

**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° -2021-SERVIR-GPGSC

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

De : **ANGEL AUGUSTO BASTIDAS SOLIS**
Coordinador de Soporte y Orientación Legal

Asunto : De los servidores excluidos del derecho de sindicación por mandato constitucional

Referencia : Oficio N° 146-2021-MIDAGRI-PEBDICP-DE

I. Objeto de la consulta:

Mediante el documento de la referencia el Director Ejecutivo del Proyecto Especial Binacional de Desarrollo Integral de la Cuenca del Río Putumayo consulta a SERVIR sobre la legalidad de los beneficios otorgados a personal directivo a través de un laudo arbitral.

II. Análisis:**Competencias de SERVIR**

- 2.1 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.
- 2.2 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.

De los servidores excluidos del derecho de sindicación en la Constitución Política

- 2.3 En principio, cabe 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 (militares, policías, etc).

- 2.4 Ahora bien, el motivo de dicha exclusión responde, entre otros aspectos, a la función de representación del Estado que (en mayor o menor medida) ejercen tales funcionarios; lo que haría discordante que puedan verse beneficiados con los acuerdos que pudiera llegar la organización sindical con la entidad en el marco de la negociación colectiva.
- 2.5 En ese sentido, es posible interpretar que los derechos de sindicación y huelga alcanzan a los servidores públicos, con excepción de los funcionarios¹ del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección.
- 2.6 Al respecto, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 008-2005-PI/TC, en relación a los alcances de los derechos colectivos, ha interpretado respecto del artículo 42 de la Constitución Política que el personal que se encuentra excluido de los derechos de sindicación y huelga comprende, entre otros, a los miembros de la Administración Pública que desempeñan cargos de confianza o dirección², por lo que podemos inferir que dentro de estos se incluye a los funcionarios públicos, empleados de confianza y directivos superiores³ (en este último caso, por ejemplo: los jefes de áreas, subgerentes y gerentes).
- 2.7 Es importante señalar que los cargos de dirección o el desempeño de funciones de responsabilidad directiva a la que hace referencia el artículo 42 de la Constitución Política, implica la realización de actividades que conlleven el ejercicio de poder de dirección, expresado en la capacidad y la obligación de dirigir un grupo humano, organizando, normando y supervisando el trabajo de sus integrantes.

Asimismo, los cargos de dirección implican ejercer la representación de la organización o ejercer la titularidad de una unidad orgánica determinada; y tener la capacidad de adoptar decisiones en el ámbito de su competencia. En esa línea, los jefes de cualquier unidad orgánica

¹ La Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, en su artículo 4 señala lo siguiente:

"Artículo 4.- Clasificación

El personal del empleo público se clasifica de la siguiente manera:

1. Funcionario público.- El que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrollan políticas del Estado y/o dirigen organismos o entidades públicas.

El Funcionario Público puede ser:

- a) De elección popular directa y universal o confianza política originaria.
- b) De nombramiento y remoción regulados.
- c) De libre nombramiento y remoción (...)."

² Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el Expediente N° 008-2005-PI/TC

"27. (...) La libertad sindical intuitu persona se encuentra amparada genéricamente por el inciso 1 del artículo 28 de la Constitución. Empero, una lectura integral de dicho texto demuestra que se encuentran excluidos de su goce los siguientes componentes del Estado peruano:

- Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (artículo 42 de la Constitución).
- Los miembros del Ministerio Público y del Órgano Judicial (artículo 153 de la Constitución).
- Los miembros de la Administración Pública, con poder de decisión o que desempeñen cargos de confianza o dirección (artículo 42 de la Constitución)." (Énfasis nuestro)

³ La Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, en su artículo 4 señala lo siguiente:

"Artículo 4.- Clasificación

El personal del empleo público se clasifica de la siguiente manera:

(...) 2. Empleado de confianza.- El que desempeña cargo de confianza técnico o político, distinto al del funcionario público. Se encuentra en el entorno de quien lo designa o remueve libremente y en ningún caso será mayor al 5% de los servidores públicos existentes en cada entidad (...)."

3. Servidor público.- Se clasifica en:

- a) Directivo superior.- El que desarrolla funciones administrativas relativas a la dirección de un órgano programa o proyecto, la supervisión de empleados públicos, la elaboración de políticas de actuación administrativa y la colaboración en la formulación de políticas de gobierno (...). (Subrayado agregado)



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"

de una entidad que cumplan con las características indicadas precedentemente, se encuentran excluidos del derecho de sindicación.

- 2.8 Por tanto, los beneficios derivados de convenios colectivos o su sucedáneo (laudo arbitral) no les resultan aplicables a los funcionarios, empleados de confianza y personal con cargos de dirección⁴; toda vez que estos no son titulares de los derechos de sindicación por exclusión constitucional.
- 2.9 Tampoco podrán percibir beneficios convencionales aquellos servidores de carrera afiliados a una organización sindical que posteriormente asumen cargos de confianza o encargaturas en cargos de dirección, estos automáticamente quedan exentos de percibir dichos beneficios al momento de asumir el respectivo cargo por las razones expuestas en los numerales precedentes.
- 2.10 Es oportuno acotar que el 2 de mayo de 2021 se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Ley N° 31188, Ley de Negociación Colectiva en el Sector Estatal, la cual tiene como ámbito de aplicación a las negociaciones colectivas llevadas a cabo entre organizaciones sindicales de trabajadores estatales de entidades públicas del Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, el Poder Judicial, los gobiernos regionales, los gobiernos locales, los organismos a los que la Constitución Política del Perú y sus leyes orgánicas confieren autonomía y las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades implican el ejercicio de potestades administrativas⁵.
- 2.11 Así, dicha norma ha señalado expresamente que *"La Ley no es aplicable a los trabajadores públicos que, en virtud de lo señalado en los artículos 42 y 153 de la Constitución Política del Perú, se encuentran excluidos de los derechos de sindicalización y huelga"*.
- 2.12 En ese sentido, ante la inobservancia de dichas restricciones corresponderá a la entidad empleadora o a quien tenga legítimo interés solicitar la nulidad de tales acuerdos (sean convenios colectivos o laudos arbitrales) en esos extremos ante el órgano jurisdiccional competente; así como disponer el deslinde de responsabilidades por tal inobservancia, conforme a las normas legales vigentes.

III. Conclusiones

- 3.1 Por mandato constitucional los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección (funcionarios y empleados de confianza; y, directivos públicos), están excluidos del derecho de sindicación, por lo que no les resultarían aplicables los beneficios derivados de convenios colectivos o laudos arbitrales.

⁴ Sobre la connotación de funcionario con poder de decisión y cargos de confianza, nos remitimos a lo señalado en los numerales 2.4 al 2.7 del Informe Legal N° 238-2010-SERVIR/GG-OAJ (disponible en www.servir.gob.pe), en el que en síntesis se señala que los elementos distintivos de un cargo directivo (aquel en el que se ejerce el poder de dirección), son: a) Tener mando sobre todo o parte del personal de la organización, esto es, tener capacidad y la obligación de dirigir un grupo humano, organizando, normado y supervisando el trabajo de sus integrantes. b) Dicho poder debe ser formal, esto es, estructurado, derivar del hecho de ocupar cargos previstos en los instrumentos de gestión de la entidad. c) Ejercer la representación de la organización o ejercer la titularidad de una unidad orgánica determinada. D) Tener la capacidad de adoptar decisiones.

⁵ Artículo 2 de la Ley N° 31188, Ley de Negociación Colectiva en el Sector Estatal

**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"

- 3.2 Los cargos de dirección implican ejercer la representación de la organización o ejercer la titularidad de una unidad orgánica determinada; y tener la capacidad de adoptar decisiones en el ámbito de su competencia. En esa línea, los jefes de cualquier unidad orgánica de una entidad que cumplan con las características indicadas precedentemente, se encuentran excluidos del derecho de sindicación. Por tanto, los beneficios derivados de convenios colectivos o su sucedáneo (laudo arbitral) no les resultan aplicables a los funcionarios, empleados de confianza y personal con cargos de dirección; toda vez que estos no son titulares de los derechos de sindicación por exclusión constitucional y legal.
- 3.3 Tampoco podrán percibir beneficios convencionales aquellos servidores afiliados a una organización sindical que posteriormente asumen cargos de confianza o encargaturas en puestos de dirección, estos automáticamente quedan exentos de percibir dichos beneficios al momento de asumir el respectivo cargo por las razones expuestas en los numerales precedentes.
- 3.4 La Ley N° 31188 no es aplicable a los trabajadores públicos que, en virtud de lo señalado en los artículos 42 y 153 de la Constitución Política del Perú, se encuentran excluidos de los derechos de sindicalización y huelga.
- 3.5 Ante la inobservancia de dichas restricciones corresponderá a la entidad empleadora o a quien tenga legítimo interés solicitar la nulidad de tales acuerdos (sean convenios colectivos o laudos arbitrales) en esos extremos ante el órgano jurisdiccional competente; así como disponer el deslinde de responsabilidades por tal inobservancia, conforme a las normas legales vigentes.

Atentamente,

DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE

ANGEL AUGUSTO BASTIDAS SOLIS

Coordinador de Soporte y Orientación Legal
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

AYPP/abs/rale

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: **I4C2IYE**