



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 de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"

INFORME TÉCNICO N° 415 -2019-SERVIR/GPGSC

De : **CYNTHIA SÚ LAY**
Gerente (e) de Políticas de Gestión del Servicio Civil

Asunto : a) Sobre percepción de beneficios obtenidos por convenio colectivo en el caso de servidores de carrera del régimen laboral del Decreto Legislativo N° 276 designados como funcionarios
b) Irrenunciabilidad de derechos laborales

Referencia : Documento con registro N° 2876-2019

Fecha : Lima, 13 MAR. 2019

I. Objeto de la consulta

Mediante documento de la referencia, el Alcalde de la Municipalidad Provincial de Ilo, formula a SERVIR las siguientes consultas:

- a) ¿La restricción contemplada en el artículo 42 de la Constitución Política de Perú, alcanza a aquellos servidores que asuman encargaturas en cargos de tercer nivel denominadas Subgerencias?
- b) ¿Será lícito y adecuado autorizar la encargatura permanente de un servidor nombrado o contratado, a efectos de que ocupe el cargo de Subgerente?
- c) ¿Será lícito y factible que un servidor encargado renuncie a la bonificación diferencial, a efectos que ejerza el cargo de Subgerente manteniendo los beneficios obtenidos mediante convenios colectivos?

II. Análisis

Competencia de SERVIR

- 2.1 Las competencias de SERVIR para emitir opiniones en materia del Servicio Civil están contextualizadas en el marco de las políticas que en materia de gestión del empleo e ingreso al Servicio Civil, entre otras, emita de manera progresiva.
- 2.2 Siendo SERVIR un órgano 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 por cada Entidad.

3 En ese sentido, debe precisarse que las consultas que absuelve SERVIR son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa sobre el 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

- 2.4 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;





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 de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad”

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).

- 2.5 Por su parte, el artículo 40 concordado con el literal e) del artículo 43 de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil¹ (en adelante, LSC), 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 su sucedáneo (laudos arbitrales).
- 2.6 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.
- 2.7 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.
- 2.8 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).

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:

a) De elección popular directa y universal o confianza política originaria.

b) De nombramiento y remoción regulados.

c) De libre nombramiento y remoción (...).”

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:





- 2.9 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.

- 2.10 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 superiores; toda vez que estos no son titulares de los derechos de sindicación puesto que desempeñan cargos de confianza o de dirección.

- 2.11 En la línea de lo expuesto, atendiendo la consulta a), cabe precisar que los servidores de carrera que percibiendo beneficios económicos vía convenios colectivos o su sucedáneo (laudos arbitrales), pasan a ocupar un cargo de dirección (por ejemplo: subgerentes) o de confianza mediante algunas de las modalidades de desplazamiento, deberán suspender la percepción de los referidos beneficios mientras dure la designación o encargatura; toda vez que ello resultaría ser incompatible con el mandato constitucional antes expuesto, para mayor detalle sobre este supuesto recomendamos revisar el Informe Técnico N° 254-2015-SERVIR/GPGSC (disponible en www.servir.gob.pe), cuyo contenido ratificamos en todos sus extremos.

En caso contrario, de no suspenderse dichos beneficios durante el periodo que dura el cargo de dirección o confianza, el servidor designado incurre en responsabilidad y es pasible de ser sancionado, previo procedimiento disciplinario, sin perjuicio de las otras responsabilidades (civil y penal) que se pudieran generar.

Sobre la irrenunciabilidad de derechos laborales

- 2.12 Se consulta a través de los literales b) y c) del presente informe, si es factible encargar a un servidor de manera permanente en el cargo de subgerente; y si éste, al renunciar a la bonificación diferencial, podría mantener los beneficios obtenidos mediante convenios colectivos.

- 2.13 Al respecto, es necesario precisar que las encargaturas en la administración pública tienen naturaleza temporal, las cuales deben ser excepcionales y estar debidamente fundamentadas, no siendo plausible afirmar que las encargaturas a cargos directivos sea de manera permanente; toda vez que ello podría generar contingencias laborales en perjuicio de la entidad, lo que implica el respectivo deslinde de responsabilidades administrativas y funcionales.



Ahora bien, respecto a la bonificación diferencial, debe tenerse presente que este concepto constituye el pago contraprestativo por el desempeño en cargos de responsabilidad directiva; por lo que al tener naturaleza remunerativa no es posible que el empleador restrinja o el servidor renuncie a la percepción de la misma (entiéndase, bonificación diferencial), máxime si el inciso 2 del artículo 26 de la Constitución Política del Perú, establece el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.

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 de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"

2.15 Finalmente, cabe precisar que la exclusión del derecho de sindicación está dirigida al puesto, es decir, el sólo hecho de que un servidor de carrera asuma bajo cualquier modalidad de desplazamiento un cargo de funcionario público, empleado de confianza o directivo superior, genera la restricción de que perciba beneficios derivados de convenios colectivo o su sucedáneo (laudos arbitrales); así dispongan indebidamente la suspensión de la bonificación diferencial, pues ello no enerva la restricción constitucional antes mencionada.

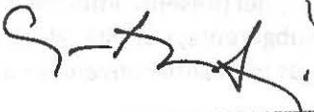
III. Conclusiones

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 los convenios colectivos su sucedáneo (laudo arbitral).

3.2 Los servidores de carrera que percibiendo beneficios económicos vía convenios colectivos o su sucedáneo (laudo arbitral), pasan a ocupar un cargo de dirección o de confianza mediante algunas de las modalidades de desplazamiento, deberán suspender la percepción de los referidos beneficios mientras dure la designación o encargatura; caso contrario, el servidor designado incurre en responsabilidad y es pasible de ser sancionado, previo procedimiento disciplinario; sin perjuicio de las otras responsabilidades (civil y penal) que se pudieran generar.

3.3 La bonificación diferencial es el pago contraprestativo por el desempeño en cargos de responsabilidad directiva; por lo que al tener naturaleza remunerativa no es posible que el empleador restrinja o el servidor renuncie a la percepción de la misma. Debe precisarse que la exclusión del derecho de sindicación está dirigida al puesto que asuma, bajo cualquier modalidad de desplazamiento, un servidor de carrera, ya sea como funcionario público, empleado de confianza o directivo superior.

Atentamente,



CYNTHIA SÚ LAY
Gerente (e) de Políticas de Gestión del Servicio Civil
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL