



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"

Lima, 09 de enero de 2020

INFORME TECNICO N° -2020-SERVIR-GPGSC

De : **CYNTHIA CHEENYI SÚ LAY**
Gerenta de Políticas de Gestión del Servicio Civil

Asunto : Sobre derecho de sindicación de cargos de Director bajo el Decreto Legislativo N° 276 y extensión de beneficios convencionales

Referencia : Oficio N° 1500-2019-INEI/OTA-OEPER

I. Objeto de la consulta

Mediante el documento de la referencia, el Director Ejecutivo de la Oficina Ejecutiva de Personal del Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI, formula a SERVIR las siguientes consultas:

- a) En el caso que en el CAP de una entidad establezca un cargo con la categoría de director, el cual en la práctica no cumplen con todos los elementos distintivos de un cargo directivo, pese a percibir su remuneración de acuerdo a la escala remunerativa de Nivel F-3, ¿correspondería que el director que ocupe tal cargo mantenga su derecho a la sindicación pudiendo incluso formar parte de la junta directiva del sindicato? ¿o debe ser considerado como cargo de dirección y suspenderle su derecho de sindicación?
- b) Bajo el escenario anterior consulado, teniendo en cuenta que dichos servidores no fueron designados a cargos de dirección o de confianza, sino que directamente asumieron dichos cargos, ¿pueden afiliarse a una organización sindical y percibir los beneficios que se obtengan vía pacto colectivo?
- c) En caso el propio convenio autorice en forma expresa o cuando el empleador decida unilateralmente hacer extensivo el beneficio a todos los trabajadores bajo el Decreto legislativo N° 276, ¿correspondería a los directivos, cargos de confianza y funcionarios bajo el Decreto Legislativo N° 276 gozar de los beneficios convencionales?
- d) Algunos directivos designados a niveles remunerativos F-4 a F-6 se encuentran en la relación con autorización para descuentos como afiliados al sindicato, ¿corresponde considerarlos como afiliados y descontarles sus aportes pese a que ostentan cargos Directivos?

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.

Delimitación del presente informe

- 2.4 En atención a la consulta planteada, debemos señalar que SERVIR no se constituye en instancia previa a la toma de decisiones de las entidades de la Administración Pública, ni se pronuncia sobre situaciones particulares. En ese sentido, el presente informe abordará las reglas generales a considerar en relación a las materias consultadas.

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

- 2.5 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, jueces y fiscales). Dicho criterio fue adoptado con **carácter vinculante** mediante el Informe Técnico N° 523-2014-SERVIR/GPGSC (disponible en www.servir.gob.pe).
- 2.6 Por su parte, el artículo 40 de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil¹ (en adelante, LSC), en concordancia con el literal e) del artículo 44 del mismo cuerpo normativo, señala que los funcionarios públicos, directivos públicos y los servidores de confianza no son titulares de los derechos colectivos, siendo nulo e inaplicable todo pacto en contrario; de lo cual se desprende que no pueden percibir beneficios y/o conceptos pactados en convenios colectivos o laudos arbitrales.
- 2.7 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.
- 2.8 En ese sentido, es posible interpretar que los derechos de sindicación y huelga alcanzan a los servidores públicos, con excepción de los funcionarios² del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección.

¹ Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil y su Reglamento General, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, vigente desde el 14 de junio del 2014; en cuanto a las disposiciones referidas a los derechos colectivos son de aplicación común a los regímenes laborales de los Decretos Legislativos N° 276, 728 y 1057 – CAS.

² 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:

- De elección popular directa y universal o confianza política originaria.
- De nombramiento y remoción regulados.
- De libre nombramiento y remoción (...).”



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"

- 2.9 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 dirección³, por lo que podemos inferir que dentro de estos se incluye a los funcionarios públicos, empleados de confianza y directivos superiores⁴ (en este último caso, por ejemplo: los jefes de áreas, subgerentes y gerentes).
- 2.10 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.
- 2.11 Por tanto, los beneficios derivados de convenios colectivos o su sucedáneo (laudo arbitral) no les resultan aplicables a los funcionarios, empleados de confianza y directivos superiores⁵; toda vez que estos no son titulares de los derechos de sindicación puesto que desempeñan cargos de confianza o de dirección.
- 2.12 En la línea de lo expuesto y atendiendo a las consultas a) y b), tenemos que los funcionarios con poder de decisión, así como el personal de confianza, que ostenten dichos cargos conforme a los documentos de gestión de la entidad, se encuentran exentos del derecho de sindicación así como

³ **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)

⁴ **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)

⁵ 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, normando 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.



de los beneficios convencionales que por pacto colectivo se generen, conforme a lo indicado en los numerales 2.5 a 2.11 del presente informe.

- 2.13 Asimismo, es importante advertir que las entidades deben modificar y actualizar sus instrumentos de gestión para que exista concordancia entre la denominación del cargo (sea funcionario, directivo o confianza) y las funciones y características que competen a dichos cargos, en virtud al marco legal establecido en la Ley del Servicio Civil.
- 2.14 Por otro lado y atendiendo a la consulta d), debemos precisar que las personas que directamente ejerzan los cargos de funcionarios con poder de decisión o de servidores de confianza, no pueden encontrarse en la planilla de afiliados a una organización sindical conforme a lo desarrollado en los numerales precedentes, debiéndose comunicar al sindicato sobre la imposibilidad de afiliación sindical de dicho personal, establecida por mandato constitucional y desarrollada en los dispositivos legales citados en el presente informe. Asimismo, los servidores que asuman dichos cargos temporalmente, se les suspenderá la afiliación y el descuento de cuota sindical hasta la culminación de la designación.

Sobre la posibilidad de extender los beneficios derivados de un convenio colectivo

- 2.15 Al respecto, debemos indicar que la única situación en la cual los beneficios convencionales pueden hacerse extensibles a los servidores no afiliados a una organización sindical se configura cuando existe una organización sindical mayoritaria dentro de su ámbito. Sobre este tema, nos remitimos a la opinión expuesta en el Informe Técnico N° 1506-2017-SERVIR/GPGSC (publicado en: www.servir.gob.pe) cuyo contenido ratificamos, y en la que se concluyó lo siguiente:
- “3.1 Conforme el artículo 67° del Reglamento General de la Ley del Servicio Civil y en el artículo 9° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, el sindicato que afilie a la mayoría absoluta de servidores de la entidad representará también a los no afiliados, entendiéndose por mayoría absoluta al cincuenta por ciento (50%) más uno de servidores del ámbito correspondiente.*
- 3.2 Los acuerdos entre la entidad y el sindicato mayoritario surten efectos para todos los servidores públicos del ámbito correspondiente, se trate de afiliados o no afiliados a la organización sindical; por lo tanto, si en una entidad hay un sindicato mayoritario y uno o más minoritarios, corresponde que la negociación se lleve a cabo con el sindicato mayoritario, cuyos acuerdos alcanzarán a todos los trabajadores del ámbito, al ostentar mayor representatividad sindical.”*
- 2.16 Sin embargo, debemos advertir que si bien una entidad pueda contar con un sindicato mayoritario, ello no implica que la extensión de los beneficios pueda efectuarse a aquellos servidores excluidos por mandato constitucional (funcionarios del Estado con poder de dirección, y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección)⁶, conforme a lo indicado en el numeral 2.9 del presente informe.
- 2.17 En caso se otorgue los beneficios de un convenio colectivo a funcionarios o personal que ostente el cargo de dirección o confianza, estos incurrirán en responsabilidad y serán pasibles de ser sancionados, previo procedimiento disciplinario, sin perjuicio de las otras responsabilidades (civil y penal) que se pudieran generar.

⁶ Artículo 42 de la Constitución Política del Perú



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"

III. Conclusiones

- 3.1 Por mandato constitucional y de acuerdo a la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, 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.
- 3.2 Los funcionarios con poder de decisión, así como el personal de confianza, que ostenten dichos cargos conforme a los documentos de gestión de la entidad, se encuentran exentos del derecho de sindicación así como de los beneficios convencionales que por pacto colectivo se generen, conforme a lo indicado en los numerales 2.5 a 2.11 del presente informe.
- 3.3 Las personas que directamente ejerzan los cargos de funcionarios con poder de decisión o de servidores de confianza no pueden encontrarse en la planilla de afiliados a una organización sindical, conforme a lo desarrollado en los numerales precedentes, debiéndose comunicar al sindicato sobre la imposibilidad de afiliación sindical de dicho personal, establecida por mandato constitucional y desarrollada en los dispositivos legales citados en el presente informe. Asimismo, los servidores que asuman dichos cargos temporalmente, se les suspenderá la afiliación y el descuento de cuota sindical hasta la culminación de la designación.
- 3.4 Pese a que una entidad pueda contar con un sindicato mayoritario cuyos beneficios convencionales pactados sean extensibles a todos los servidores que se encuentren dentro de su ámbito, incluso los no afiliados, la extensión de dichos beneficios no puede efectuarse a aquellos servidores excluidos por mandato constitucional (funcionarios del Estado con poder de dirección, y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección), ello conforme a lo indicado en el numeral 2.12 del presente informe.

Atentamente,

DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE

CYNTHIA CHEENYI SÚ LAY

Gerenta de Políticas de Gestión del Servicio Civil
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

CSL/abs/jms

K:\8. Consultas y Opinión Técnica\02 Informes técnicos\2020