

**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"

Lima,

INFORME TECNICO N° -2021-SERVIR-GPGSC

Para : **ADA YESENIA PACA PALAO**
Gerenta de Políticas de Gestión del Servicio Civil

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

Asunto : Sobre el personal excluido del derecho de sindicación en la Constitución Política del Perú.

Referencia : Oficio N° 487-2021-SUNAFIL/GG/OGA/ORH.

I. Objeto de la consulta

Mediante el documento de la referencia la Jefa de la Oficina de Recursos Humanos de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – SUNAFIL consulta lo siguiente:

- a) En cuanto al personal de dirección y/o de confianza de una institución pública, que hubiesen ingresado por concurso público bajo el régimen especial regulado por el Decreto Legislativo N° 1057, ¿es factible que puedan afiliarse a una organización sindical que prevé dentro de sus estatutos dicha posibilidad?
- b) ¿Cómo debe leerse el artículo 42 de la Constitución Política del Perú en cuanto a la libertad sindical, respecto al personal que ocupe puestos directivos y/o de confianza, quienes hubiesen accedido por un concurso público?
- c) ¿Cuáles serían las restricciones a la libertad sindical que se pueden aplicar al personal que ocupa puestos directivos y/o de confianza al interior de una institución pública?
- d) De no resultar factible la afiliación a organizaciones sindicales por parte del personal directivo y/o de confianza de una institución pública, ¿esto implica una afectación al derecho a la sindicación y libertad sindical así como al Convenio N° 87 de la Organización Internacional de Trabajo?
- e) De no resultar factible la afiliación a organizaciones sindicales por parte del personal directivo y/o de confianza de una institución pública, ¿qué consecuencias o eventual sanción resultaría aplicable en caso el personal involucrado en dichos puestos se afilie a una organización sindical?

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.

Del personal excluido del derecho de sindicación en la Constitución Política

- 2.4 Al respecto, en primer lugar, resulta preciso señalar que el artículo 42 de la Constitución Política reconoce de manera expresa los derechos de sindicación y huelga de los servidores públicos estableciendo, no obstante, que los mismos no alcanzan a determinadas categorías: i) los funcionarios del Estado con poder de decisión y ii) los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, entre otros supuestos. Dicho criterio fue adoptado en el [Informe Técnico N° 523-2014-SERVIR/GPGSC](#) de carácter vinculante (disponible en el portal institucional web de SERVIR).
- 2.5 Por otra parte, con respecto a los alcances y congruencia de la restricción contenida en el artículo 42 de la Constitución Política del Perú respecto a la normativa internacional en materia de derechos colectivos -como los convenios de la OIT-, es oportuno remitirnos a lo señalado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en los Expedientes N° 0025-2013-PI/TC, 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-PI/TC, Caso Ley del Servicio Civil, en cuyos fundamentos 131 a 137 señala lo siguiente:

"(...)

131. ***En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos la posibilidad de limitar el derecho a la libertad sindical de determinados servidores públicos resulta también admitida. Así pues, tras reconocer que toda persona tiene derecho a fundar sindicatos, se señala también que se pueden establecer algunas limitaciones a este derecho: "no podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos" (artículo 8.1.a del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). De modo similar, a nivel del sistema regional de derechos humanos se ha establecido que el ejercicio del derecho a la libertad sindical "sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que éstos sean propios a una sociedad democrática, necesarios para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás"(artículo 8.2 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador").***

132. ***En el ámbito de los convenios internacionales específicos sobre la relación laboral ocurre algo similar. En efecto, tras reconocer que toda persona tiene derecho a la libertad sindical se establece, por ejemplo, que "la legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el presente Convenio" (artículo 9 del Convenio OIT 087). Pero inclusive, de manera más específica, se***

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

faculta a cada país para que, a través de su legislación, regule los alcances del ámbito de protección del derecho a la libertad sindical de los funcionarios públicos con poder de decisión o de dirección y los servidores de confianza. Así, se ha establecido que “[l]a legislación nacional deberá determinar hasta qué punto las garantías previstas en el presente Convenio se aplican a los empleados de alto nivel que, por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos o a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial” (artículo 1.2 del Convenio OIT 151, sobre las relaciones de trabajo en la administración pública)

133. Una interpretación adecuada de las disposiciones internacionales mencionadas, y en especial, de la disposición internacional específica (artículo 1.2 del Convenio OIT 151) permite extraer el siguiente sentido interpretativo: que todos los Estados se encuentran obligados a reconocer y garantizar el derecho a la libertad sindical de los servidores públicos, y que corresponde a la legislación nacional de cada país el establecer de manera expresa la limitación o no de este derecho, y en qué medida se aplica esa limitación a los funcionarios públicos con poder de decisión o de dirección y los servidores de confianza. A una conclusión similar arriba la Comisión de Expertos cuando se sostiene que, por sus funciones y, en virtud del artículo 1 del Convenio, los funcionarios públicos con poder de decisión o de dirección y los servidores de confianza forman parte del grupo de empleados públicos respecto de los cuales el Derecho nacional los puede excluir del ámbito de aplicación del referido Convenio 151 de la OIT (párrafo 48 del Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones - CEACR, titulado ‘Estudio General relativo a las relaciones laborales y la negociación colectiva en la administración pública’, Informe III, Parte 1B, 2013, e Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones - CEACR, titulado ‘Aplicación de las normas internacionales del trabajo (I)’, Informe III, Parte 1A, 2015, p. 80).
134. Ahora bien, la limitación al ejercicio de este derecho debe obedecer o fundarse en causas objetivas y razonables, de manera tal que se haga indispensable o necesaria en el marco de un Estado Constitucional: hablamos entonces de la protección de la seguridad nacional, la protección del orden interno, la salud pública, los derechos y las libertades de las personas, etc. Desde esta perspectiva, cuando la Constitución limita el ejercicio del derecho a la libertad sindical de los funcionarios públicos con poder de decisión o de dirección, lo hace considerando la capacidad de decisión o la labor de dirección que estos servidores desempeñan y el grado de responsabilidad que dicha función acarrea, o el status de los servidores de confianza, cuyas obligaciones se basan en la confianza, y que por lo mismo, su permanencia está supeditada a la confianza de quien lo designó. En definitiva, la regulación contenida en la Constitución resulta coherente con lo establecido en el ordenamiento jurídico internacional.
135. Planteadas así las cosas, corresponde determinar si la limitación expresada en la disposición legal cuya inconstitucionalidad se solicita vulnera o no el derecho a la libertad sindical de los funcionarios públicos con poder de decisión o de dirección y los servidores de confianza. Al respecto, este Tribunal Constitucional considera que la disposición legal cuestionada se limita a reiterar la restricción del derecho a la libertad sindical expresamente prevista en el artículo 42 de la Constitución; y que resulta coherente con lo establecido en el ordenamiento jurídico internacional, donde el fundamento básicamente radica, en el caso de los funcionarios públicos o los directivos públicos, en la función de decisión o de dirección que ellos tienen en la prestación de los servicios al Estado, y el grado de responsabilidad que dicha función acarrea. Y en el caso de los servidores de confianza, dicho fundamento esencialmente radica en el status en el que estos se encuentran (entorno directo e inmediato de los funcionarios públicos o directores

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

públicos) y cuya permanencia en la prestación de los servicios está supeditada a la confianza de quien lo designó."

(...)

136. De otro lado, los demandantes sostienen que la ley objetada utiliza una fórmula amplia para definir a los servidores de confianza, la cual puede dar lugar a que se incluya a algunos servidores civiles de carrera dentro de la categoría de servidores de confianza y se les niegue los derechos colectivos del caso. Al respecto, cabe precisar que si bien el artículo 3.e de la ley impugnada reconoce la posibilidad de que los servidores de confianza puedan formar parte del grupo de servidores civiles de carrera, sus derechos colectivos pueden no ser los mismos por cuanto no han ingresado a la función por concurso público de méritos, manteniendo, también en este ámbito, el estatus especial inherente a su condición.

137. Por lo demás, conviene recordar que la limitación del ejercicio del derecho a la libertad sindical de los funcionarios públicos con poder de decisión o de dirección y los servidores de confianza no implica un desconocimiento de su derecho a la libertad de asociación, sino que, bien entendidas las cosas, estos funcionarios o servidores públicos pueden constituir asociaciones no sindicales en defensa de sus intereses profesionales (artículo 2.13 de la Constitución). Un claro ejemplo de ello lo constituye lo dispuesto en el artículo 35.12 de la Ley 29277, de la Carrera Judicial, que reconoce el derecho de los jueces a la libre asociación. Por lo anterior, este Tribunal considera que debe confirmarse la constitucionalidad de los artículos 3.e y 40, primer párrafo, de la Ley 30057, Ley Servir. Por ende, la demanda debe ser declarada infundada en este extremo."

- 2.6 De todo lo antes reseñado, y atendiendo a las consultas a), b), c) y d), se puede apreciar que el Tribunal Constitucional ha ratificado expresamente la constitucionalidad y congruencia con el derecho internacional de la restricción del derecho de sindicación aplicable a los servidores con poder de decisión o dirección y servidores de confianza prevista en el artículo 42 de la Constitución Política del Perú. Por tal motivo, se concluye que dichos servidores no encuentran en la posibilidad de afiliarse a una organización sindical.
- 2.7 Por otra parte, con respecto a la consulta e), debe precisarse que desde el 14 de setiembre de 2014, la exigencia de responsabilidad administrativa disciplinaria de los servidores públicos se rige por el régimen disciplinario y procedimiento sancionador de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil (en adelante, LSC). Por consiguiente, la factibilidad de iniciar un procedimiento administrativo disciplinario respecto a una conducta determinada depende de su subsunción en algunas de las faltas previstas en el régimen disciplinario de la LSC, correspondiendo dicha labor de forma exclusiva a las propias entidades, a través de la autoridad competente del PAD.
- 2.8 Sin perjuicio de lo anterior, a título de referencia, debe tenerse en cuenta que la restricción al derecho de sindicación prevista en el artículo 42 de la Constitución Política del Perú implica, naturalmente, la imposibilidad de los servidores con poder de dirección y servidores bajo cargos de confianza, de percibir los beneficios derivados de convenios colectivos.

Por lo tanto, en caso un servidor con poder de dirección o de confianza indebidamente se hubiera sindicalizado y se estuviera beneficiando de algún beneficio derivado de un convenio colectivo, corresponderá a la entidad tomar las acciones tendientes a la interrupción del beneficio para dicho servidor y el recupero de los montos indebidamente pagados, así como a cualquier otra acción legal a que hubiera lugar conforme lo determine su órgano de defensa jurídica.



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"

III. Conclusiones:

- 3.1 El Tribunal Constitucional ha ratificado expresamente la constitucionalidad y congruencia con el derecho internacional de la restricción del derecho de sindicación aplicable a los servidores con poder de decisión o dirección y servidores de confianza prevista en el artículo 42 de la Constitución Política del Perú. Por tal motivo, se concluye que dichos servidores no encuentran en la posibilidad de afiliarse a una organización sindical.
- 3.2 Desde el 14 de setiembre de 2014, la exigencia de responsabilidad administrativa disciplinaria de los servidores públicos se rige por el régimen disciplinario y procedimiento sancionador de la LSC. Por consiguiente, la factibilidad de iniciar un procedimiento administrativo disciplinario respecto a una conducta determinada depende de su subsunción en algunas de las faltas previstas en el régimen disciplinario de la LSC, correspondiendo dicha labor de forma exclusiva a las propias entidades, a través de la autoridad competente del PAD.
- 3.3 Sin perjuicio de lo anterior, en caso un servidor con poder de dirección o de confianza indebidamente se hubiera sindicalizado y se estuviera beneficiando de algún beneficio derivado de un convenio colectivo, corresponderá a la entidad tomar las acciones tendientes a la interrupción del beneficio para dicho servidor y el recupero de los montos indebidamente pagados, así como a cualquier otra acción legal a que hubiera lugar conforme lo determine su órgano de defensa jurídica

Atentamente,

DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE

MARÍA EUGENIA DEL CARMEN CERNA GARCÍA DE ORSOS

Ejecutiva de Soporte y Orientación Legal
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

AYPP/meccg/ear

K:\8. Consultas y Opinión Técnica\02 Informes técnicos\2021

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: BKDQ69I