

**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 Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia"

Fecha

INFORME TÉCNICO N° -2022-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 : Sobre la legitimidad la legitimidad para negociar y el ámbito de representación en la negociación descentralizada prevista por la Ley N° 31188, Ley de Negociación Colectiva en el Sector Estatal.

Referencia : a) Oficio N° D000174-2021-MML-GA-SP.
b) Oficio N° D000182-2021- MML-GA-SP.
b) Oficio N° D000067-2021-MML-GA-SP-ARL.

I. Objeto de la consulta

Mediante los documentos de la referencia, la Municipalidad Metropolitana de Lima consulta a SERVIR lo siguiente:

- a. Una entidad cuenta con seis (06) sindicatos, y cada uno afilia a trabajadores de los regímenes de los Decretos Legislativos N°s 276, 728 y 1057 ¿cómo se determina la legitimidad para negociar con la organización sindical mayoritaria, considerando que ninguno de los referidos seis (06) sindicatos cuenta con afiliados que lo constituyan como mayoría absoluta, es decir del cincuenta (50%) más uno del total de servidores de una entidad? Y en ese sentido ¿Qué criterios se aplica para determinar lo dispuesto en el inciso a) del numeral 9.2 del artículo 9 de la Ley N° 31188, Ley de Negociación Colectiva Estatal?
- b. En caso no exista sindicato mayoritario, para los extremos de la negociación descentralizada ¿Resultaría posible efectuar la negociación colectiva con los sindicatos que no se han constituido como tal y cual sería el procedimiento a seguir, considerando que la Ley N° 31188 no prevé dicho supuesto?
- c. ¿La Ley N° 31188 es aplicable en sus extremos? ya que a la fecha que contiene inconsistencias respecto a los parámetros emitidos para su procedimiento, más aún cuando delimita la legitimación a un sindicato mayoritario (que no existe en la Institución), y que imposibilita tratar temas económicos que se deban presupuestar para el año 2023 en atención al D.L. N° 955.

II. Análisis**Competencias de SERVIR**

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: **RFW2QGD**



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia"

- 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.

Aspectos generales sobre el derecho de sindicación en el sector público y el ámbito de representatividad

- 2.4 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. (...)”*.
- 2.5 De esta declaración se colige la obligación de observar el estatuto de la organización sindical para efectos de la afiliación sindical así como para determinar su ámbito de representatividad, pues debemos precisar que las organizaciones sindicales pueden recurrir a distintos parámetros o criterios para su conformación y su ámbito, 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.
- 2.6 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.

Respecto a la legitimidad para negociar y el ámbito de representación en la negociación descentralizada prevista por la Ley 31188, Ley de Negociación Colectiva en el Sector Estatal

- 2.7 Debemos indicar que con fecha 02 de mayo del 2021, se publicó la Ley N° 31188, Ley de Negociación Colectiva en el Sector Estatal (en adelante, LNCSE), norma que tiene por objeto regular el ejercicio del derecho a la negociación colectiva de las organizaciones sindicales de trabajadores estatales.

- 2.8 En esa línea, advertimos que el artículo 5 de la LNCSE ha previsto dos (2) niveles de negociación en el sector público:
- **A nivel centralizado**
En el que los acuerdos alcanzados tienen efectos para todos los trabajadores de las entidades públicas al que hace mención el artículo 2 de la Ley.
 - **A nivel descentralizado**
Que se lleva a cabo en el ámbito sectorial, territorial y por entidad pública, o en el que las organizaciones sindicales estimen conveniente, y que tiene efectos en su respectivo ámbito, conforme a las reglas establecidas en el artículo 9.2 de la LNCSE.
- 2.9 Asimismo, se observa que de acuerdo al literal a) del artículo 7° de la LNCSE, en la negociación colectiva descentralizada, participa como sujeto de la negociación por la parte sindical: *"(...) las organizaciones sindicales más representativas en el respectivo ámbito, pudiendo participar en condición de asesoras las organizaciones sindicales de grado superior."*
- 2.10 Por su parte, se observa que el numeral 9.2 del artículo 9° de la LNCSE regula la legitimidad para negociar por parte de las organizaciones sindicales en la negociación descentralizada señalando las siguientes reglas:
- "(...)*
- 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."*
- 2.11 Ahora bien, a partir de una interpretación literal de lo previsto en el literal a) del artículo 7° y el numeral 9.2 del artículo 9° de la LNCSE, *a priori*, se podría llegar a la conclusión de que la negociación colectiva a nivel descentralizado sería posible únicamente con sindicatos mayoritarios, sin embargo, dicha interpretación no resultaría congruente con la protección constitucional del derecho a la negociación colectiva, tal como se precisa a continuación.
- 2.12 Es importante recordar en este punto que el Tribunal Constitucional ha precisado en reiterada jurisprudencia que el derecho de negociación colectiva es un derecho constitucional que alcanza a los servidores del sector público:

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

"(...)



"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia"

52. Para ser titular de este derecho existe una condición previa que se deriva del carácter colectivo de la negociación, de manera que los titulares deberán ser los sindicatos, las organizaciones representativas de los trabajadores o los representantes de los trabajadores.

*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.***"

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."

Sentencia recaída en los Expedientes 0003-20 I 3-PUTC. 0004-2013-PI/ FC y 0023-2013-PUTC

"(...)

46. No otra cosa debe hacerse con la determinación de los titulares del derecho a la negociación colectiva. **El reconocimiento a todos los trabajadores de los derechos de sindicación, huelga y negociación colectiva que realiza el artículo 28 de la Ley fundamental también comprende a los trabajadores públicos.** La ausencia de individualización semántica de este derecho en el artículo 42 de la Ley Fundamental no tiene por objeto excluir de su reconocimiento a este sector de trabajadores, sino enfatizar la importancia de los derechos a la sindicalización y huelga en este grupo de trabajadores.

*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."*

Sentencia recaída en los Expedientes 0025-2013-Pirre; 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PUTC, 0017-2014-P1/1C

"(...)



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)."

2.13 Así pues, de toda jurisprudencia antes citada se puede apreciar que el Tribunal Constitucional no solo reconoce el derecho de negociación colectiva como un derecho colectivo implícito a los señalados en el artículo 42 de la Constitución Política del Perú (que reconoce los derechos de sindicación y huelga a los servidores públicos) sino que establece el deber del Estado de fomentar dicho derecho, así como la protección de derecho de sindicación, siendo que estos se encuentran directamente relacionados (pues es el derecho de sindicación lo que permite el ejercicio de la negociación colectiva)¹.

2.14 Siendo ello así, si bien ni el literal a) del artículo 7° ni el numeral 9.2 del artículo 9° de la LNCSE han efectuado una referencia expresa a la posibilidad de negociar por parte de los sindicatos minoritarios en el nivel de negociación descentralizado, a efectos de establecer la interpretación más adecuada de dichas disposiciones, corresponde traer a colación el *Principio Pro Homine*, el mismo que de acuerdo al Tribunal Constitucional consiste en lo siguiente:

"(...)

33. *El principio pro homine es un principio hermenéutico que al tiempo de informar el derecho de los derechos humanos en su conjunto, ordena que deba optarse, ante una pluralidad de normas aplicables, siempre por aquella norma iusfundamental que garantice de la manera más efectiva y extensa posible los derechos fundamentales reconocidos; es decir aquella que despliegue una mayor eficacia de la norma. O como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, **el principio pro homine implica que los preceptos normativos se tengan que interpretar del modo que mejor se optimice el derecho constitucional y se reconozca la posición preferente de los derechos fundamentales** [STC N.º 1049-2003-PA, fundamento 4] **Asimismo pero de manera inversa, también implica que debe preferirse la norma o interpretación más restringida cuando de lo que se trata es de fijar restricciones al ejercicio de los derechos, sean éstas de carácter permanente o extraordinaria. Esta directriz de preferencia de normas o de interpretación alcanza a ser aplicable incluso en los casos de duda sobre si se presenta una situación en que se encuentran en juego derechos fundamentales u otros derechos.**"²*

¹ Sin perjuicio de ello, no debe olvidarse que el Tribunal Constitucional también ha precisado que la negociación colectiva en el sector público encuentra sus límites en el respeto de los principio de equilibrio y provisión presupuestaria (Fundamentos 161 y siguientes de la STC recaída en los Expedientes 0025-2013-PI/TC; 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-PI/TC).

² STC recaída en el Exp. N° 02005-2009-PA/TC.



- 2.15 En el presente caso, tenemos que el literal a) del numeral 9.2 del artículo 9° de la LNCSE establece lo siguiente: *“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.”*, presentándose la disyuntiva sobre la posibilidad de que las organizaciones sindicales minoritarias puedan negociar de forma independiente en los casos en que no existiera una organización sindical mayoritaria en el ámbito que representan.
- 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 ámbitos³, o;
 - b) Uno o varios sindicatos minoritarios pertenecientes al mismo ámbito⁴.

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.

- 2.18 Por otra parte, el segundo enunciado contenido en el literal a) del numeral 9.2 del artículo 9° de la LNCSE: *“En caso exista más de una organización sindical en el ámbito, se considera legitimada a la organización sindical mayoritaria.”*, constituye la regla a seguir en el caso de que existieran varios sindicatos con el mismo ámbito de representatividad pero uno de ellos tuviera la condición de sindicato mayoritario, en cuyo caso, corresponderá a la entidad negociar únicamente con este último.

Asimismo, es de recordar que los efectos de un producto negocial (convenio colectivo o laudo arbitral) obtenido por una organización sindical mayoritaria alcanza también a los servidores

³ Por ejemplo, ante la existencia de un sindicato cuyo ámbito de representación sea solo el régimen laboral del DL 728, otro cuyo ámbito de representación sea solo el régimen laboral del DL 276, etc.

⁴ Por ejemplo, ante la existencia de uno o más sindicatos cuyo ámbito de representación es el régimen 728.



no afiliados que se encuentren dentro de su ámbito, e incluso a aquellos que se encuentren afiliados a una organización sindical del mismo ámbito pero con menor representatividad (minoritaria), lo que se desprende del literal b) del numeral 9.2 del artículo 9° de la LNCSE.

- 2.19 Ahora bien, con respecto a la forma de determinar cuál de las organizaciones sindicales que comparten un mismo ámbito posee mayor representatividad (es decir, cuál es el sindicato mayoritario), 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.
- 2.20 Por otra parte, es de precisar que la LNCSE no ha condicionado su vigencia a la emisión de su reglamento, motivo por el cual la misma resulta aplicable a todas las entidades públicas desde el día siguiente de su publicación, por lo que corresponde a estas observar las disposiciones contenidas en la citada ley en el marco de la negociación colectiva con sus servidores de acuerdo al nivel de negociación respectivo.
- 2.21 Finalmente, con respecto a la consulta relacionada a la articulación entre la posibilidad de negociar condiciones económicas en virtud de la LNCSE y la prohibición de efectuar cualquier tipo de gasto corriente que implique compromisos de pago posteriores a la finalización de la Administración prevista en el artículo 30° del Decreto Legislativo N° 955⁵ concordante con el artículo 33° de su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 114-2005-EF; dado que la misma tiene incidencia tanto en materia de compensaciones económicas de los servidores públicos, como en materia de presupuesto, es menester precisar que el Decreto de Urgencia N° 044-2021⁶ establece expresamente que la atribución para brindar opiniones técnicas relacionadas a los ingresos del personal del Sector Público la ejerce de forma exclusiva el Ministerio de Economía y Finanzas a través de la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos.

Por consiguiente, la consulta deberá ser remitida a la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos del Ministerio de Economía y Finanzas, a efectos que se pronuncie conforme a sus atribuciones.

III. Conclusiones

- 3.1 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),

⁵ **Decreto Legislativo N° 955, Descentralización Fiscal**

"Artículo 30.- Regla de Final de Mandato

Durante el último año de gestión se prohíbe efectuar cualquier tipo de gasto corriente que implique compromisos de pago posteriores a la finalización de la Administración. Exceptúese de esta regla los casos de jubilación de trabajadores que satisfagan los requisitos de Ley."

⁶ **Decreto de Urgencia N° 044-2021 – Decreto de Urgencia que establece medidas extraordinarias y urgentes en materia de gestión fiscal de los recursos humanos del Sector Público**

"Artículo 2. Materias en Gestión Fiscal de los Recursos Humanos del Sector Público

[...]

2.3 La Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos del Ministerio de Economía y Finanzas tiene competencia exclusiva y excluyente para emitir opinión vinculante en materia de ingresos correspondientes a los recursos humanos del Sector Público, y para desarrollar normas sobre dicha materia. [...]."



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 Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia"

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.

- 3.2 La LNCSE ha previsto dos niveles de negociación en el sector público centralizado y descentralizado. En dicho artículo se precisa que, en la negociación colectiva a nivel descentralizado, la organización sindical que podrá negociar es aquella que tenga la calidad de organización más representativa en el respectivo ámbito.
- 3.3 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, conforme a lo indicado en el numeral 2.17 del presente informe técnico.
- 3.4 La LNCSE no ha condicionado su vigencia a la emisión de su reglamento, motivo por el cual la misma resulta aplicable a todas las entidades públicas desde el día siguiente de su publicación, por lo que corresponde a estas observar las disposiciones contenidas en la citada ley en el marco de la negociación colectiva con sus servidores de acuerdo al nivel de negociación respectivo
- 3.5 La consulta relacionada a la articulación entre la posibilidad de negociar condiciones económicas en virtud de la LNCSE y la prohibición de efectuar cualquier tipo de gasto corriente que implique compromisos de pago posteriores a la finalización de la Administración prevista en el artículo 30° del Decreto Legislativo N° 955, deberá ser remitida a la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos del Ministerio de Economía y Finanzas, a efectos que se pronuncie conforme a sus atribuciones.

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

K:\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: RFW2QGD