ayudante Grado 1 (I) de Derecho Público I y III (Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional, respectivamente) en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Profesor de Información Pública y Datos Personales; Protección de Datos Personales en Salud E Salud; y Protección de Datos Personales Tributarios y Bancarios en el Máster de Derecho Administrativo Económico (MDAE) en la Facultad de Derecho en la Universidad de Montevideo. Montevideo, Uruguay. Correo electrónico: pablo.schiavi@schiavi.com.uy

Recibido el 10 de enero y aceptado el 2 de abril de 2019.

¹ DELPIAZZO 2011, 186.

² Ídem.

Derecho Administrativo de la Función Pública³.

Si bien la discusión relativa a la consideración de los convenios colectivos de la Administración como fuente del Derecho Administrativo estaría zanjada a nivel doctrinario, lo cual se refuerza con su reconocimiento legal y en innumerables convenios internacionales, en la práctica se siguen vislumbrando dificultades a la hora de ejecutar en los hechos lo acordado entre la Administración y sus funcionarios.

Palabras clave: Derecho Administrativo, fuentes, convenios colectivos.

Although the discussion regarding the consideration of the collective agreements of the Administration as a source of Administrative Law would be settled at a doctrinal level, which is reinforced by its legal recognition and in countless international agreements, in practice there are still difficulties to execute in the facts the agreement between the Administration and its officials.

Keywords: Administrative law, sources, collective agreements.

Introducción

Este trabajo pretende abordar y responder la interrogante que lo titula, repasando el concepto, elementos esenciales y eficacia de los convenios colectivos, su consagración normativa y su reconocimiento jurisprudencial, para detenernos especialmente en aquellas cuestiones prácticas que aún generan problemas en su implementación.

I. Concepto, elementos esenciales y eficacia de los convenios colectivos

Hoy, los ordenamientos jurídicos han jerarquizado la protección de la negociación colectiva, así como la posibilidad de desarrollarla en forma libre y plena, definiéndola como un valor o bien jurídico que ha alcanzado a constituirse en objeto de tutela jurídica privilegiada⁴.

Por una parte, está indisolublemente asociada a la libertad sindical, que es su antecedente indispensable y a la que, a su vez, está en condiciones de retribuir como elemento potenciador de su efectiva vigencia y profundización. Así es reconocido en el Convenio Internacional de Trabajo 98, sobre derecho de sindicación y de negociación colectiva; de tal suerte que solo es posible concebir una negociación colectiva auténtica donde previamente esté asegurado el pleno reconocimiento de la libertad sindical⁵.

Por otra parte, el reconocimiento y amparo del derecho de huelga representa la consagración de un respaldo elemental para la existencia de la negociación colectiva, al constituirse a su respecto, en un factor de coercibilidad, que posibilita no solamente que esta última pueda comenzar en cuanto

³ Ídem.

⁴ GARMENDIA 2016, 127.

⁵ Ídem.

proceso, sino también, que pueda culminar como tal, eventualmente a través de la celebración de un convenio colectivo⁶.

Tal es la importancia que la conciencia jurídica global les reconoce a estos valores, que la Declaración sobre Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo y su seguimiento (adoptada en 1998 por la 86ª Conferencia General de la OIT), incluye “a la libertad de asociación y a la libertad sindical y al reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva” dentro de la nómina de principios y derechos fundamentales que los Estados Miembros de la Organización (por el mero hecho de serlo y con independencia de que hayan o no ratificado los instrumentos que específicamente los consagran) se obligan a respetar, promover y hacer realidad de buena fe⁷.

Para Mario Garmendia esto significa que la negociación colectiva (que a estos efectos, naturalmente, debe considerarse comprensiva de la posibilidad de culminarla mediante la celebración de un convenio colectivo) es concebida en la actualidad formando parte de un esquema de valores superiores, inherentes a la condición humana, cuya trascendencia determina que su vigencia y eficacia plena no pueda depender del efectivo ejercicio por parte de los Estados de un acto de soberanía (como lo es la ratificación de los convenios internacionales de trabajo que los consagran), sino que en todo caso deben ser objeto de aplicación inmediata y automática⁸.

En cuanto al concepto, Américo Pla Rodríguez, citado por Carlos Delpiazzo, define a los Convenios Colectivos como “acuerdos celebrados entre un empleador, un grupo de empleadores o una entidad gremial de empleadores, con un grupo o sindicato de trabajadores para fijar las condiciones a las que deben ajustarse los contratos individuales de trabajo”⁹.

Por lo tanto, tres son sus elementos esenciales¹⁰:

- a) son acuerdos de voluntades;
- b) vinculan a representaciones de los dos sectores de la relación laboral;
- c) fijan las condiciones de trabajo a las que han de ajustarse las relaciones de trabajo, no solo las vigentes sino también las que se celebren en el futuro.

Ubicada la cuestión en el ámbito público, Racciatti citado por Delpiazzo señala que “la consideración de la eficacia de estos convenios colectivos, desde el punto de vista legislativo o de la práctica de un país determinado, está condicionada por diversos elementos¹¹:

- a) la naturaleza de la relación de empleo público;

⁶ Ídem.

⁷ Ídem.

⁸ Ídem.

⁹ Ídem.

¹⁰ DELPIAZZO 2011, 186.

¹¹ Ídem.

b) la existencia de la materia de reserva legal y la pretendida antinomia "Estatuto-Negociación Colectiva; y;

c) la determinación del proceso de adopción de decisiones por parte de la Administración Pública (en relación a sus servidores o dependientes), con sus condicionantes legislativas, administrativas y financieras".

En el estudio de estos tres elementos, y en sus aplicaciones prácticas que abordaremos a lo largo del presente trabajo, intentaremos fijar posición en torno a la cuestión de la eficacia de los convenios colectivos en el sector público en el Uruguay.

II. Naturaleza jurídica de los convenios colectivos

En cuanto a su caracterización, apunta Carlos Delpiazzo que su inserción en la Teoría de las Fuentes se vincula a la ardua cuestión de la naturaleza jurídica de los mismos¹².

Si se considera al Convenio Colectivo celebrado por una Administración Pública como un contrato más de la Administración –*Tesis Contractualista*– entonces se impone lógicamente proclamar a su respecto lo que se ha postulado como aplicable con carácter general para toda la contratación administrativa¹³.

En cambio, si se pone el énfasis en su potencialidad creadora de reglas de Derecho –*Tesis Normativista*– la cuestión adquiere otra tonalidad y consiguientemente el convenio colectivo debe encararse resueltamente como una fuente de derecho autónoma¹⁴.

El Convenio Colectivo adquiere la calidad de fuente de derecho en tanto constituye un instrumento creador de normas para un grupo y momento determinado¹⁵.

Entre los extremos de las *Tesis Contractualista* y *Normativista*, también se ha abierto cauce una *Tesis Dualista*, ya que como lo ha destacado Carnelutti citado por Delpiazzo, el Convenio Colectivo es "un híbrido con cuerpo de contrato y alma de Ley"¹⁶.

Ello es así porque es continente de reglas de derecho objetivo, y por consiguiente se ubica dentro de las fuentes del derecho, pero nace de un pacto vinculante¹⁷.

Entendemos que esta definición de Carnelutti, en tanto define al Convenio Colectivo como *un híbrido con cuerpo de contrato y alma de Ley*, es la que más refleja la situación que acontece en la realidad cuando una vez firmado

¹² Ídem.

¹³ Ídem.

¹⁴ Ídem.

¹⁵ Ídem.

¹⁶ Ídem.

¹⁷ Ídem.

el Convenio Colectivo, es hora de ejecutar lo pactado, especialmente si consagran, por ejemplo, nuevas partidas de estímulo, nuevas primas por presentismo, nuevas compensaciones a los funcionarios o incluso descuentos a las remuneraciones de los funcionarios con destino a un fondo de capacitación¹⁸.

Es, en este punto en particular, donde se generan en los hechos las dificultades prácticas, ya que, en los departamentos de liquidaciones de sueldos y haberes de cada organismo público, surgen los cuestionamientos en relación a si se puede o no pagar una partida por presentismo o una partida de estímulo –cuya fuente es precisamente un Convenio Colectivo– con *solo* un Convenio Colectivo que lo respalde.

Hasta el momento, todos esos beneficios tenían necesariamente fuente legal, y los organismos cumplían lo dispuesto en la Ley.

Ahora, y en muchas oportunidades, ante la ausencia de un texto legal y la existencia de un convenio colectivo generador de nuevos derechos, se plantean interrogantes al momento de la ejecución.

Tal fue el caso de la denominada “Compensación anual de estímulo a la asiduidad para la Administración Central” para los ejercicios 2016 y 2017, que tuvo como fuente el Convenio Colectivo de fecha 23 de diciembre de 2015, celebrado entre representantes de la Confederación de Organizaciones de Funcionarios del Estado (COFE) y del Poder Ejecutivo.

Dicha compensación fue instrumentada por el Decreto N° 119/016, de 5 de mayo de 2016 y, posteriormente por el Decreto N° 112/017, de 28 de abril de 2017 –cuyo artículo 11 derogó el Decreto N° 119/016.

En línea con lo que venimos afirmando, es clarísimo al respecto lo dispuesto en el siguiente Considerando del Decreto N° 112/017, de 28 de abril de 2017:

“CONSIDERANDO: que a los efectos del pago de la compensación por estímulo a la asiduidad resulta imprescindible reglamentar los criterios de asignación de la misma, para los ejercicios 2017 en adelante”.

Todo lo cual refuerza nuestra posición en cuanto a que para *ejecutar* lo acordado en un Convenio Colectivo, esto es, en el caso a estudio, para que la Administración pueda pagar la partida por estímulo a la asiduidad a los funcionarios civiles de la Administración Central, el Poder Ejecutivo consideró imprescindible “reglamentar los criterios de asignación de la misma, para los ejercicios 2017 en adelante”.

¹⁸ Al respecto, puede verse en el sitio web del Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social (MTSS): Convenio Colectivo de fecha 23 de diciembre de 2015, celebrado entre representantes de la Confederación de Organizaciones de Funcionarios del Estado (COFE) y del Poder Ejecutivo: https://www.mtss.gub.uy/c/document_library/get_file?uuid=1c981b1c-04a6-4d7e-b52f-64536ce436b&groupId=11515.

En los hechos, el pago de la partida por estímulo a la asiduidad a los funcionarios civiles de la Administración Central, que tuvo como fuente un convenio colectivo, recién se efectivizó con la solución reglamentaria.

Asimismo, con acierto señala Delpiazzo que si bien existe un elemento común con el contrato que es el acuerdo de voluntades, existen diferencias destacables¹⁹:

En primer lugar, son radicalmente distintos los sujetos en cuanto a su naturaleza ya que el sindicato es un sujeto autónomo que no se superpone ni con la persona física ni jurídica del régimen común.

En segundo lugar, es exclusiva y peculiar la finalidad del convenio que es representar y defender los derechos e intereses de una categoría o grupo laboral, que no es en sí mismo sujeto de derecho.

En tercer lugar, son diversos los efectos, pues el convenio tiene una vida más allá de los sujetos estipulantes, abierta a la contratación futura de sus afiliados actuales o potenciales²⁰.

En la Administración, este último punto se visualiza claramente ya que, si bien los Convenios Colectivos tienen un plazo, y pueden renovarse lo acordado entre partes no tiene un límite subjetivo en cuanto a quienes son los funcionarios alcanzados al momento de la firma del mismo, en dos sentidos:

a) Lo acordado en el Convenio Colectivo alcanza claramente a nuevos funcionarios en el futuro, como por ejemplo a funcionarios que ingresen a la Administración en forma posterior a la firma del mismo; y,

b) Lo acordado en el Convenio Colectivo alcanza asimismo a aquellos funcionarios no afiliados a los sindicatos que negociaron el Convenio Colectivo, esto es, los efectos del mismo alcanzan a todos los funcionarios más allá de su afiliación o no a las organizaciones sindicales.

En cuanto al Convenio Colectivo, si bien todavía no ha dejado de ser un tema controversial y continúa planteando “[...] un problema para la teoría general de las fuentes en derecho, con independencia de la recepción concreta o específica de las instituciones colectivas en el ordenamiento estatal”, parece estar bastante asentada su conceptualización como una norma jurídica que reconoce origen y fundamento autónomo del poder normativo del Estado²¹.

Con preclara visión, en las primeras décadas del siglo pasado, Gallart Folch hacía hincapié en esa característica autonomía del convenio colectivo, que es resultado de su propio origen histórico²².

¹⁹ Ídem.

²⁰ Ídem.

²¹ GARMENDIA 2016, 127.

²² Ídem.

“Las convenciones colectivas de normas de trabajo –decía el autor– no nacieron por iniciativa del Estado y de la administración pública, sino como resultado de una actividad sindical al principio perseguida y luego solo tolerada por el Estado. Esta regulación de condiciones de trabajo, tan precariamente nacida, fue ignorada durante mucho tiempo por la ley. Cuando la importancia de este fenómeno normativo espontáneo reclamó ineludiblemente la atención los hombres de gobierno, las legislaciones empiezan a ocuparse de él, en general, en forma muy incompleta, y solo algunas planteándolo y tratándolo de resolver en toda su amplitud. Por eso puede sentarse, sin temor a rectificación, la tesis siguiente: no es que los sindicatos patronales y obreros empezaran a regular las condiciones de trabajo en la profesión u oficio el día que recibieron ese encargo o delegación del Estado, sino que el Estado reconoció el valor jurídico-normativo de las convenciones intersindicales cuando esta actividad era ya una realidad indiscutible”²³.

Y, precisamente, atendiendo a este particular nacimiento, es que el mismo autor señalaba el error de “[...] tratar de estudiar y, consecuentemente, de explicar el fenómeno jurídico social de arriba abajo, cuando el estudio debió hacerse y la explicación debió intentarse de abajo a arriba”²⁴.

El ordenamiento laboral se consolidó, así, como un sistema complejo de normas que reconocen fuentes diversas, algunas heterónomas, es decir, originadas en la autoridad estatal y otras autónomas o extra estatales, que parten de la premisa de la existencia de una potestad normativa que tiene origen en el cosmos de cada unidad productiva, que en sus orígenes fue acaparada por el patrono y que luego adoptó la forma de un instrumento convencional que se consagra las reglas que rigen el desenvolvimiento del trabajo²⁵.

En buena medida, el Derecho del Trabajo y, en particular, el convenio colectivo, tomaron la forma de ariete que arremetió contra las doctrinas que solo reconocían al Estado la capacidad de producir normas jurídicas y contribuyeron a abrir una brecha que hoy ha adquirido dimensiones bastante más amplias, para abarcar prácticamente a la totalidad del universo del Derecho, tal como señala Ferrajoli²⁶.

El reconocimiento de la autonomía del convenio colectivo no significa, empero, que sea correcto sostener que posea una existencia autárquica respecto del sistema normativo estatal. En realidad, ambos sistemas pueden asumirse como integrados en un sistema constitucional unitario, erigido, no ya a partir de elementos de tenor meramente formal, sino sobre la base de “[...] un conjunto de principios y valores constitucionales superiores, sobre los que, a pesar de todo, existe un consenso social suficientemente amplio”²⁷.

²³ Ídem.

²⁴ Ídem.

²⁵ Ídem.

²⁶ Ídem.

²⁷ Ídem.

El orden para aquel complejo sistema jurídico laboral quedó pautando sobre la base de que las normas estatales habrían de conformar una red protectora y de garantías mínimas, indisponibles a la baja, en tanto que las normas convencionales tradicionalmente tuvieron adjudicado el rol de asumir la forma de instrumentos de progreso continuo de los beneficios de los trabajadores, mediante la superación negociada de los niveles mínimos establecidos por las normas heterónomas. Sin embargo, la historia y las coyunturas se han encargado de ir mutando los roles normativos asumidos por unos y otros, dando la razón a la aguda puntualización de Monereo, cuando señala que “La figura del convenio colectivo no tiene naturaleza inmanente, porque nada en él es invariable. En vez de naturaleza tiene Historia”²⁸.

III. Derecho positivo y convenios colectivos

Con acierto apunta Carlos Delpiazzo que la consideración como fuente de los convenios colectivos del sector público puede hacerse a través del tratamiento dado a los mismos por el derecho positivo y por la jurisprudencia²⁹.

Desde el punto de vista normativo, las primeras disposiciones en la materia están constituidas por los Convenios Internacionales del Trabajo N° 98, N° 135, N° 151 y N° 154³⁰.

Al tenor de los mismos, se fija un marco general, limitándose a prever la obligatoriedad para los Estados de adoptar medidas internas tendientes a fomentar y establecer reglas de procedimiento para permitir que los trabajadores participen en la determinación de las condiciones de trabajo³¹.

Así, el art. 7° del Convenio Colectivo N° 151 dispone que deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación colectiva³².

Posteriormente, disposiciones legales aisladas han reconocido espacio a la negociación colectiva en determinados ámbitos del sector público³³.

El art. 224 de la Ley N° 16.462 (1994), autorizó al Banco de Previsión Social (BPS) a celebrar con su personal convenios colectivos que incluyan aspectos salariales, previo acuerdo con la Oficina de Planeamiento y Presupuesto (OPP).

Por el artículo 1° de la Ley N° 16.560 (1994) se declaró que el artículo 224 de la Ley N° 16.462, de 11 de enero de 1994 faculta al BPS a efectuar anticipos a cuenta; en caso de no haber acuerdo con la Oficina de Planea-

²⁸ Ídem.

²⁹ DELPIAZZO 2011, 186.

³⁰ Ídem.

³¹ Ídem.

³² Ídem.

³³ Ídem.

miento y Presupuesto los mismos deberán ser presentados a ratificación del Poder Legislativo en la próxima instancia presupuestal (Ley N° 16.560 del año 1994).

El art. 66 de la Ley N° 17.556 (2002) previó que el Poder Ejecutivo podrá autorizar convenios de flexibilización de las normas referentes al Estatuto de los Funcionarios, acordados entre organizaciones de funcionarios y empresas públicas del Estado, atendiendo a razones de mejor servicio.

Con el dictado de la Ley N° 18.508 (2009) se regula en forma general la negociación colectiva en el Sector Público.

Se reconoce que el sistema de relaciones laborales en el sector público está inspirado y regido por los principios de participación, consulta y colaboración y por los derechos de negociación colectiva e información, así como los derechos fundamentales internacionalmente reconocidos a que refieren los arts. 57, 65, 72 y 332 de la Constitución (Art. 1°).

Por último, debemos hacer referencia a la regulación del Estatuto del Funcionario Público de la Administración Central por Ley N° 19.121 (2013).

Asimismo, también debemos destacar distintas soluciones reglamentarias que recogen Convenios Colectivos celebrados en la Administración Pública, en la línea de la posición que hemos esbozado anteriormente.

Así, a modo de ejemplo, el Decreto N° 340/015 de 16 de diciembre de 2015, *autoriza* el régimen establecido en el Convenio de fecha 18 de setiembre de 2015, suscrito entre la Asociación de Inspectores de Trabajo (AITU), la Confederación de Funcionarios del Estado (COFE) y el Ministro de Trabajo y Seguridad Social y el Inspector General del Trabajo y de la Seguridad Social, referente a los regímenes extraordinarios que deben aplicarse en cuanto a la jornada de trabajo atendiendo a razones del Servicio.

Y los ya mencionados Decreto N° 119/016, de 5 de mayo de 2016 (derogado) y Decreto N° 112/017, de 28 de abril de 2017, referentes a la instrumentación de la denominada "Compensación anual de estímulo a la asiduidad para la Administración Central" para los ejercicios 2016 y 2017, que tuvo como fuente el Convenio Colectivo de fecha 23 de diciembre de 2015, celebrado entre representantes de la Confederación de Organizaciones de Funcionarios del Estado (COFE) y del Poder Ejecutivo.

IV. Negociación colectiva en el sector público: ¿Fin de la unilateralidad de la relación estatutaria?

El trámite de la aprobación del Estatuto a través de la Ley N° 19.121, estuvo precedido y acompañado por un intenso proceso de diálogo con los actores estatales, sindicales y sociales en general. No fueron meros intercambios informales, sino un verdadero proceso de negociación colectiva, que se desarrolló tomando como eje a las disposiciones consagradas en la también

reciente Ley de Negociación Colectiva en el Sector Público (N° 18.508, del 26 de junio de 2008)³⁴.

En el proceso participaron representantes del Poder Ejecutivo (Oficina Nacional del Servicio Civil, Oficina de Planeamiento y Presupuesto, Ministerio de Economía y Finanzas) y del PIT-CNT, en especial, con representantes de la Confederación de Obreros y Funcionarios del Estado (COFE). Por su parte, funcionarios del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social hicieron las veces de mediadores en la negociación³⁵.

Una vez culminada esta prolongada y azarosa etapa, el texto consensuado fue enviado al Poder Legislativo, ámbito en el que, naturalmente, también fue objeto de intensa discusión y sufrió diversas modificaciones. Como es común en el trámite de este tipo de proyectos de ley, se requirió opinión a la academia y, a partir de los aportes recibidos se incorporaron cambios al texto inicial, el que finalmente fue sancionado luego de ocho meses de análisis parlamentario³⁶.

En todo caso, parece importante resaltar el hecho de que el Estatuto vigente es una norma legal que reconoce un inequívoco precedente negociado, lo que constituye un dato ciertamente relevante y bastante innovador; no lo es tanto por el hecho de que anteriormente las normas legales (en especial, las laborales) no fueran precedidas de negociaciones, sino porque en este caso, el proceso tuvo un espacio formal u oficial y se desarrolló de acuerdo a las pautas consagradas en la también novedosa Ley de Negociación Colectiva en el Sector Público³⁷.

Esta característica posee una gran importancia, no solo porque el proceso de la aprobación del nuevo Estatuto presenta en este sentido gran distancia en relación a su predecesor de 1943 (que fue adoptado en el marco de un gobierno de facto), sino también porque es notorio que la negociación que precedió y acompañó el trámite de su aprobación dejó marcada su impronta en toda la lógica de las disposiciones de la Ley N° 19.121³⁸.

En cierta medida, esta trascendente característica de apertura a la negociación y, por lo tanto, a la bilateralidad, deja entrever un cierto apartamiento respecto de la tesis tradicional de la situación estatutaria del funcionario en su relación con la Administración, que fuera definida por Sayagués Laso como aquella "de carácter objetivo y general, creada unilateralmente y por lo tanto modificable en todo momento"³⁹.

³⁴ GARMENDIA y VÁZQUEZ 2015, 77.

³⁵ Ídem.

³⁶ Ídem.

³⁷ Ídem.

³⁸ Ídem.

³⁹ Ídem.

La unilateralidad, como nota característica y significativa de la relación estatutaria del Funcionario Público con la Administración, sufre un duro golpe con el reconocimiento de la negociación colectiva –y de los convenios colectivos– como creadores de normas que tienen como fuente la negociación entre la propia Administración y sus funcionarios –algo impensado años atrás–, en tanto instrumentos de progreso continuo de los beneficios de los trabajadores, mediante la superación negociada de los niveles mínimos establecidos por las normas heterónomas en un sistema de relaciones laborales.

Queda claro que de aquella concepción tradicional e histórica de Sa-yagués Laso lo de “creada unilateralmente y por tanto modificable en todo momento” ha sido superado en este nuevo sector público inspirado y regido por los principios de participación, consulta y colaboración y por los derechos de negociación colectiva e información, así como los derechos fundamentales internacionalmente reconocidos a que refieren los arts. 57, 65, 72 y 332 de la Constitución (Art. 1°).

El reconocimiento formal de la posibilidad de negociar colectivamente en el sector público, pone de manifiesto una clara tendencia hacia la convergencia con una de las características principales de las relaciones colectivas en el sector privado, y la misma no solo ha quedado en evidencia en el ya anotado proceso que precedió a la adopción del Estatuto, sino que tiene alcances y proyecciones más generales, que han resultado consagradas en las leyes N° 18.508 y N° 18.566, sobre negociación colectiva en el sector público y privado, respectivamente⁴⁰.

Así, la Ley N° 18.508, de 26 de junio de 2009, en su artículo 3° reconoce el Derecho de negociación colectiva a todos los funcionarios públicos con las exclusiones, limitaciones y particularidades previstas en el artículo 9° del Convenio N° 87 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) aprobado por la Ley N° 12.030, de 27 de noviembre de 1953, y en los numerales 2 y 3 del artículo 1 del Convenio N° 151 de la OIT, aprobado por la Ley N° 16.039, de 8 de mayo de 1989.

El Estado promoverá y garantizará el libre ejercicio de la negociación colectiva en todos los niveles. A tales efectos adoptará las medidas adecuadas a fin de facilitar y fomentar la negociación entre la administración y las organizaciones representativas de trabajadores públicos.

El artículo 4° define a la negociación colectiva: “negociación colectiva en el sector público es la que tiene lugar, por una parte entre uno o varios organismos públicos, o una o varias organizaciones que los representen y, por otra parte, una o varias organizaciones representativas de funcionarios públicos, con el objetivo de propender a alcanzar acuerdos que regulen:

- a) Las condiciones de trabajo, salud e higiene laboral.

⁴⁰ Ídem.

b) El diseño y planificación de la capacitación y formación profesional de los empleados en la función pública.

c) La estructura de la carrera funcional.

d) El sistema de reforma de la gestión del Estado, criterios de eficiencia, eficacia, calidad y profesionalización.

e) Las relaciones entre empleadores y funcionarios.

Las relaciones entre uno o varios organismos públicos y la o las organizaciones de funcionarios públicos correspondientes y todo aquello que las partes acuerden en la agenda de la negociación. Las partes están obligadas a negociar, lo que no impone la obligación de concretar acuerdos”.

Lo que significa que la no concreción de acuerdos entre las partes no es necesariamente sinónimo de falta de negociación colectiva.

En cuanto al alcance de la negociación colectiva, queremos detenernos especialmente en un punto que ha generado controversias en los ámbitos de trabajo: negociación colectiva y potestad disciplinaria de la Administración.

Entendemos que el ejercicio de la potestad disciplinaria por parte de la Administración, que es irrenunciable de acuerdo al artículo 70 de la Ley N° 19.121, de 20 de agosto de 2013 (que regula el *Estatuto del Funcionario Público de la Administración Central*), no puede ser, bajo ningún concepto, materia u objeto de negociación colectiva.

En las mesas de negociación entre la Administración y los funcionarios, no puede ponerse como un punto del Orden del Día “levantamiento de sanciones a funcionarios”, esto es, y más claro: la Administración no puede negociar las sanciones que haya impuesto a sus funcionarios en los ámbitos de negociación colectiva.

En caso de que dichas sanciones no se ajusten a derecho, los funcionarios públicos lesionados en sus derechos podrán interponer los recursos administrativos que correspondan, pero jamás podrán exigir a la Administración levantar sanciones a sus afiliados a cambio de otras concesiones propias de la negociación.

De acuerdo al artículo 8°, quedan comprendidos en el ámbito de aplicación de esta ley el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, el Poder Judicial, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el Tribunal de Cuentas, la Corte Electoral, los entes autónomos, servicios descentralizados y los Gobiernos Departamentales (Intendencias Municipales, Juntas Departamentales y Juntas Locales Autónomas Electivas).

Estas normas (Leyes N° 18.508 y N° 18.566) no solo están hermanadas por la simultaneidad de sus trámites parlamentarios, sino también por el tenor de los preceptos que consagran, que claramente persiguen la finalidad de establecer una regulación común, aunque reconociendo ciertas particularidades para cada caso. Evidentemente, por razones históricas, la regulación

y aceptación de la negociación colectiva como herramienta central de la libertad sindical tiene mayor evolución en el campo de la actividad privada, pero con estas leyes el legislador intentó darle idéntica –o al menos, similar– regulación a ambos sectores. En este aspecto, puede visualizarse también cierta influencia del Derecho Laboral en la regulación del Estatuto del funcionario público⁴¹.

No obstante lo antedicho, es necesario señalar que entre ambas formas de negociación existe una diferencia fundamental e infranqueable. El tratamiento normativo de la relación laboral del funcionario público con la Administración casi siempre será regulada por una ley o eventualmente por una norma de origen estatal. Sin embargo, en la actividad privada esto no siempre ha sido así⁴².

Podría afirmarse que estamos ante un claro ejemplo de influencia de notas típicas del Derecho Laboral que rige la actividad privada en la regulación del Derecho de la función pública, hoy acotado a la negociación colectiva y sus efectos e impactos.

V. Jurisprudencia y convenios colectivos

En cuanto a la óptica jurisprudencial, cabe señalar que, con específica referencia al sector público, antes de la aprobación de la Ley N° 18.508, recayeron varias sentencias en las que se reconoció la viabilidad jurídica de los Convenios Colectivos en el ámbito estatal⁴³.

Los convenios colectivos celebrados por la Administración no pueden ser desaplicados unilateralmente por esta (Sentencia del TCA de 1° Turno N° 141 (2006); Sentencia de la SCJ N° 932 (2008)⁴⁴.

A su vez, las Sentencias del TCA N° 491 y N° 492 de 21 de junio de 2006, juzgaron procesable un acto administrativo contrario a un Convenio Colectivo del ámbito estatal⁴⁵.

Una de las cuestiones más discutibles que se presentan en la práctica en relación a la negociación colectiva en el sector público, refiere a los alcances del concepto de “organizaciones representativas de los trabajadores”, la cual fue abordada en forma reciente por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA).

Así en la Sentencia N° 508/2016, de 18 de agosto de 2016, se afirma que “Ahora bien; tal como indica la reclamante, más allá de cuál sea el sindicato más representativo dentro de determinado ámbito, todas las organi-

⁴¹ Ídem.

⁴² Ídem.

⁴³ DELPIAZZO 2011, 186.

⁴⁴ Ídem.

⁴⁵ Ídem.

zaciones gremiales tienen derechos mínimos que deben ser respetados. En ese sentido, los derechos a la sindicalización y a la negociación colectiva no admiten limitación, ni se encuentran supeditados a la condición de constituir la organización “más representativa”.

“[...] En efecto, nuestro sistema jurídico se caracteriza por la pluralidad sindical, y en consecuencia, los referidos derechos colectivos de sindicalización y negociación colectiva no son patrimonio exclusivo de la “organización más representativa” dentro del respectivo ámbito, sino que corresponde a todas las organizaciones colectivas legalmente constituidas, independientemente de que sean o no las más representativas [...]”.

“[...] Respecto a la pluralidad sindical y su conexión con el principio de libertad sindical, ha dicho el Tribunal: “Pues bien, con relación al principio invocado, -el de la libertad sindical- preceptúa el art. 57 de la Constitución Nacional: “La ley promoverá la organización de sindicatos gremiales, acordándoles franquicias y dictando normas para reconocerles personería jurídica [...]”.

Y en la Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 359/2017, de 23 de mayo de 2017, el Tribunal, por mayoría de sus integrantes, apartándose de lo dictaminado por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, estimó que corresponde reconocer legitimación causal activa al sindicato (“Centro Integral del Personal de ANTEL” “CIPA”) y, en consecuencia, amparó la demanda entablada y, en su mérito, anuló parcialmente –en la fase que alcanza los grupos ocupacionales “D” y “P”– el acto administrativo impugnado, tal como quedara a raíz de la modificación operada (ex art. 60 del Decreto-Ley N° 15.524).

“[...] En tal sentido, se entiende, no resulta adecuado postular que el sindicato como organización profesional carezca de un interés directo, personal y legítimo ya que, en el marco de las relaciones colectivas del trabajo, la negociación colectiva tiene lugar, como dice el art. 4 de la Ley 18.508, por una parte entre uno o varios organismos públicos, o una o varias organizaciones que los representen y, por otra parte, una o varias organizaciones representativas de funcionarios públicos, con el objetivo de propender a alcanzar acuerdos [...]”.

“[...] Debe tenerse presente que la organización profesional “CIPA” se encuentra dentro del radio de destinatarios del obrar estatal –en su supuesto normativo al igual que los funcionarios comparecientes que son titulares de un derecho subjetivo a la negociación colectiva– ya que la reestructura escalafonaria y salarial se produjo como resultado de las relaciones colectivas del trabajo. Lo que el Sindicato co-demandante objeta, es la exclusiva consideración en ese marco de relacionamiento como interlocutor necesario y/o exclusivo a SUTEL [...]”.

El acto administrativo encausado, era la reestructura específica de los Grupos Ocupacionales de Dirección y Profesionales de ANTEL, proceso en el cual al accionante (“Centro Integral del Personal de ANTEL” “CIPA” y otros)

no se le permitió participar, ni expresar opinión en ninguna instancia de la negociación colectiva que derivó en ella.

“[...] Se concluye que tanto los funcionarios reclamantes como la co-actora CIPA, se hallan plenamente legitimados para contender contra la reestructura con fundamento en la antijuridicidad de su exclusión de los mecanismos participativos previos a la decisión finalmente adoptada (ya que solamente se le habría dado participación a SUTEL) [...]”.

VI. Territorio de conflictos

Ermida Uriarte sostiene que la función principal del Derecho del Trabajo es la protección del trabajador, a tal punto que un Derecho Laboral no protector carecería de razón de ser. En otras palabras, el Derecho laboral protege porque constata una desigualdad. De tal modo, podría sostenerse que la igualdad es el valor o principio básico del Derecho laboral, del cual deriva el tradicional principio protector⁴⁶.

Y se pregunta: ¿cómo protege?, ¿cómo iguala el Derecho del Trabajo? ¿Cómo introduce esa desigualdad compensatoria o desigualdad igualadora? La protección propia del Derecho del Trabajo opera tanto autónoma como heterónomamente⁴⁷.

La autotutela o tutela colectiva fue la primera en el tiempo e históricamente dio origen al Derecho del Trabajo durante el desarrollo de la sobreexplotación de la mano de obra que provocó la revolución industrial. Ante tal situación, los trabajadores se agrupan para oponer la fuerza del número al poder económico del empleador (sindicato), presionando en conjunto (huelga) y acuerdan colectivamente la mejora de alguna de las condiciones de trabajo (negociación colectiva)⁴⁸.

La heterotutela es la protección dispensada por el Estado, a través de sus tres poderes. Desde el legislativo, se aprueba una legislación protectora del trabajador; desde la administración, se controla el cumplimiento de esa normativa (Inspección del trabajo); y desde el judicial, se estructura una Justicia especializada y un proceso autónomo que garantice su rápida aplicación. Está claro que autotutela y heterotutela no son compartimentos estancos, sino que entre ellos se verifica una constante interacción⁴⁹.

Sobre la misma cuestión se pronuncia Delpiazzo⁵⁰. La determinación de la Jerarquía de los Convenios Colectivos como fuente no resulta sencilla en el actual estado de la evolución y articulación entre heteronomía y autonomía,

⁴⁶ ERMIDA URIARTE 2011, 225.

⁴⁷ Ídem.

⁴⁸ Ídem.

⁴⁹ Ídem.

⁵⁰ DELPIAZZO 2011, 186.

pudiendo apreciarse las siguientes relaciones básicas cuando la regulación introducida por los convenios colectivos refiere a los funcionarios públicos⁵¹:

a) relación de suplementariedad, en la que el Estado fija un tratamiento mínimo que es inderogable "*in peius*" por el convenio colectivo;

b) relación de complementariedad, en la que el Estado se limita a establecer las bases o principios de la regulación o remite o reenvía a la negociación colectiva en su concreción y desarrollo;

c) relación de supletoriedad, en la que la norma estatal proporciona una regulación del supuesto de hecho que solo se aplicará si no existe previsión diferente en cualesquiera sentidos en el convenio colectivo;

d) relación de limitación, cuando la norma estatal es insuperable "*in melius*" por la norma convencional.

El conflicto entre una Ley imperativa y un Convenio Colectivo debe resolverse a favor de la Ley atendiendo a su eficacia formal, salvo que el Convenio contenga disposiciones más favorables, en cuyo caso deberá primar por aplicación del principio general de Derecho (con superior valor y fuerza) llamado protector o tutelar del trabajador –sea público o privado– en función del cual debe conservarse la condición más beneficiosa para este⁵².

No obstante, tal afirmación puede resultar relativizada por el régimen estatutario de la función pública, presidido por la "base fundamental de que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario" (Art. 59 de la Constitución) y por el marco regulatorio de los presupuestos (también contenido en la Constitución)⁵³.

A su vez, el conflicto entre un Convenio Colectivo y un acto administrativo debe resolverse en favor del primero, constituyendo un supuesto de ilegitimidad (contrariedad a la regla de Derecho) que este último sea unilateralmente modificativo o extintivo⁵⁴.

Cabe agregar que una dificultad adicional en orden a la ubicación de los Convenios Colectivos en el contexto de las fuentes del derecho es el reconocimiento de distintos tipos de los mismos correspondientes a niveles diferentes. Así, la Ley N° 18.508 establece dos ámbitos de negociación colectiva: uno referido al Poder Ejecutivo y las empresas públicas (Arts. 10 a 13) y otro referido a los demás poderes de gobierno, los órganos constitucionales de control, los Entes Autónomos de Enseñanza y los Gobiernos Departamentales (Art. 14)⁵⁵.

⁵¹ Ídem.

⁵² Ídem.

⁵³ Ídem.

⁵⁴ Ídem.

⁵⁵ Ídem.

En resumen: a) convenio colectivo que sucede a la ley, mejorando lo previsto en ella; b) convenio colectivo que antecede a la ley, que luego viene a generalizar lo que la autonomía colectiva había establecido para determinado sector; y c) ley que delega en el convenio colectivo o que promueve la negociación colectiva. En todo caso, es evidente la esencialidad de la autotutela colectiva, en el origen del Derecho del trabajo, en su funcionamiento como ordenamiento protector y en la prosecución de sus objetivos de igualdad. Por eso, la libertad sindical ha sido tempranísimamente reconocida como un derecho fundamental, lo que lleva a referir su naturaleza jurídica⁵⁶.

Conclusión

La discusión relativa a la consideración de los Convenios Colectivos de la Administración como *fuentes del Derecho Administrativo* está zanjada a nivel doctrinario tanto administrativo como laboral, lo cual se refuerza con su reconocimiento legal y en innumerables convenios internacionales.

Sin perjuicio de lo cual, en la práctica, se siguen vislumbrando dificultades a la hora de ejecutar en los hechos lo acordado entre la Administración y sus funcionarios bajo la forma de Convenio Colectivo.

La definición de Carnelutti, en tanto define al Convenio Colectivo como *un híbrido con cuerpo de contrato y alma de Ley*, es la que más refleja la situación que acontece en la realidad cuando una vez firmado el Convenio Colectivo, es hora de ejecutar lo pactado.

Es, en este punto en particular, donde se generan en los hechos las dificultades prácticas, ya que, en los departamentos de liquidaciones de sueldos y haberes de cada organismo público, surgen los cuestionamientos en relación a si se puede o no pagar una partida por presentismo o una partida de estímulo –cuya fuente es precisamente un Convenio Colectivo– con solo un Convenio Colectivo que lo respalde.

Con la dictación de la Ley N° 18.508 (2009) se regula en forma general la negociación colectiva en el sector público. Se reconoce que el sistema de relaciones laborales en el sector público está inspirado y regido por los principios de participación, consulta, colaboración y por los derechos de negociación colectiva e información, así como los derechos fundamentales internacionalmente reconocidos a que refieren los arts. 57, 65, 72 y 332 de la Constitución (Art. 1°).

La unilateralidad, como nota característica y significativa de la relación estatutaria del funcionario público con la Administración, sufre un duro golpe con el reconocimiento de la negociación colectiva –y de los convenios colectivos– como creadores de normas que tienen como fuente la negociación entre la propia Administración y sus funcionarios –algo impensado años atrás–.

⁵⁶ ERMIDA URIARTE 2011, 225.

En cuanto al alcance de la negociación colectiva, entendemos que el ejercicio de la potestad disciplinaria por parte de la Administración, que es irrenunciable de acuerdo al artículo 70 de la Ley N° 19.121, de 20 de agosto de 2013 (que regula el Estatuto del Funcionario Público de la Administración Central), no puede ser, bajo ningún concepto, materia u objeto de negociación colectiva.

En síntesis, y superadas algunas opiniones doctrinarias en contra, ya nadie discute la consideración de los Convenios Colectivos de la Administración como *fuerza del Derecho Administrativo*.

El *Derecho Administrativo de la función pública* adquiere nuevas dimensiones al influjo de los impactos y alcances de la negociación colectiva, que han dado un duro golpe a las concepciones históricas y tradicionales que inspiraban la relación estatutaria en la Administración.

Bibliografía citada

- CASTELLO, Alejandro (2014). *Autonomía en la negociación colectiva: Resultados y desafíos*. 25ª Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo: 5-6 dic. 2014. Ponencia, 141-177.
- DELPIAZZO, Carlos (2011). *Derecho administrativo general*. Montevideo: Amalio M. Fernández, Vol.1, 560.
- ERMIDA URIARTE, Óscar (2010). *Intervención y autonomía en el derecho colectivo del trabajo*. 21ª Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Fundación de Cultura Universitaria, Maldonado: 27-28 nov. 2010. Ponencia, 9-16.
- ERMIDA URIARTE, Óscar (2011). Crítica de la libertad sindical. *Revista Derecho Laboral*, Tomo LIV, N° 242, 225-253.
- LARRAÑAGA ZENI, Nelson (2014). La prevención y solución de los conflictos colectivos laborales. *Revista de Derecho y Tribunales* N° 26, 47-60.
- LARRAÑAGA ZENI, Nelson (2014). *Las relaciones laborales colectivas uruguayas*. Montevideo: Editorial Amalio M. Fernández, 456.
- LARRAÑAGA ZENI, Nelson (2014). Jerarquía y eficacia del convenio colectivo de trabajo. *Revista de Derecho y Tribunales* N° 24, 33-45.
- LARRAÑAGA ZENI, Nelson (2017). *Revisión y extinción del convenio colectivo de trabajo*. 28ª Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo: 28-29 oct. 2017. Ponencia, 115-126.
- LOUSTAUNAU, Nelson (2017). *Revisión y extinción de los convenios colectivos*. 28ª Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo: 28-29 oct. 2017. Ponencia, 11-34.
- GARMENDIA ARIGÓN, Mario y VÁSQUEZ PEPE, Rodrigo (2015). Incidencia del Derecho Laboral en el Estatuto del Funcionario Público de la Administración Central. *Revista Derecho del Trabajo*. Año III/ N° 6, 77-92.
- GARMENDIA ARIGÓN, Mario (2016). Notas sobre el proceso de construcción jurídica de la negociación y el convenio colectivo. *Revista Derecho del Trabajo*. Año IV/ N° 11, 127-138.
- GOLDSTEIN, Eduardo (2017). *La jurisdicción del poder judicial para resolver conflictos colectivos de Derecho del Trabajo en la República Oriental del Uruguay*. 2º Encuentro Chileno-Peruano-Uruguayo de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo: 29-30 jul. 2016. Ponencia, 157-165.
- MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo; BECERRA BARREIRO, Rodolfo y NICOLIELLO RIBEIRO, Ariel (2015). *Derecho sindical*. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, T I, 280.

Normativa citada

- Convenios Internacionales del Trabajo OIT N° 98, N° 135, N° 151 y N° 154.
- Ley N° 19.121, establece Regulación del Estatuto del Funcionario Público de la Administración Central, 28 agosto 2013.
- Ley N° 18.508, sobre Negociación Colectiva en el marco de las Relaciones Laborales en el Sector Público, 16 julio 2009.
- Ley N° 17.556, sobre Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal Ejercicio 2001, 19 octubre 2002.
- Ley N° 16.560, sobre Funcionarios, 2 octubre 1994.
- Ley N° 16.462, sobre Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal. Ejercicio 1992, 18 enero 1994.
- Decreto N° 112/017, deroga Decreto 119/016 y Modifica el Convenio Colectivo entre COFE y el Poder Ejecutivo relativo a la Instrumentación a la compensación como estímulo a la asiduidad, 09 mayo 2017.
- Decreto N° 340/015, Convenio colectivo de trabajo. Dirección Nacional de Trabajo. Asociación de Inspectores de Trabajo. Confederación de Funcionarios de Estado. Inspección general del Trabajo y de la Seguridad Social, 4 enero 2016.

Jurisprudencia citada

- SCJ 932/2008
STC 492/2006
STC 491/2006
STC 508/2016
STC 359/2017

