

**PERÚ**Presidencia del
Consejo de MinistrosAutoridad Nacional
del Servicio CivilGerencia de Políticas de Gestión del
Servicio Civil

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

Fecha

INFORME TÉCNICO N° -2021-SERVIR-GPGSC

Para : **BRATZO BENJAMÍN BARTRA IBAZETA**
Gerente de Políticas de Gestión del Servicio Civil

De : **MARÍA EUGENIA DEL CARMEN CERNA GARCÍA DE ORSOS**
Ejecutiva de Soporte y Orientación Legal

Asunto : a) Sobre la legitimidad para negociar en el nivel descentralizado conforme al Decreto Supremo N° 008-2022-PCM.
b) Sobre la identificación del "ámbito" para efectos de la negociación colectiva.
c) Sobre la posibilidad de pactar que el convenio colectivo suscrito por el sindicato mayoritario sea aplicable únicamente a sus afiliados.

Referencia : Oficio N° D000011-2022-MML-GA-SP.

I. Objeto de la consulta

Mediante el documento de la referencia, el Subgerente de la Subgerencia de Personal de la Municipalidad de Lima consulta con relación a la legitimidad para negociar por parte de los servidores públicos en el nivel descentralizado conforme al Decreto Supremo N° 008-2022-PCM, Decreto Supremo que aprueba Lineamientos para la implementación de la Ley N° 31188, Ley de Negociación Colectiva en el Sector Estatal.

II. Análisis**Competencias de SERVIR**

- 2.1 La Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR es un organismo rector que define, implementa y supervisa las políticas de personal de todo el Estado. No puede entenderse que como parte de sus competencias se encuentra el constituirse en una instancia administrativa o consultiva previa a la adopción de decisiones individuales que adopte cada entidad.
- 2.2 Debe precisarse que las consultas que absuelve SERVIR son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa aplicable al Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos. Por lo tanto, las conclusiones del presente informe no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.
- 2.3 Considerando lo señalado hasta este punto resulta evidente que no corresponde a SERVIR –a través de una opinión técnica– emitir pronunciamiento sobre alguna situación concreta. Por ello, el presente informe examina las nociones generales a considerar sobre las materias de la presente consulta.



PERÚ

Presidencia del
Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Gerencia de Políticas de Gestión del
Servicio Civil

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

Delimitación de la respuesta contenida en la presente consulta

- 2.4 De la revisión del documento de la referencia se aprecia que a través de la consulta se pretende una aclaración respecto al criterio plasmado en el Informe Técnico N° 000082-2022-SERVIR-GPGSC teniendo en cuenta que el Decreto Supremo N° 008-2022-PCM, Decreto Supremo que aprueba Lineamientos para los implementación de la Ley N° 31188, Ley de Negociación Colectiva en el Sector Estatal habría establecido reglas distintas a las indicadas en el citado informe con relación a la legitimidad para negociar por parte de los servidores en el nivel de negociación descentralizado.
- 2.5 En tal sentido, a través del presente informe técnico, a modo ilustrativo y con la finalidad de prevenir confusiones por parte de las entidades públicas y servidores respecto a las reglas que rigen la legitimidad para negociar a nivel descentralizado a partir de la publicación del Decreto Supremo N° 00082-2022-SERVIR-GPGSC, se abordarán los siguientes temas:
- Sobre la legitimidad para negociar en el nivel descentralizado conforme al Decreto Supremo N° 008-2022-PCM.
 - Sobre la identificación del “ámbito” para efectos de la negociación colectiva
 - Sobre la posibilidad de pactar que el convenio colectivo suscrito por el sindicato mayoritario sea aplicable únicamente a sus afiliados.

Sobre los pronunciamientos de SERVIR respecto a la legitimidad para negociar en el nivel descentralizado antes de la publicación del Decreto Supremo N° 008-2020-PCM

- 2.6 Previamente al análisis de los puntos antes mencionados, y teniendo en cuenta que la consulta se basa en una presunta contradicción entre lo señalado actualmente por el Decreto Supremo N° 008-2022-PCM y las opiniones emitidas por SERVIR en forma previa a la publicación de dicha norma, resulta útil realizar una breve precisión sobre el criterio adoptado por este ente rector en dicha oportunidad.
- 2.7 Al respecto, es oportuno señalar que el numeral 9.2 del artículo 9° de la LNCSE contiene las reglas de legitimación para negociar por parte de las organizaciones sindicales para el caso de la negociación colectiva descentralizada, precisando lo siguiente:

“(…)

9.2 En la negociación colectiva descentralizada:

- a. Se considera legitimada para negociar a la respectiva organización sindical del ámbito. En caso exista más de una organización sindical en el ámbito, se considera legitimada a la organización sindical mayoritaria.*
- b. Las organizaciones sindicales negocian en nombre de todos los trabajadores del respectivo ámbito.*
- c. Se considera mayoritaria a la organización sindical que afilie a la mayoría de trabajadores del ámbito respectivo.*
- d. A propuesta de las organizaciones sindicales más representativas del respectivo ámbito, se establece mediante resolución de la autoridad competente, el número de los representantes sindicales para cada proceso de negociación descentralizada.”*

2.8 Así pues, de dicha disposición es posible extraer -entre otras- las siguientes reglas:

- i) Está legitimada para negociar la organización sindical del ámbito (en caso existiera solo una)
- ii) Si existe más de una organización sindical perteneciente al mismo ámbito, corresponderá negociar a la organización sindical mayoritaria.
- iii) La organización sindical que negocia, lo hace a nombre de todos los trabajadores del respectivo ámbito.
- iv) Ostenta la condición de mayoritaria aquella organización sindical que afilie a la "mayoría" de trabajadores del mismo ámbito.

2.9 Sin perjuicio de ello, se advierte que el citado artículo no ha establecido con claridad a qué se refiere el enunciado "*que afilie a la mayoría de trabajadores del mismo ámbito*", es decir, como debía entenderse el término "mayoría", para efectos del cálculo que permitiera determinar cuál de todas las organizaciones del mismo ámbito ostenta la condición de mayoritaria y que, por ende, se encuentra legitimada para negociar en nombre de todos los servidores de dicho ámbito.

2.10 Dicha falta de precisión en la LNCSE originó abundantes consultas por parte de las entidades, las mismas que requerían ser clarificadas a fin de viabilizar la negociación con sus respectivos sindicatos, motivo por el cual, a través de informes técnicos previos¹ (como el Informe Técnico N° 2416-2021-SERVIR-GPGSC) se indicó que dicha la expresión "mayoría" debía entenderse como mayoría absoluta, es decir, para que la organización sindical sea considerada mayoritaria debía contar con una afiliación mínima del cincuenta por ciento más uno (50%+1) del total de servidores del ámbito².

2.11 Cabe indicar que dicha conclusión resultaba congruente con la aplicación supletoria del artículo 67° del Reglamento General de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM (en adelante, Reglamento de la LSC)³, disposición que establecía lo siguiente:

"(...)

Los sindicatos representan a los servidores civiles que se encuentren afiliados a su organización. Por extensión, los sindicatos que afilien a la mayoría absoluta de los servidores públicos de la entidad representan también a los servidores no afiliados a esa organización para efectos de la negociación colectiva. Se entiende por mayoría

¹ Antes de la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 008-2022-PCM.

² Informe Técnico N° 2416-2021-SERVIR-GPGSC

"(...)

2.11 En esa línea, respecto a la forma de determinar cuál de las organizaciones sindicales que comparten un mismo ámbito posee mayor representatividad a nivel descentralizado, nos remitimos a lo indicado en el literal c del numeral 9.2 del artículo 9° de la Ley N° 31188 en el cual se precisa que se considera mayoritaria a la organización sindical que afilie a la mayoría de trabajadores del ámbito respectivo, debiendo entenderse por ello al cincuenta por ciento (50%) más uno de servidores del ámbito correspondiente." (Subrayado es nuestro)

³ Reglamento General de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM.

"Artículo 67.- Representación en la negociación colectiva

Los sindicatos representan a los servidores civiles que se encuentren afiliados a su organización. Por extensión, los sindicatos que afilien a la mayoría absoluta de los servidores públicos de la entidad representan también a los servidores no afiliados a esa organización para efectos de la negociación colectiva. Se entiende por mayoría absoluta al cincuenta por ciento más uno, de servidores civiles más uno del ámbito correspondiente." (Énfasis es nuestro)

absoluta al cincuenta por ciento más uno, de servidores civiles más uno del ámbito correspondiente.

Como se puede apreciar dicha norma contiene una regla de legitimación basada en la afiliación de la mayoría absoluta de servidores del ámbito al que pertenece la organización sindical, tras la cual subyace implícitamente la manifestación de la voluntad de más de la mitad de los servidores del ámbito, figura que ha sido reconocida tradicionalmente no solo como un principio de legitimación en normas previas en materia de negociación colectiva⁴, sino que se erige como un principio democrático que trasciende el ámbito de las relaciones laborales.

- 2.12 Por otra parte, habiéndose señalado en aquella oportunidad que la regla de legitimación prevista por el literal c) del numeral 9.2 del artículo 9° de la LNCSE se refiere a la mayoría absoluta (50%+1), se advirtió que la citada ley no contiene regulación expresa respecto a los casos en que ninguna organización sindical alcanzara la condición de mayoritaria⁵, presentándose -por consiguiente- la duda relativa a la posibilidad de que los sindicatos minoritarios pudieran negociar.
- 2.13 Así pues, una interpretación literal del artículo 9° de la LNCSE basada en la ausencia de regulación respecto a la negociación de sindicatos minoritarios invitaba a entender que la negociación solo podría realizarse con el sindicato que tuviera la condición de mayoritario (50%+1) del ámbito, no posibilitando la negociación colectiva si es que no existiera uno en el ámbito respectivo.
- 2.14 Sin embargo, resulta claro que una interpretación de dicha naturaleza no resultaba congruente con el marco constitucional, puesto de no permitirse la negociación de los sindicatos minoritarios ante la ausencia de un mayoritario, se habría estado negando de forma absoluta el ejercicio del derecho a la negociación colectiva que asiste a los servidores públicos, el mismo que ha sido ratificado por senda jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁶, habiendo este último precisado además la obligación del Estado de fomentar el ejercicio de dicho derecho.

⁴ Nótese el propio artículo 67° de la LSC, las disposiciones contenidas en el artículo 4° del derogado Decreto de Urgencia N° 014-2020, así como el artículo 9° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

⁵ Es decir que ninguna contara con una afiliación equivalente al 50%+1 del total de servidores correspondientes al ámbito.

⁶ **Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 008-2005-PI/TC:**

"(...)

52. (...)

En ese sentido, la Constitución reconoce en su artículo 42° el derecho de sindicación de los servidores públicos. Consecuentemente, las organizaciones sindicales de los servidores públicos serán titulares del derecho a la negociación colectiva, con las excepciones que establece el mismo artículo 42°, a saber los funcionarios del Estado con poder de decisión, los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, y los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional." (Subrayado es nuestro)

Sentencia recaída en el Exp. N° 02566-2012-PA/TC:

"(...)

23. Asimismo, en la referida sentencia, se ha dejado establecido que, para una adecuada interpretación del derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, es preciso tener en cuenta el Convenio N.º 151 de la OIT, relativo a la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones del empleo en la administración pública. Dicho Convenio dispone, en su artículo 7º, que deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos en torno a las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones." (Subrayado es nuestro)

Sentencia recaída en los Expedientes 0003-2013-PI/TC. 0004-2013-PI/TC y 0023-2013-PI/TC:

"(...)

46. (...)

Es por ello que este ente rector, a través del Informe Técnico N° 000082-2022-SERVIR-GPGSC recurrió a una interpretación *pro homine* del literal a) del numeral 9.2 del artículo 9° de la LNCSE a fin de garantizar el respeto irrestricto del derecho a la negociación colectiva de los servidores públicos, precisando que dicha norma incorpora implícitamente la posibilidad de las organizaciones sindicales minoritarias para negociar en el caso de que no existiera un sindicato mayoritario en el ámbito que representan⁷.

- 2.15 Así pues, en virtud a los informes técnicos antes mencionados, hasta antes de la publicación del Decreto Supremo N° 008-2022-PCM, el criterio vertido por SERVIR con respecto a la aplicación del numeral 9.2 del artículo 9° de la Ley N° 31188 (que contempla las reglas de la legitimidad para negociar en el nivel descentralizado conforme a la LNCSE) era el siguiente:

- a) Se considera legitimada para negociar a la organización sindical que tuviera la condición de mayoritaria en el ámbito respectivo, entendiéndose por mayoritaria a aquella que contara con el cincuenta por ciento más uno (50%+1) del total de servidores del ámbito respectivo.

En este caso, el convenio colectivo suscrito con dicha organización sindical mayoritaria resulta aplicable a todos los servidores comprendidos en el ámbito que representa, ya que se estuvieran sindicalizados o no.

Podría decirse, incluso, que tras la afirmación de que los servidores públicos titularizan el derecho a la sindicalización y a la huelga en los términos que formula el artículo 42 de la Constitución se encuentra implícitamente reconocido el derecho a la negociación colectiva. Esto es consecuencia de una interpretación institucional de dichos derechos a la sindicalización y a la huelga. De acuerdo con el primero, el derecho a la sindicalización garantiza que los trabajadores constituyan organizaciones laborales tendientes a representar sus intereses. Esta representación tiene lugar, entre otros espacios, en el proceso de negociación de las condiciones del trabajo con sus empleadores. La negociación colectiva, así, es una de las principales actividades de los órganos de representación de las organizaciones de trabajadores. (Subrayados nuestro)

Sentencia recaída en los Expedientes 0025-2013-PI/TC; 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-PI/TC:

"(...)

158. Este Tribunal Constitucional considera que la negociación colectiva es el mecanismo adecuado y privilegiado para discutir las condiciones de trabajo o de empleo en el contexto de una relación laboral. Por ende, la preferencia de la disposición que obliga el fomento de la negociación colectiva en el sector público frente a la disposición que faculta el uso de un método distinto a ella no solo permite garantizar de manera más afectiva y extensa posible el derecho a la negociación colectiva en el ámbito de la administración pública, sino que además permite cumplir adecuadamente el mandato contenido en el artículo 28 de la Constitución que establece de manera expresa la obligación del Estado de fomentarla. En el mismo sentido, el Comité de Libertad Sindical, siguiendo a la Comisión de Expertos, ha establecido que "las autoridades deberían privilegiar en la mayor medida posible la negociación colectiva como mecanismo para determinar las condiciones de empleo de los funcionarios" (párrafo 1257 del Caso 2934 - Perú, Informe N° 365)."

- ⁷ **Informe Técnico N° 000082-2022-SERVIR-GPGSC**

"(...)

- 2.16** Así pues -tal como precisó previamente- una interpretación literal dicha norma, que suponga la imposibilidad de negociar por parte de los sindicatos minoritarios ante la inexistencia de una organización sindical mayoritaria en la entidad, resultaría incongruente con la protección constitucional de los derechos de sindicación y negociación colectiva reconocidos a favor de los servidores públicos en el artículo 42° de la Constitución Política del Perú así como la obligación de promoción de dichos derechos por parte del Estado en los términos señalados por el Tribunal Constitucional, pues implicaría una negación absoluta de la negociación colectiva de los servidores de dicha entidad.

- 2.17** Por consiguiente, una interpretación constitucional -conforme al Principio Pro Homine- del literal a) del numeral 9.2 del artículo 9° de la LNCSE exige entender que dicha norma incorpora implícitamente la posibilidad de las organizaciones sindicales minoritarias para negociar en el caso de que no existiera un sindicato mayoritario en el ámbito que representan, siendo esto congruente con la regla general indicada en su primer enunciado: "Se considera legitimada para negociar a la respectiva organización sindical del ámbito", siendo aplicable dicha norma para los casos en que existiera:

a) Uno o varios sindicatos minoritarios de distintos ámbitos, o;

b) Uno o varios sindicatos minoritarios pertenecientes al mismo ámbito.

En estos casos, corresponderá a la entidad negociar de forma independiente con cada una de dichas organizaciones sindicales, siendo que los convenios colectivos suscritos serán aplicables únicamente a los servidores que se encontraran afiliados a dichos sindicatos, y siempre respetando el ámbito de su representación previsto en sus respectivos estatutos."

- b) En el caso de que ninguno de los sindicatos del mismo ámbito alcanzara la condición de mayoritario, corresponde a la entidad negociar de forma independiente con cada uno de estos.

En estos casos, los convenios colectivos suscritos resultan aplicables únicamente a los servidores que afiliados a los sindicatos que los hubieran suscrito.

Sobre la legitimidad para negociar en el nivel descentralizado conforme al Decreto Supremo N° 008-2022-PCM

- 2.16 No obstante lo desarrollado en el acápite precedente, es menester señalar que con fecha 20 de enero de 2022 se publicaron en el diario Oficial "El Peruano" los Lineamientos para la implementación de la LNCSE, los mismos que han precisado -entre otros- las reglas aplicables a la legitimidad para negociar por parte de los servidores públicos en el nivel descentralizado, indicando expresamente en el numeral 10.1.1 de su artículo 10°, lo siguiente:

"(...)

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."

(Énfasis es nuestro)

- 2.17 De la misma manera, la Primera Disposición Complementaria Derogatoria de los Lineamientos ha dispuesto la derogatoria -entre otros- del artículo 67° del Reglamento de la LSC, norma aplicada en su momento de forma supletoria por este ente rector para dilucidar el sentido del término "mayoría" a que se refiere el literal c) del numeral 9.2 del artículo 9° de la LNCSE y en virtud de la cual se precisó que el mismo debía entenderse como mayoría absoluta (50%+1) para efectos de adquirir la condición de mayoritario.
- 2.18 De esa manera, es pertinente señalar que actualmente las únicas disposiciones vigentes que contienen las reglas de representatividad y legitimidad para negociar en el sector público son la LNCSE y los Lineamientos, habiendo esta última norma precisado en su numeral 10.1.1 los alcances del término "mayoría" a que se refiere el literal c) del artículo 9° de la LNCSE, estableciendo que este se refiere a: "contar con el mayor número de servidores públicos afiliados del total de servidores que comprende dicho ámbito de negociación".
- 2.19 Esta precisión implica que para efectos de adquirir la mayor representatividad -y por ende la legitimidad para negociar- basta que la organización sindical acredite contar con la mayor cantidad de afiliados respecto del total de servidores pertenecientes al ámbito, no siendo necesario alcanzar la mayoría absoluta (50%+1).

Así pues, a manera de ejemplo, si una entidad pública tuviera tres sindicatos pertenecientes al mismo ámbito (digamos servidores sujetos al D.L. N° 728), con la siguiente distribución de afiliados: Sindicato A con 60 afiliados, Sindicato B con 50 afiliados y Sindicato C con 40 afiliados, de un universo de 200 servidores pertenecientes al mismo ámbito, le correspondería negociar al Sindicato A por contar con la mayoría de afiliados, siendo que el convenio colectivo que suscribiera con la entidad sería aplicable a todos los servidores del ámbito, ya sea que se encontraran afiliados al Sindicato A, B, C o no se encontraran afiliados a ninguno de estos.

2.20 En suma, a partir de la entrada en vigencia de los Lineamientos, la legitimidad para negociar por parte de los servidores públicos en el nivel descentralizado se rige por las siguientes reglas:

- a) Si solo existe una organización sindical en el ámbito, la misma se encuentra legitimada para negociar a nombre de todos los servidores de dicho ámbito, siendo aplicable el convenio colectivo para todos ellos, indistintamente de si se encuentran afiliados o no.
- b) Si existiera más de una organización sindical en el ámbito, corresponderá negociar a aquel sindicato o coalición de estos que acredite contar con el mayor número de afiliados respecto del total de servidores del ámbito. Es decir, aquel que tuviera más afiliados sin necesidad de ostentar la mayoría absoluta.⁸

Dicho sindicato negocia a nombre de todos los servidores del ámbito y el convenio colectivo suscrito resulta aplicable a todos los servidores del ámbito, indistintamente de si se encuentran afiliados al sindicato que negocia, a otros sindicatos, o no se encontraran sindicalizados.

- c) En caso existieran varias organizaciones sindicales pertenecientes a distintos ámbitos (por ejemplo, un sindicato de servidores sujetos al DL 276, otro correspondiente a los servidores 728 y otro correspondiente a los servidores CAS), corresponderá a la entidad negociar independientemente con el sindicato de mayor representatividad de cada uno de dichos ámbitos, los cuales se identifican conforme a la regla descrita en el literal b) precedente.

El convenio colectivo que se suscriba con cada organización sindical de cada ámbito resulta aplicable únicamente a los servidores pertenecientes al ámbito de representación de estos. A modo de ejemplo:

- El convenio suscrito con el sindicato que representa a los servidores del D.L. N° 728, resulta aplicable a todos los servidores de dicho régimen laboral.
- El convenio suscrito con el sindicato que representa a los servidores del D.L. N° 276, resulta aplicable a todos los servidores de dicho régimen laboral.

⁸ Entendida esta como el 50%+1.

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

- El convenio suscrito con el sindicato que representa a los servidores del D.L. N° 1057, resulta aplicable a todos los servidores de dicho régimen laboral.

2.21 En función a las reglas antes detalladas, se advierte que a partir de la entrada en vigencia de los Lineamientos, se encuentra legitimada para negociar una única organización sindical o coalición de organizaciones sindicales por ámbito, siendo esta aquella que tenga la mayor cantidad de afiliados de dicho ámbito, ejerciendo la representación de todos los servidores del ámbito, sin excepción.

Como consecuencia de lo antes indicado, no resultaría posible la negociación colectiva de forma independiente con varios sindicatos minoritarios de un mismo ámbito.

Sobre la identificación del “ámbito” para efectos de la negociación colectiva

- 2.22 Dado que previamente se ha establecido que la organización sindical legitimada para negociar es aquella que cuenta con mayor representatividad en el ámbito, es oportuno precisar a que se refiere -y como se determina- el ámbito de representación una determinada organización sindical para efectos de la negociación colectiva.
- 2.23 Al respecto, en principio, debemos señalar que el artículo 2° del Convenio N° 87 de la Organización Internacional de Trabajo (ratificado por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa N° 13281), establece como principio que: *“Los trabajadores (...), sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el 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. (...)”*.
- 2.24 Esta declaración establece la obligación de observar el estatuto de la organización sindical para afiliarse a la misma, pues debemos precisar que las organizaciones sindicales pueden recurrir a distintos parámetros o criterios para su conformación, como son el tipo de servidores que la integran (ámbito personal), el tipo de actividad que realizan los trabajadores, su profesión, oficio o especialidad (ámbito funcional), la extensión espacial que abarca (territorial), entre otros, siendo posible que dentro del ámbito personal se considere el régimen laboral bajo el cual los servidores se encuentran vinculados con su empleador.
- 2.25 En este último caso, si se trata de una organización sindical de una entidad que en su Estatuto ha previsto ser conformada únicamente por servidores de un régimen laboral determinado, su ámbito de aplicación serán los servidores de dicho régimen y no estará legitimada para representar a los trabajadores de otro u otros regímenes laborales en la entidad.
- 2.26 A partir de lo antes señalado, se colige que el ámbito de representación de una organización sindical es el que ha sido elegido libremente por la misma al momento de su constitución, encontrándose detallado en su respectivo estatuto; un ejemplo de ello es, precisamente, la elección de su ámbito de representación basado en el régimen laboral.

Sobre la posibilidad de pactar que el convenio colectivo suscrito por el sindicato mayoritario sea aplicable únicamente a sus afiliados

- 2.27 En principio, es oportuno señalar que la negociación colectiva se rige por el principio de autonomía de la voluntad de las partes, en virtud del cual se garantiza que las partes intervinientes en un procedimiento de negociación colectiva encuentren libertad para autorregular sus relaciones laborales. Así lo ha indicado el Tribunal Constitucional (en adelante, TC), entre otras, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0008-2005-PI/TC, cuando al referirse al convenio colectivo, precisó lo siguiente:

"29. Se le define como 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."

(Énfasis es nuestro)

- 2.28 Sin perjuicio de lo anterior, es oportuno resaltar que el propio TC emplea la expresión "autonomía relativa" al referirse a la autonomía de la voluntad de las partes en el marco de la negociación colectiva, noción que precisa con mayor contundencia y carga de justificación cuando le corresponde pronunciarse expresamente sobre la negociación colectiva en el sector público, tal como podemos apreciar de la Sentencia recaída en el Expediente N° 02566-2012-PA/TC, en la cual, al pronunciarse sobre la interacción entre la negociación colectiva y las restricciones presupuestales, indica lo siguiente:

"(...)

25. *En el escenario descrito, entiende este Tribunal que, en la tensión entre el derecho a la negociación colectiva en el sector público y el principio de legalidad presupuestaria (artículos 28º y 77º de la Constitución, respectivamente), corresponde asumir una decisión ponderada que satisfaga razonablemente, y por igual, el contenido constitucionalmente protegido de ambos principios en un contexto de equidad y razonabilidad. Esto conlleva reconocer que, tal como lo ha resaltado el Comité de Libertad Sindical, "si bien las facultades presupuestarias reservadas a la autoridad legislativa no deberían tener por resultado impedir el cumplimiento de los convenios colectivos celebrados directamente por esta autoridad o en su nombre" [La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 5ª edición revisada, 2006, párrafo 1033], no es menos cierto que, como también afirma el referido Comité, el principio de la autonomía de las partes en la negociación colectiva de los funcionarios y empleados públicos "ha de aplicarse con cierto grado de flexibilidad, dadas las características particulares de la administración pública" [Ibidem, párrafo 1038]."*

- 2.29 Dicho criterio ha sido reiterado por el TC en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0025-2013-PI/TC; 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-PI/TC, en la cual señaló expresamente lo siguiente:

"(...)

181. De otro lado, **el principio de autonomía de las partes en el proceso negocial no puede ser aplicado en términos absolutos, sino que debe ser ejercido y aplicado con cierto grado de flexibilidad dadas las características especiales y particulares de la administración pública** (párrafo 666 del Caso 3036 - Perú, Informe N° 374). Por ejemplo, dado que los ingresos de los servidores del Estado dependen del presupuesto público, resulta admisible que se establezcan determinadas reglas de ajuste salarial que contemple un margen en el que las partes puedan negociar las cláusulas de índole pecuniaria. Al respecto, la Comisión de Expertos tiene dicho que "son compatibles con los convenios tanto las disposiciones legislativas que habilitan al órgano competente en materias presupuestarias para fijar un «abanico» salarial que sirva de base a las negociaciones, como las que le permiten establecer una «asignación» presupuestaria global fija en cuyo marco las partes pueden negociar las cláusulas de índole pecuniaria" (párrafo 334 del Informe de la CEACR, 2013). Es labor del legislador establecer un marco legal que garantice el reajuste salarial de los trabajadores, pero también la de garantizar que estos no excedan a lo razonable."

- 2.30 Por otra parte, la Corte Suprema del Poder Judicial también ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto a la forma en que opera el principio de autonomía de la voluntad de las partes en el marco de la negociación colectiva en el sector público, precisando en la Casación N° 18296-2016-DEL SANTA, lo siguiente:

"(...)

Octavo. La negociación colectiva en el Sector Público no puede ser examinada con la amplitud que sí es posible en el ámbito del Sector Privado, pues mientras que en este último no existen limitaciones para otorgarse beneficios económicos superiores y/o adicionales a los establecidos en la legislación laboral respectiva, por primar la autonomía de la voluntad para decidir sobre incrementos y condiciones de trabajo, en el primero concurren estipulaciones legales que restringen y determinan específicamente el ámbito sobre el cual es posible concertar un convenio colectivo. El principal límite constitucional se encuentra en el principio de legalidad de la actuación administrativa, la cual debe realizarse de acuerdo con el presupuesto general del Estado, por ello las negociaciones colectivas de los trabajadores públicos deben efectuarse considerando un presupuesto equilibrado y equitativo que es aprobado por el Congreso de la República, dado que las condiciones de empleo en el Administración Pública se financian con recursos de todos los contribuyentes y de la Nación. Así, según los artículos 77° y 78° de la Constitución, el presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos y su proyecto debe estar efectivamente equilibrado."

- 2.31 A partir de la jurisprudencia antes citada, se puede advertir que el tanto TC como la Corte Suprema del Poder Judicial han precisado claramente que el Principio de Autonomía de la Voluntad de las Partes debe ser aplicado con cierto grado de flexibilidad en el marco de la negociación colectiva en el sector público en mérito a las características especiales que este ostenta, en el cual, las entidades públicas (como una de las partes de la negociación) se

encuentran sujetas al Principio de Legalidad⁹, el mismo que rige todas sus actuaciones, incluidas aquellas emanadas de las relaciones colectivas de trabajo. Es precisamente en base a ello que, como se reitera, el TC alude a una "autonomía relativa"¹⁰.

- 2.32 Ahora bien, es preciso señalar que si bien los pronunciamientos jurisprudenciales citados previamente se han producido en el marco del análisis de la tensión existente entre el referido principio de autonomía de la voluntad de las partes y el respeto a los principios que rigen el presupuesto del sector público, es menester señalar que la flexibilidad en el tratamiento de la citada autonomía en las negociaciones colectivas en el sector público no podría restringirse únicamente a dicha materia, puesto que la razón que justifica dicha flexibilización (autonomía relativa) se encuentra en el principio de legalidad administrativa y la protección de un valor constitucional¹¹.
- 2.33 Por consiguiente es posible concluir, de forma general, que tratándose del sector público la autonomía de la voluntad en el marco de la negociación colectiva encontrará sus límites en el respeto de las disposiciones legales de carácter imperativo que rigen la actuación de las entidades públicas así como de aquellas que cautelen el ejercicio y/o goce de un derecho constitucional.
- 2.34 Establecido lo anterior, es oportuno recordar que el literal b) del numeral 9.2 del artículo 9° de la LNCSE establece lo siguiente:

"Artículo 9. Legitimación de las organizaciones sindicales

(...)

9.2 En la negociación colectiva descentralizada:

(...)

b. Las organizaciones sindicales negocian en nombre de todos los trabajadores del respectivo ámbito." (Énfasis es nuestro)

Asimismo, el numeral 10.1.1 del artículo 10° de los Lineamientos, precisa lo siguiente:

"Artículo 10.- Legitimidad para negociar a nivel descentralizado

10.1. Por parte de los servidores públicos:

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

⁹ Reconocido en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Proceso Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, en virtud del cual: "Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas."

¹⁰ Es importante resaltar en este punto que la existencia de limitaciones al principio de autonomía de la voluntad de las partes en el marco de la negociación colectiva no es algo privativo del ámbito público, sino que también ha sido previsto expresamente para las negociaciones en el sector privado (aunque ciertamente con menor grado de intensidad). Así pues, se puede advertir que el propio Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 011-92-TR, ha establecido en su artículo 28° que: "La fuerza vinculante que se menciona en el Artículo 42 de la Ley implica que en la convención colectiva las partes podrán establecer el alcance, las limitaciones o exclusiones que autónomamente acuerden con arreglo a ley." (Énfasis es nuestro)

¹¹ Que en dichos casos es el respeto del régimen presupuestal del Estado, expresado -entre otros- a través de los Principios de previsión y provisión presupuestaria, lo cuales han sido recogidos expresamente también en el literal d) del artículo 3° de la Ley N° 31188, Ley de Negociación colectiva en el Sector Estatal.

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

*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.**" (Énfasis es nuestro)*

- 2.35 Así pues, podemos apreciar que las normas antes citadas han previsto expresamente que: i) el sindicato al que corresponde negociar¹² lo hace en representación de todos los servidores del ámbito y ii) el convenio colectivo suscrito por dicho sindicato resulta aplicable para todos los servidores del ámbito ya sea que se estos se encuentren afiliados o no.
- 2.36 Es importante tener presente que las reglas antes enunciadas, en tanto normas de carácter imperativo, deben ser observadas obligatoriamente tanto por las entidades públicas como por las organizaciones sindicales al momento de negociar y suscribir los convenios colectivos en el marco de la LNCSE, configurándose por tanto como un límite a la autonomía de la voluntad ejercida por las partes.

En consecuencia, en irrestricto respeto al Principio de Legalidad, no resultaría posible pactar que los beneficios contenidos en el convenio colectivo suscrito sean aplicables únicamente a los servidores pertenecientes al sindicato que negoció con la entidad.

- 2.37 A mayor abundamiento, cabe indicar que dichas normas, más allá de su carácter imperativo, tienen por finalidad cautelar el derecho de todos los servidores públicos del ámbito (lo que incluye a afiliados a otros sindicatos o no afiliados) a beneficiarse de un convenio suscrito por una organización sindical al que la propia norma ha otorgado expresamente su representación, erigiéndose -por tanto- como el único sindicato con legitimidad para negociar y excluyendo con ello la posibilidad de negociación de otros sindicatos con menor afiliación¹³.

Cabe precisar que una conclusión distinta, a través de la cual se otorgara mayor preponderancia al principio de autonomía de la voluntad sobre el principio de legalidad en la presente materia y se permita limitar los beneficios del convenio únicamente a los afiliados del sindicato que negocia, resultaría desproporcionado teniendo en cuenta que los servidores no afiliados, además de no percibir dichos beneficios, tampoco podrían ejercer su derecho de negociación de forma independiente a través de su pertenencia a otros sindicatos de menor afiliación, pues estos no pueden negociar.

III. Conclusiones

- 3.1 En función a lo previsto por el numeral 9.2 del artículo 9° de la LNCSE concordante con lo señalado en el numeral 10.1 del artículo 10° de los Lineamientos, la legitimidad para negociar por parte de los servidores públicos en el nivel descentralizado se rige por las reglas descritas en el numeral 2.20 del presente informe técnico.
- 3.2 El ámbito de representación de una organización sindical es el que ha sido elegido libremente por la misma al momento de su constitución, encontrándose detallado en su respectivo

¹² Siendo este el que tenga la mayor cantidad de afiliados respecto del total de servidores del ámbito, sin necesidad de acreditar la mayoría absoluta, tal como se ha precisado en el numeral 2.18 del presente informe técnico.

¹³ Es oportuno reiterar que la actual regla de legitimación para negociar dispuesta por los Lineamientos, no exige la mayoría absoluta para ejercer la representación, sino que basta con acreditar la mayor cantidad de afiliados.



PERÚ

Presidencia del
Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Gerencia de Políticas de Gestión del
Servicio Civil

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

estatuto; un ejemplo de ello es, precisamente, la elección de su ámbito de representación basado en el régimen laboral.

- 3.3 En irrestricto respeto al Principio de Legalidad, teniendo en cuenta lo previsto por el literal b) del numeral 9.2 del artículo 9° de la LNCSE, no resultaría posible pactar que los beneficios contenidos en el convenio colectivo suscrito por el sindicato legitimado para negociar a nombre de todos los servidores sean aplicables únicamente a los servidores afiliados a dicho sindicato, de conformidad con los fundamentos descritos en los numerales 2.22 a 2.32 del presente informe técnico.

Atentamente,

DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE

MARÍA EUGENIA DEL CARMEN CERNA GARCÍA DE ORSOS

Ejecutiva de Soporte y Orientación Legal
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

BBBI/meccgo/ear\8.Consultas y Opinión Técnica\02 Informes técnicos\2022

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado en la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <http://sgd.servir.gob.pe/VerificaDocumentoSERVIR> e ingresando la siguiente clave: 9EAYEAW